



CORPORATE RESCUE :
KEY CONCEPT DALAM KEPAILITAN KORPORASI

OLEH :

ASRA, S.H., M.H.
NPM. 09932006

DISERTASI

**PROGRAM DOKTOR (S-3) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA
2014**



CORPORATE RESCUE :
KEY CONCEPT DALAM KEPAILITAN KORPORASI

Oleh :

ASRA, S.H., M.H.
NPM. 09932006

DISERTASI

Diajukan kepada Dewan Penguji dalam Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Doktor dalam bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

**PROGRAM DOKTOR (S-3) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA
2014**



CORPORATE RESCUE :
KEY CONCEPT DALAM KEPAILITAN KORPORASI

Oleh :

ASRA, S.H., M.H.
NPM. 09932006

DISERTASI

Telah diperiksa dengan cermat dan dinyatakan layak untuk diajukan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Doktor dalam bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Promotor

(Prof. Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.H.)

Co Promotor

(Dr. Siti Anisah, S.H., M.Hum.)



**CORPORATE RESCUE :
KEY CONCEPT DALAM KEPAILITAN KORPORASI**

Oleh :

ASRA, S.H., M.H.
NPM. 09932006

DISERTASI

Telah diperiksa dengan cermat dan dinyatakan layak untuk diajukan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Doktor dalam bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

DEWAN PENGUJI

Prof. Dr. Nindyo Pramono, S.H., M.S. (..... / /)

Prof. Dr. Adi Sulistiyono, S.H., M.H. (..... / /)

Prof. Dr. Agus Yudha Hermoko, S.H., M.H. (..... / /)

Nandang Sutrisno, S.H., LL.M., M.Hum., Ph.D. (..... / /)



CORPORATE RESCUE :
KEY CONCEPT DALAM KEPAILITAN KORPORASI

Oleh :

ASRA, S.H., M.H.
NPM. 09932006

DISERTASI

Telah diterima dan diperiksa dengan cermat serta dinyatakan layak untuk diajukan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Doktor dalam bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Yogyakarta,

Mengetahui/Mengesahkan
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia

Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

UCAPAN TERIMA KASIH

Pertama-tama dan yang paling utama, penulis menyampaikan puji dan syukur kehadirat kepada Allah SWT karena dengan bimbingan, rahmat, kesempatan dan hidayah-Nya akhirnya penulis dapat menyelesaikan disertasi dengan judul *corporate rescue sebagai key concept* dalam kepailitan korporasi. Selanjutnya, dari lubuk hati yang paling dalam penulis mengucapkan terima kasih banyak kepada Prof. Dr. Ridwan Khairandy, S.H. M.H., selaku Promotor yang telah membimbing dan mendorong untuk secepatnya menyelesaikan penulisan disertasi ini, semoga semua amal kebaikan ini dibalas oleh Allah Swt.

Ucapan terima kasih yang sama juga penulis dsampaikan kepada Dr. Siti Anisah, S.H.M.H., selaku Ko Promotor yang telah membimbing dan memberikan komentar mengenai arahan berpikir sistematis dalam menulis sebuah disertasi. Kesemua itu turut memberikan warna dan memperkaya disertasi ini. Semua kebaikan ini tentukan hanya Allah Swt yang akan membalasnya.

Ucapan terima kasih yang sama juga penulis sampaikan kepada para penguji Prof. Dr. Nindyo Pramono, S.H.,M.H., Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H., Prof. Dr. Adi Sulistiyo, S.H.M.H., Nandang Sutrisno,S.H.LL.M., M.H., Ph.D., yang telah memberikan komentar dan saran-saran yang sangat berharga sehingga memperkaya dan mempertajam penulisan disertasi ini.

Ucapan terima kasih juga penulis sampaikan kepada Ketua Mahkamah Agung RI yang telah memberikan izin kepada penulis untuk mengikuti studi di program Doktor (S3) di UII Yogyakarta dan kepada Ketua Pengadilan Tinggi

Banda Aceh yang telah memberikan izin dan kelonggaran kepada penulis untuk menyelesaikan disertasi ini, semoga semua kebaikan ini juga akan dibalas oleh Allah SWT.

Akhirnya, penulis mengucapkan terima kasih kepada isteri dan anak-anak yang telah memberi semangat dan merelakan penulis untuk menyelesaikan disertasi ini.

Semoga, disertasi ini bermanfaat bagi pengembangan ilmu hukum kepailitan, berguna bagi rekan-rekan penegak hukum dalam menyelesaikan perkara kepailitan, dan menjadi acuan bagi para pembuat undang-undang agar terjadi perubahan Undang-Undang Kepailitan yang dapat menyelamatkan perusahaan-perusahaan prospektif.

Banda Aceh, April 2014

Asra

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Halaman Persetujuan Pembimbing	ii
Halaman Persetujuan Dewan Penguji	iii
Halaman Pengesahan Ketua Program	iv
Kata Pengantar	v
Daftar Isi	v
Daftar Tabel	vi
Abstrak	
Abstract	
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Permasalahan	6
C. Tujuan Penelitian	7
D. Kerangka Pemikiran dan Konsep	7
E. Asumsi	38
F. Tinjauan Pustaka dan Orisinalitas	39
G. Metode Penelitian	42
H. Sistematika Penulisan	47

BAB II PERGESERAN KONSEP (<i>SHIFTING OF PARADIGM</i>) DALAM KEPAILITAN KORPORASI	50
A. Paradigma Lama dengan Konsep: Melikuidasi Aset-Aset Korporasi Pailit dan Mendistribusikannya secara Pro-Rata kepada Para Kreditornya	54
B. <i>Paradigma</i> Baru dengan Konsep: Penyelesaian Utang-Utang Dilakukan dengan Melanjutkan Bisnis Korporasi untuk Memperoleh Nilai Jual Aset yang Lebih Baik, Kreditor, Debitor dan Kepentingan Lainnya Terlindungi	77
C. Corporate Rescuetermasuk Kedalam Rezim Hukum Kepailitan untuk Penyelesaian Utang-Utang Korporasi dengan Cara Lain	101
D. Undang-Undang Kepailitan Indonesia melampaui Konsep Likuidasi (Non Konseptual)	124
1. Kepailitan Diartikan Sebagai Tidak Membayar Utang (Not Paying Debts) Bertentangan Dengan Prinsip Commercial Exit From Financial Distress	124
2. Ketidakjelasan Pengertian Utang Memudahkan Debitor Dinyatakan Pailit	142
 BAB III SIKAP MAHKAMAH AGUNG TERHADAP PAILITNYA PERUSAHAAN YANG <i>SOLVENT</i>	 145
A. Mahkamah Agung Membatalkan Putusan Pailit Perusahaan <i>Solvable</i> dan <i>Viable</i> (Prospektif)	145
B. Kreditor Memilih PKPU untuk Menagih Utang Korporasi Pailit	182
C. Mahkamah Agung Melakukan Terobosan Hukum (<i>Legal Breakthrough</i>) Menerapkan Asas Kelangsungan Usaha terhadap Perusahaan yang Masih <i>Solvable</i> dan <i>Viable</i> (Prospektif)	193

D. Mahkamah Agung Menggunakan Syarat Pembuktian Sederhana sebagai <i>Clause Escape</i> untuk Tidak Mempailitkan Perusahaan <i>Solvable</i> dan <i>Viable</i> (Prospektif)	204
---	-----

BAB IV CORPORATE RESCUE MENJADI KAEDAH HUKUM KEPAILITAN

KORPORASI 212

A. <i>Corporate Rescue</i> sebagai Kaedah Hukum dalam Hukum Kepailitan Korporasi di Beberapa Negara	212
1. Reorganization dalam Chapter 11 US Bankruptcy Code	213
2. Petition for Judicial Management <i>dalam Hukum Kepailitan</i> di Singapura	217
3. Company Voluntary Agreement (CVA) dalam <i>Hukum Kepailitan</i> di United Kingdom dan Australia	218
4. Scheme of Arrangement <i>Dalam Hukum Kepailitan di Beberapa Negara</i>	219
5. Pre-Prebankruptcy Proceeding (Mandat Ad Hoc) <i>dalam Hukum Kepailitan di Perancis</i>	230
6. Deepening Insolvency ¹ dalam <i>Hukum Kepailitan</i> di Amerika Utara	230
B. Penerapan Corporate Rescue dalam Kepailitan Perbankan (Bank Insolvency)	238
C. Kemungkinan Penerapan <i>Corporate Rescue</i> sebagai Ganti PKPU agar Perusahaan Tidak Dipailitkan	260

¹ Uraian ini diambil dari Dianne F. Coffino And Charles H. Jeanpreu, "Delaware Hits the Brakes: The Effect of Gheewalla and Trenwick on Creditor Claims," *Jurnal Internasional*, 1980.

BAB V PENUTUP	271
A. Kesimpulan	271
B. Saran	274

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN

ABSTRAK

Permasalahan pokok yang diteliti dalam disertasi ini adalah pailitnya perusahaan-perusahaan *solvable* dan yang *viable* (prospektif) di pengadilan niaga. Seperti pailitnya PT. Modern Land Reality, PT. Asuransi Jiwa Manulife Indonesia, PT. Prudential Life, PT. Televisi Pendidikan Indonesia, PT. TELKOM. Putusan-putusan pailit ini dianggap aneh dan dikritik oleh negara lain. Akar persoalan dibalik pailitnya perusahaan-perusahaan ini adalah persoalan konsep yang diterapkan dalam suatu UU Kepailitan. UU No. 37 Tahun 2004 menerapkan konsep likuidasi dan bahkan melebihi konsep ini (*nonconsequential*). Dari perspektif pergeseran paradigma (*shifting of paradigm*), konsep ini adalah konsep lama yang sudah tidak dipakai lagi dalam kepailitan korporasi saat ini di banyak negara. Dalam kepailitan korporasi yang diterapkan adalah konsep *corporate rescue*. *Corporate rescue* merupakan konsep dalam hukum kepailitan (*insolvency law*) karena masih merupakan cara menagih utang oleh para kreditor terhadap perusahaan pailit dengan cara menghindari likuidasi dan memberikan kesempatan kedua, atau memberikan kesempatan kepada debitor melanjutkan bisnisnya untuk kepentingan para kreditor, debitor dan kepentingan lainnya. Penggunaan *corporate rescue* dalam kepailitan korporasi dapat dibenarkan berdasarkan dua kelompok teori, yaitu teori kemanfaatan dalam penyelesaian utang-utang korporasi dan teori *social dimension of law* dimana hukum kepailitan harus dilihat dari perspektif kepentingan sosial.

Hasil penelitian ini membuktikan bahwa pailitnya perusahaan-perusahaan ini ada hubungannya dengan konsep likuidasi dalam penyelesaian utang-utang swasta sebagai akibat krisis ekonomi tahun 1998. Oleh karena itu, Mahkamah Agung mempunyai sikap yang berbeda dengan pengadilan niaga, Mahkamah Agung membatalkan putusan-putusan pailit perusahaan-perusahaan tersebut karena perusahaan-perusahaan tersebut tidak layak untuk dipailitkan. Selain itu, terdapat pula perkembangan baru dimana kreditor lebih memilih PKPU daripada mengajukan permohonan pailit terhadap perusahaan yang tidak membayar utangnya. Namun jauh sebelumnya, dalam perkara PT. Citra Jimbaran Indah Hotel v *Ssangyong Engineering & Construction Co. Ltd.*, Mahkamah Agung dalam putusan No. 024 PK/N/1990 telah membatalkan putusan kasasi dan pengadilan niaga yang memailitkan PT. Jimbaran Hotel Indah dengan melakukan terobosan hukum (*legal breakthrough*) membatalkan putusan pailit tersebut karena PT. Jimbaran Hotel Indah masih *solvable* dan *viable* (prospektif) dan dapat melanjutkan bisnisnya berdasarkan asas kelangsungan usaha yang juga dianut UU No. 4 Tahun 1998.

Akhirnya, penelitian ini merekomendasikan untuk merekonstruksi UU No. 37 Tahun 2004. UU Kepailitan wajib memisahkan kepailitan korporasi dari perseorangan dengan menerapkan *corporate rescue* sebagai kaedah hukum dalam hukum kepailitan korporasi. Namundemikian, sementara ini diharapkan hakim di pengadilan niaga tidak lagi menerapkan UU No. 37 Tahun 2004 secara apa adanya dalam kepailitan korporasi. Hakim pengadilan niaga sudah seharusnya menerapkan asas kelangsungan usaha (*corporate rescue*) dalam kepailitan korporasi, dengan cara meninggalkan paradigma positivistik *legalistic thinking* dan menjadikan putusan PK Mahkamah Agung No. 024 PK/N/1990 sebagai kaedah hukum dalam memutus perkara kepailitan korporasi.

Kata-kata kunci : hukum kepailitan, korporasi, *corporate rescue*, *solvable*, *viable*

ABSTRACT

The central questions of this research was the bankruptcy of solvent and viable companies in Indonesia commercial court. Those decisions had been criticised by foreign countries. The roots of those questions was the concept behind implemented in bankruptcy law. The Law No. 37, 2004 was in liquidation concept, in perspective of shifting of paradigm the concept which was old concept. It could not be longer practised in corporate insolvency law. There was recent trends in many countries implemented corporate rescue in corporate insolvency.

In approaching those questions, this research applied two theories. Those theories are expediency theory and theory of social dimension of law. Those theories find that the concept of liquidation could not be operated in corporate insolvency and it had been out of date. It created new problem in settling the problem of debts. The concept of corporate rescue is the useful concept which is operated in corporate insolvency. This research found that Supreme court had similar view to the recent trends. The decisions of commercial court had been annulled by Supreme Court, such as insolvency of PT. Modern Land Reality, PT. Asuransi Jiwa Manulife Indonesia, PT. Prudential Life, PT. Televisi Pendidikan Indonesia, PT. TELKOM. According to Supreme Court, insolvency of those companies were not proper in line with corporate insolvency because those companies were solvable and viable. See also the case of *PT. Citra Jimbaran Indah Hotel v Ssangyong Engineering & Construction Co. Ltd.*, decision No. 024 PK/N/1990. This decision could be considered as *legal breakthrough*. This research also has found many creditors choosing PKPU in settling their debts.

This research recommended, the Law No. 37, 2004 should be reconstructed or revised by leaving of the old concept and adopting the new concept in corporate insolvency. Judges should be wise or not in positivistic legal thinking and the law could not be longer practising in corporate insolvency.

Key Words: Insolvency Law, Corporate, corporate rescue, solvable, viable

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pailitnya perusahaan-perusahaan yang masih *solvent* dan *viable* (prospektif) di pengadilan niaga ada hubungannya dengan konsep¹ dan prinsip hukum² yang diterapkan dalam suatu peraturan perundang-undangan, seperti pailitnya PT Modernland Realty, PT Asuransi Jiwa Manulife Indonesia, PT Televisi Pendidikan Indonesia, PT Telkom dan lain-lainnya. Hukum kepailitan bukan

¹Konsep adalah makna yang disepakati bersama. Setiap konsep bermukim di alam *numenon*, ialah ide yang imajinatif, sedangkan objek yang diwakili berada di alam *phenomenon*, ialah alam fakta- aktual yang indrawi. Numenon berarti berpikiran, atau juga berarti alam gagasan. Konsep dapat melahirkan suatu teori karena teori adalah himpunan konstruksi yang dibangun oleh konsep-konsep yang berada di alam ide imajinatif manusia, atau *concept is the building blocks of theories*. Dengan demikian *key concept* dapat diartikan sebagai suatu teori-teori yang diterapkan. Lihat Soetandyo Wignjosoebroto, *Pergeseran Paradigma dalam Kajian-Kajian Sosial dan Hukum*, Setara Press, Malang, 2013, hlm. 2-8.

Corporate rescue: *key concept* dalam kepailitan korporasi adalah suatu teori hukum yang mengajarkan bahwa terhadap korporasi yang pailit tidak boleh dilikuidasi tetapi harus diberi kesempatan untuk melanjutkan bisnisnya. Likuidasi dan *corporate rescue* adalah dua konsep yang diterapkan dalam kepailitan korporasi, yang masih termasuk ke dalam rezim hukum kepailitan. Contohnya, kedua konsep tersebut terdapat dalam Pasal 7 dan Pasal 11 US *Bankruptcy law*. Pasal 11 mengatur tentang *corporate rescue* (yang disebut reorganisasi). sedangkan Pasal 7 mengatur tentang kepailitan yang mengacu kepada likuidasi perusahaan. Konsep likuidasi hanya mengutamakan perlindungan kreditor/investor sedangkan *corporate rescue* juga melindungi kepentingan kreditor dengan cara lain, yaitu memberikan kesempatan kepada perusahaan pailit untuk melanjutkan bisnisnya dengan harapan di kemudian hari akan diperoleh *asset recovery* yang lebih baik dari pada melikuidasi aset-aset perusahaan. Konsep ini disamping dapat melindungi kreditor juga dapat melindungi kepentingan umum, seperti perlindungan kepentingan tenaga kerja dan kepentingan ekonomis suatu negara karena perusahaan-perusahaan adalah merupakan aset perekonomian suatu negara.

²Prinsip hukum (*legal principles*), atau asas hukum adalah hukum dasar, yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat, atau yang menjadi pikiran dasar yang umum, yang menjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim. Prinsip hukum dapat melahirkan norma atau kaedah hukum. Norma/kaedah adalah merupakan perintah dan larangan dalam bertingkah laku. Putusan pengadilan adalah merupakan kaedah hukum yang khusus. Lihat Moh. Amir Hamzah, *Hukum Acara Perdata Pengadilan Tingkat Banding*, Setara Press, Malang, 2013, hlm. 16-19.

lagi merupakan penerapan prinsip *commercial exit from financial distress*,³ tetapi merupakan alat yang dapat memusnahkan perusahaan-perusahaan yang *solvent*. Sedangkan persoalan konsep berhubungan dengan konsep yang diterapkan dalam Undang-Undang Kepailitan. Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 yang menerapkan konsep likuidasi yang dibangun berdasarkan teori *Jackson's creditor bargain*, bahkan melebihi konsep likuidasi ini, dengan menghilangkan syarat *insolvent* didalamnya.⁴ Untuk melunasi utang-utangnya aset-aset perseroan harus dilikuidasi.⁵ Sekarang, konsep ini di negara lain sudah mulai ditinggalkan, yang diterapkan adalah konsep *corporate rescuer*. Konsep ini dianut Undang-Undang Kepailitan ini sebagai asas kelangsungan usaha, tetapi tidak diimplementasikan penerapan dalam pasal-pasal nya, padahal asas inilah yang merupakan *corporate rescue* yang menjadi *key concept* dalam kepailitan korporasi di negara maju saat ini.⁶

³Salah satu prinsip pokok hukum kepailitan dimana hukum kepailitan berfungsi sebagai jalan keluar dari masalah keuangan yang dialami suatu perusahaan. Lihat Hadi Subhan, *Hukum Kepailitan, Prinsip, Norma dan Praktek di Peradilan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008, hlm. 64.

⁴Jerry Hoff, *UU Kepailitan di Indonesia, (Indonesia Bankruptcy Law)*, Terjemahan Kartini Mulyadi, Jakarta, 2000, hlm. 17.

⁵Penyelesaian pembayaran utang dengan cara melikuidasi aset-aset debitor yang dilakukan dengan menggunakan Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 ini tidaklah efektif. Ada hasil penelitian yang menyatakan bahwa setelah tiga tahun Undang-Undang Kepailitan ini dioperasionalkan, seorang kurator menyebutkan bahwa nilai pemulihan utang yang umum dicapai dalam proses kepailitan hanya rata-rata sebesar 11,6 % dari nilai utang pokok. Nilai ini jelas tidak menunjukkan hasil yang memuaskan bagi kreditor, sehingga tidak sedikit kreditor yang kaget dan kecewa akan hasil proses kepailitan. Belum lagi adanya indikasi-indikasi penyimpangan para pemain dalam perkara kepailitan, misalnya kasus kreditor fiktif dan lainnya. Kurangnya kemampuan Undang-Undang Kepailitan untuk melindungi harta pailit dari jorjoran tangan nakal pihak yang tidak bertanggung jawab, padahal sisi inilah yang paling vital dari seluruh proses kepailitan. Lihat <file:///C:/Program%20File/DatabaseKepailitan/Resume.htm>, Akses 31 Maret 2014.

⁶Di negara maju saja konsep likuidasi sudah mulai ditinggalkan. Indonesia adalah negara berkembang konsep yang diterapkan dalam Undang-Undang Kepailitan adalah konsep likuidasi bahkan melebihi dari konsep ini. Konsep Undang-Undang Kepailitan perlu untuk dikaji ulang, mengingat bahwa Undang-Undang Kepailitan ini juga dibuat atas inisiatif IMF karena adanya kebutuhan yang mendesak untuk menyelesaikan utang-utang swasta akibat krisis ekonomi tahun

Hukum kepailitan Indonesia ini yang pada mulanya merupakan warisan dari zaman Belanda, yaitu berasal dari *Faillissement Verordening Staatsblad* Tahun 1905 No. 217 Juncto *Staatsblad* Tahun 1906 No. 348 (FV), yang menganut sistem hukum Eropa Kontinental, *Staatsblad* Tahun 1905 No. 217 Juncto *Staatsblad* Tahun 1906 No. 348 (FV), yang kemudian dilakukan revisi dengan Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 Juncto Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU) No. 1 Tahun 1998,⁷ yang sekarang secara total telah diubah dengan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Undang-Undang Kepailitan ini dibutuhkan sebagai akibat krisis ekonomi pada Tahun 1997 dengan asumsi bahwa akan banyak perusahaan yang tidak akan membayar utang-utang sebagai akibat krisis ekonomi Tahun 1997, maka diperlukan lembaga hukum kepailitan yang dapat secara cepat menyelesaikan utang-utangnya.⁸

Jika diperhatikan sistematika Undang-Undang kepailitan No. 4 Tahun 1998 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 terdapat ketentuan untuk melikuidasi aset aset debitor dan ketentuan mengenai PKPU (Permohonan Penundaan Pembayaran Utang).⁹ PKPU bukanlah merupakan opsi yang diutamakan,¹⁰ pernyataan pailit dengan tujuan untuk

1998. Kini krisis tersebut telah berlalu, maka perlu dicari konsep lain yang mungkin tidak merugikan potensi perekonomian dan penyediaan lapangan pekerjaan di Indonesia.

⁷Jerry Hoff, *op. cit.*, hlm. 17.

⁸*Ibid.*

⁹PKPU mungkin dapat merupakan wadah pelaksanaan asas kelangsungan usaha jika memberikan kesempatan untuk itu, tetapi PKPU selama ini hanya merupakan pemberian kesempatan kepada debitor agar tidak dipailitkan. PKPU bukanlah upaya hukum yang sama tetapi mirip dengan konsep *corporate rescue*, atau asas kelangsungan usaha.

¹⁰Didahulukannya PKPU tersebut jika diajukan bersamaan dengan permohonan pailit, yang menunjukkan bahwa sepanjang ketidakmampuan debitor tersebut dapat diatasi dengan upaya restrukturisasi atau *rescheduling* pembayaran utang oleh debitor, yang akan lebih memungkinkan

melikuidasi aset debitor adalah merupakan tujuan utama. Untuk itu dibuatlah syarat yang memudahkan debitor dinyatakan pailit, hanya adanya dua kreditor, adanya utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih, dan debitor tidak membayar utangnya (*not paying debts*),¹¹ debitor harus dinyatakan pailit. Disamping itu, Undang-Undang Kepailitan juga tidak membedakan kepailitan korporasi dengan perseorangan, maka akan lebih mudah untuk menyatakan debitor perusahaan dalam keadaan pailit, yang akan dilanjutkan melikuidasi aset perusahaan tersebut.

Menurut hukum kepailitan korporasi, perusahaan-perusahaan yang *insolvent* dinyatakan pailit dan aset-asetnya dilikuidasi dan yang dinyatakan pailit bukan perusahaan yang *solvent*. Konsep inipun sudah mulai ditinggalkan, atau setidaknya hanya merupakan *ultimum remedium* dalam penyelesaian utang-utang, korporasi yang *insolvent* tidak lagi dipailitkan dan likudasi aset-asetnya. Konsep yang menjadi model baru (*recent trends*) dalam hukum kepailitan korporasi adalah konsep *corporate rescue*, yang mengakibatkan hukum kepailitan di Asia termasuk di Indonesia *out of date*, atau ketinggalan zaman menurut versi *Asian Development Bank (ADB)*. Untuk mengikuti

debitor yang bersangkutan untuk mampu membayar kewajibannya ke depan, dengan sistematika tersebut PKPU bukanlah merupakan langkah yang lebih awal yang harus dilakukan oleh debitor pailit atau kreditor dalam suatu prosedur kepailitan. Namun sebaliknya, jika jangka waktu yang diberikan dalam PKPU tersebut terlampaui tanpa tercapainya perdamaian, PKPU juga dapat menjadi sarana mempermudah kepailitan. Kecenderungan seperti ini sudah mulai digunakan dengan menggunakan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, sehingga penerapan asas kelangsungan usaha, atau prinsip *corporate rescue* perlu dipikirkan untuk hukum kepailitan korporasi Indonesia di masa depan.

¹¹ Jerry Hoff, *loc. cit.* Tidak membayar utang (*not paying debts*) menjadi ukuran ketidakmampuan dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Ricardo Simanjuntak, *Hukum Kontrak, Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Kontan Publishing, Jakarta, 2006, hlm. 293. Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 merupakan standar dari keadaan tak mampu membayar dan lebih mudah diterapkan. Konsep ini bertentangan dengan pengertian *insolvent* dalam Pasal 47 KUH. Dagang: jika perseroan menderita kerugian sebesar tujuh puluh lima persen, maka perseroan tersebut demi hukum bubar. Jadi, perseroan yang dilikuidasi adalah perseroan yang menderita kerugian yang signifikan, bukan karena tidak membayar utang.

perkembangan ini, Menteri Hukum dan Perundang-undangan dan HAM pernah mengajukan RUU restrukturisasi utang dan rehabilitasi perusahaan yang menyerupai *Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code*.¹²

Perkembangan baru iniseolah-olah juga mengilhami kreditor di Indonesia dimana kreditor lebih memilih permohonan PKPU terhadap Debitor pailit, seperti dalam permohonan PKPU *PT Bank Mandiri Tbk v. PT Berlian Laju Tanker Tbk; PT Asuransi Central Asia v. PT Arpeni Pratama Ocean Line Tbk; PT Pertama Hulu Energy Raja Tempirai dan PT Golden Spike Energy Indonesia v. PT Putra Sejati Indomakmur*, namun masih terdapat kemungkinan penyalahgunaan penggunaan PKPU dimana jika PKPU berakhir debitor langsung dinyatakan pailit. Namun jauh sebelumnya, konsep baru dalam hukum kepailitan korporasi inipernah diterapkan dalam putusan Mahkamah Agung RI No. 024 PK/N/1999 dalam perkara kepailitan antara PT Citra Jimbaran Indah Hotel v. *Ssangyong Engineering & Construction Co. Ltd.*, Mahkamah Agung RI telah mengabulkan permohonan PK dalam perkara kepailitan ini karena perusahaan debitor masih dalam keadaan prospektif (*viable*), perusahaan debitor masih perlu diberikan kesempatannya untuk menjalankan bisnisnya sehingga debitor masih berpotensi untuk dapat melunasi utang-utangnya. Kepailitan dengan cara melikuidasi perusahaan debitor dipandang tidak ada manfaatnya. Putusan PK Mahkamah Agung berada dalam konsep *corporate rescue* dan merupakan terobosan hukum (*legal break through*) terhadap teks Undang-

¹²Sutan Remy Sjahdeini, "Recent Development on Indonesia's Bankruptcy Law," Paper yang disampaikan pada *The General Meeting of ALA on 26 - 28 May 2003 di Shangri-La Hotel, Singapore*, hlm. 23 dan 24.

UndangNo. 4 Tahun 1998,¹³ atau merupakan suatu penemuan hukum (*rechtsvervinding*) dalam penerapan hukum di Indonesia.

Perkembangan baru ini juga diadopsi oleh *Forum for Asia Insolvency Reform (FAIR)* yang dilaksanakan pada 27 – 28 April 2006 di Beijing, China, dengan tema *Creditor Participation in Insolvency Proceeding*, menyebutkan perlunya penerapan konsep *corporate rescue* dalam hukum kepailitan korporasi di masing-masing negara. Hal ini dilakukan karena pada saat ini hukum kepailitan di banyak negara masih didasari oleh tradisi, budaya dan situasi lokal suatu negara.¹⁴ Disamping itu, menurut *Asian Development Bank (ADB)*, ketika terjadi krisis ekonomi pada akhir tahun 1990an, ternyata hukum kepailitan di negara-negara Asia sudah ketinggalan zaman dan tidak sesuai lagi dengan kebutuhan hukum bisnis modern. Untuk mengurangi kesenjangan itu, negara-negara Asia dapat mengadopsi dengan melakukan studi perbandingan hukum, terutama terhadap hukum kepailitan korporasi (*corporate insolvency law*) di negara-negara *common law*.

B. Rumusan Permasalahan

Berdasarkan uraian tersebut di atas, penelitian ini dilakukan terhadap permasalahan-permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah hubungan konsep likuidasi dengan pailitnya perusahaan-perusahaan *solvable* dan *viable* (prospektif) di Indonesia ?

¹³ Secara normatif, perusahaan-perusahaan tersebut memang harus dipailitkan, tetapi Mahkamah Agung menganulir putusan pengadilan niaga, Mahkamah Agung menerapkan asas kelangsungan usaha dalam putusannya.

¹⁴ Roman Tomansic, "Creditor Participation in Insolvency Proceedings," *Work Paper*, OECD, Paris, 2006, hlm. 3 - 4.

2. Bagaimanakah sikap Mahkamah Agung terhadap pailitnya perusahaan-perusahaan *solvable* di Indonesia?
3. Bagaimanakah konsep ideal hukum kepailitan korporasi Indonesia di masa depan ?

C. Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan :

1. Untuk menganalisis adanya hubungan konsep yang diterapkan dalam Undang-Undang Kepailitan dan pailitkannya perusahaan-perusahaan *solvable* dan *viable* (prospektif) di pengadilan niaga.
2. Untuk menganalisis sikap Mahkamah Agung RI terhadap pailitnya perusahaan-perusahaan *solvent* dan prospektif tersebut.
3. Untuk mencari kaedah hukum kepailitan korporasi yang ideal Indonesia di masa depan.

D. Kerangka Pemikiran dan Konsep

1. Teori kemanfaatan dalam penyelesaian utang-utang korporasi

Gustaf Radbruch,¹⁵ membagi ide hukum ke dalam tiga unsur, yaitu unsur keadilan (*justice*), kemanfaatan (*expediency*), dan kepastian hukum (*legal certainty*).¹⁶ Esensi dari keadilan adalah persamaan perlakuan dari yang sama

¹⁵Radbruch et al, *Antinomies of the Idea of Law*, sebagaimana yang dikutip oleh Edwin W. Patterson, dalam *The legal philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin, translated by Kurt Wilk, 20 th century legal philosophy series Vol IV*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1950, hlm. 107-112.

¹⁶Dalam perspektif Australia dan British, tujuan kepailitan korporasi adalah keadilan, kemanfaatan, efisiensi dan ketidakberpihakan. Untuk itu kepailitan korporasi harus diatur dalam

dan juga berhubungan dengan perlakuan yang tidak sama dari yang berbeda, hal ini tidak menjelaskan apa yang dianggap sama atau yang tidak sama itu. Pertanyaan ini mungkin dapat dijawab hanya dengan merujuk tujuan dari hukum itu. Keadilan ini dapat digabungkan dengan unsur kemanfaatan, atau tujuan dari hukum. Persoalan tujuan dan kemanfaatan tidak dapat dijawab secara pasti karena dia merupakan persoalan relativitas. Masalah keadilan dan kemanfaatan dapat menimbulkan konflik dengan masalah unsur ketiga dari ide hukum, yaitu kepastian hukum (*legal certainty*). Kepastian hukum menghendaki hukum itu dipojotkan. Sedangkan unsur kedua adalah kemanfaatan (dalam artian: *helpful, usefull action etc*) menerapkan unsur relativitas, dengan demikian kemanfaatan dan keadilan konflik dengan kepastian hukum, sehingga hukum harus memilih keadilan, atau kemanfaatan.

Ide keadilan adalah merupakan yang absolut dan inilah yang menjadikan hukum itu dapat dilaksanakan (*valid*).¹⁷ Kepastian hukum harus dikorbankan. Secara universal, keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum adalah ide dari hukum; unsur relativitas bukan saja terhadap unsur kemanfaatan tetapi adalah merupakan unsur dari ketiga unsur ide hukum itu. Berdasarkan penelitian Radbruch et al, ketiga unsur ide hukum itu merupakan persyaratan bagi unsur yang lainnya, walaupun pada saat yang bersamaan terhadap ketiga unsur tersebut terjadi konflik. Untuk mengatasi konflik ini, kita harus membatasi ruang lingkup bekerjanya ketiga unsur

proses yang adil dan berhubungan dengan *insolvent individual dan company*. Roman Tomasic, *Australian Corporate Insolvency Law*, Butterworth, Sydney, 1993, hlm. 4.

¹⁷*Ibid.*

ini. Dengan keadilan kita dapat mengukur apakah hukum yang dibuat itu dapat berlaku secara umum, dengan kemanfaatan kita dapat menentukan apakah konten hukum itu telah benar dan akhirnya dengan kadar kepastian hukum kita kita dapat menilai keabsahan suatu aturan hukum. Akhirnya, hal ini mungkin terjadi dimana hukum positif yang tidak adil dan salah tidak dapat diberlakukan dalam perkara yang sama, oleh karena itu persoalan keabsahan dapat dianggap tidak hanya dari sudut pandang kepastian hukum tetapi juga dari sudut keadilan dan kemanfaatan. Keadilan harus mengesampingkan kepastian hukum, kemanfaatan dapat pula mengesampingkan keadilan dan kepastian hukum.

Didahulukannya kemanfaatan dari yang lainnya dari ide hukum itu sesuai dengan teori mashlahah (*maqashid asy-syari'ah*).¹⁸ Djazimah Muqodas,¹⁹ dalam disertasinya menyatakan bahwa tujuan syariat Islam adalah untuk mewujudkan kemaslahatan umum (*mashlahah al-ammah*) dengan cara menjadikan aturan hukum syariah yang paling utama dan sekaligus menjadikan menjadikan shalihah li zaman wa makan (kompatibel dengan kebutuhan ruang dan waktunya, untuk sebuah kehidupan manusia yang adil, bermartabat dan bermaslahat. Kemudian Abu Hassan al Mawardi juga telah memperkenalkan konsep ijmak dan qiyas dalam hukum tata negara Islam. Al-Mawardi telah menempatkan ijmak dan qiyas sebagai akumulasi dari hasil ijtihad sebelumnya dan sekaligus merupakan langkah positif untuk

¹⁸Teori kemanfaatan ini dalam Islam dikenal sebagai teori Mashlahah yang telah diterapkan pada abad modern. Lihat Jasser Auda, *Maqasid Al-Shariah as Philosophy of Islamic Law, A Systems Approach*, International Institute of Islamic Thought, UK, 2008, hlm. 176-177.

¹⁹Djazimah Muqoddas, *Kontroversi Hakim Perempuan, Pada Peradilan Islam di Negara-Negara Muslim*, L.Kis, Yogyakarta, 2011, hlm. 30-50.

mematangkan fungsi agama sebagai sumber moral dan etik untuk menggugah kesadaran kolektif yang lebih bersifat anthroposentris. Pendekatan positivistik dan pembongkaran nalar kritis terhadap teks (*nash*) dan realitas (konteks) atas teori ijmak dan qiyas di bidang politik Islam telah melahirkan teori hukum baru yang disebut dengan al-mashlahah. Teori mashlahah ini juga dibenarkan oleh al-Ghazali dan Najamuddin ath-Thufi. Ath-Thufi berpendapat bahwa prinsip mashlahah dapat membatasi (*takhsis*) al-Quran, Sunnah dan ijmak jika penerapan nash al-Qur'an, sunnah dan ijmak itu akan menyusahkan manusia. Akan tetapi ruang lingkup dan bidang hukum berlakunya mashlahah menurut ath-Thufi adalah hukum muamalah.

Dalam hubungan ini, Islam dapat menerima konsep *corporate rescue* terhadap yang berutang yang tidak mampu bayar utangnya harta-hartanya tidak boleh dilikuidasi, jika hal itu akan menambah melarat orang yang berutang itu. Pandangan ini disampaikan oleh Abu Hanifah bahwa:

Permintaan kreditor untuk diampun tidak dapat dibenarkan dan hakim tidak berwenang menjual harta orang itu secara paksa, hakim hanya menahannya sampai orang itu membayar utang-utangnya, atau dengan jalan menjual hartanya untuk dibagi-bagikan kepada para kreditornya menurut perimbangan. Atau boleh juga dengan cara lain, hakim dapat mengampun orang itu untuk mencegah dilakukannya tindakan yang dapat merugikan kreditor, seperti menjualnya dibawah harga pasar. Pengampunan hanya dilakukan untuk kemanusiaan, hal itu tidak boleh dilakukan jika hal itu akan menjadikan yang berutang menjadi lebih melarat, sesuai dengan sabda Nabi saw: tidak halah harta seseorang muslim kecuali dengan senang hati darinya.²⁰ Hal ini juga dikuatkan oleh firman Allah Swt, yang menyatakan *wa in kaana dzu 'usrotin fa*

²⁰ Mahmud Syalfut dan Ali as-Sayis, *Perbandingan Mazhab dalam Masalah Fiqih*, terjemahan, Bulan Bintang, cet. Ke-9, Jakarta, 2004, hlm. 227-228.

nazirotun ila maisaroh, yang maksudnya adalah *tunggulah mereka sampai mampu*.²¹

Menurut Delaney sebagaimana dikutip oleh Roman Tomasic,²² secara teoritis ada dua bentuk yang mengakibatkan korporasi pailit. *Pertama*, kepailitan korporasi merujuk pada adanya kegagalan bisnis, yang secara tradisional memusatkan perhatian pada adanya hubungan antara *debt -ratio*, *balance sheet data* dan *efficient adjustment approach*. Menurut pendekatan ini hukum kepailitan bertujuan untuk memaksimalkan produk sosial bagi kepentingan semua pihak, terutama dalam hal ketika pada saat yang sama untuk menjamin efisiensi ekonomi nasional dengan mencari jalan keluar perusahaan yang tidak lagi efisien. *Kedua*, sebagaimana yang juga dikutip oleh Tomasic,²³ analisis hukum tentang kepailitan korporasi seperti yang ditulis Prof. Jackson dalam bukunya *the logic and limits of bankruptcy law*, yang mengadopsi pendekatan *debt collection*, tujuan hukum kepailitan korporasi adalah untuk menjamin supaya aset-aset debitor digunakan untuk memaksimalkan seluruh nilai aset-aset yang ada untuk kepentingan kreditor secara bersama (*as a group*).

Pendapat lain menyatakan bahwa kepailitan korporasi dapat memusnahkan perusahaan yang dalam kesulitan keuangan (*weak company*) dan mempunyai pengaruh produktivitas perusahaan. Para ahli ekonomi berpendapat bahwa kepailitan korporasi harus dilihat sebagai mekanisme untuk mencapai

²¹Dikutip dari Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor Dalam Hukum Kepailitan di Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, 2008, hlm. 398, lihat *Surah Al-Mudawwanah al-Kubra*, Juz 13.

²²Roman Tomasic, *Australian corporate Insolvency*, Butterworths, Sydney, Australia, 1993, hlm. 14.

²³*Ibid.*

efisiensi atau manfaat yang lebih besar bagi semua sistem²⁴. Delaney mengkritik teori-teori sebelumnya,²⁵ berpendapat bahwa kepailitan korporasi sebagai suatu proses yang alamiah untuk memusnahkan korporasi yang tidak efisien dan untuk membentuk kepercayaan bahwa hukum kepailitan korporasi sebagai sistem penyelesaian masalah-masalah teknis yang telah jadi dan tidak menimbulkan masalah. Seperti, ratio utang, sebagai akibat kenaikan bunga dari rekapitulasi. Disamping itu, menurut Delaney teori teori ini cenderung mempercayai bahwa kepailitan korporasi persoalan internal dalam perusahaan yang bersangkutan, bukan merupakan persoalan yang tidak terpisah dari proses, jaringan dan hubungan keweangan yang lebih besar dalam lembaga, seperti perbankan, perusahaan asuransi, pemerintahan dan pasokan produk yang dilakukan di pasar-pasar.²⁶

Teori-teori tersebut diatas diaplikasikan dalam perkara *Johns Manville Corp case* dimana untuk melepaskan tanggung jawab manajer terhadap perusahaan pailit, manager yang bersangkutan harus menyatakan perusahaannya dalam keadaan pailit. Konsep ini disebut sebagai *strategic bankruptcies*.²⁷ Menurut Delaney untuk mengartikan kasus ini secara utuh, kita harus mengembangkan teori pembuatan keputusan selama krisis bisnis terutama ketika perusahaan dalam keadaan pailit. Oleh karena itu, hukum kepailitan dapat dilihat sebagai proses dimana di dalamnya terlibat lembaga lain yang menggunakan kewenangannya untuk membatasi tindakan terhadap

²⁴*Ibid.*, hlm. 15.

²⁵*Ibid.*

²⁶*Ibid.*

²⁷*Ibid.*

perusahaan yang bersangkutan.²⁸ Walaupun dalam perkara ini bukanlah merupakan tipe hukum kepailitan, tetapi yang juga melihatnya sebagai ilustrasi yang baik terhadap pendekatan hukum dan ekonomi dalam kepailitan korporasi.²⁹ Korobkin mempunyai argmentasi bahwa dalam perkara ini memperlihatkan proses kepailitan korporasi merupakan proses yang kaya, rumit dan ungakapan evolusi terhadap pengakuan berbagai nilai-nilai kemanusiaan yang banyak dan rumit.³⁰ Untuk memahami kepailitan korporasi Korobkin juga mengembangkan konsep *value base account*. Menurut Korobkin dari sudut ekonomi hukum kepailitan merupakan pemecahan persoalan ekonomi untuk penagihan utang. Namun sebaliknya, konsep ini juga dibangun untuk memahami hukum kepailitan sebagai pemecahan persoalan dari financial distress, tidak saja sebagai persoalan ekonomi, tetapi juga sebagai persoalan moral, politik, individu dan sosial yang mempengaruhi para pelakunya.³¹ Akhirnya, hukum kepailitan harus dijelaskan tidak saja sebagai alat untuk memaksimalkan persoalan ekonomi tetapi sebagai suatu sistem untuk pengambilan keputusan dengan banyak pertimbangan.

Menyelamatkan perusahaan *insolvent* ini lebih bermanfaat dari pada melikuidasinya. John Flood et.al.³² dalam penelitiannya terhadap *Company Voluntary arrangements* (CVAs) dan super-CVA yang disebut juga sebagai

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, hlm. 16.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² John Flood, et.al., *The Professional Restructuring of Corporate Rescue-Company Voluntary Arrangements and London Approach*, Research Report 45, University of Westminster, London, 1995, hlm. 4.

the London Approach, suatu bentuk *corporate rescue* yang digunakan di Inggris (UK), yang mirip dengan *Chapter 11 US Bankruptcy Code. Company Voluntary Arrangements (CVAs)* baru diperkenalkan oleh *the Insolvency Act 1986* dan merupakan suatu mekanisme dimana para direksi perusahaan dan para kreditornya melakukan kerja sama untuk menyelamatkan bisnis perusahaan dan bagi perusahaan kecil yang lebih rentan terkena akibat resesi, CVAs diatur dalam suatu buku perundang-undangan yang mengatur strategi yang dibutuhkan untuk penyelamatan, sedangkan bagi perusahaan besar punya versi super-CVA tidak diatur secara formal dalam suatu perundang-undangan. Penelitian Flood ini merupakan studi *socio-legal (in sociological context)* dalam hukum kepailitan.

CVA ini dirancang untuk mengambat lajunya kepailitan untuk menghindari ditempatkan perusahaan kedalam *receivership* atau likuidasi. Para direksi dan para kreditornya bekerja sama untuk menyelamatkan perusahaan dan untuk menjamin kemampuan perusahaan untuk meneruskan bisnisnya. CVA ini dapat membantu usaha kecil keluar dari resesi dan kesulitan bisnisnya. Disamping itu, CVA juga dapat mengurangi biaya-biaya administrasi yang tidak diperlukan, sebaliknya dapat mempercepat CVA dan campur tangan pengadilan.³³

Menurut Flood, tingkat keberhasilan *Company Voluntary Agreement (CVA)* di Inggris ini karena adanya kepercayaan (*trust*) dari para kreditor kepada debitor terhadap adanya resiko (*risk*) dan dalam keadaan yang tidak

³³*Ibid.*

menentu (*uncertainty*) dalam penggunaan CVA.³⁴ CVA juga sangat dipengaruhi oleh faktor ekonomi, sosial dan moral secara berkumulasi.³⁵ Flood dalam penelitiannya yang menggunakan *teori collective management of uncertainty* menyatakan keberhasilan CVA ini dipengaruhi juga oleh beberapa teori. *Pertama*, dari teori *frame work*, secara sosiologi kontrak yang didasari *risk, trust and uncertainty* yang menjadi dasar teori *collective management of uncertainty in situation of great risk*, moral tenaga kerja dan karakter pekerjaan merupakan hal yang penting untuk dipertimbangkan dalam proses *corporate rescue*. Suksenyanya CVA juga ditentukan oleh kalangan profesional dalam mengelola resiko dan kerugian yang akan dihadapi. Dalam hubungan ini, *corporate rescue* mengaandung kedua resiko tersebut. Kreditor dan bank harus meresikokan aset-asetnya untuk masa yang akan datang; kreditor dan bank menyelaraskan kepentingannya dengan kepercayaannya kepada praktisi kepailitan yang mengelola proses tersebut. Penyelarasan ini akan mewujudkan kepercayaan terhadap bermacam resiko yang akan terjadi. Dalam penelitiannya Flood et.al. menyatakan bahwa :

*The observe of failure is the risk of success which generates impressive rewards and more opportunities to engage in risk. Corporate rescue brings others into the fold of risk (cf. Beck 1992). The creditors and banks must risk their assets on future chances of succes; they balance their needs against the moral authority of the insolvency practitioner who is attempting to orchestrate the sequencing of events. This moral authority has to create a context for trust to to emerge, which in itself is multi-faceted.*³⁶

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

Flood et.al. juga menyatakan bahwa :

*The virtue of collective management of uncertainty is show how the diverse components of the process of corporate rescue interact to produce successful outcomes.*³⁷

Penelitian Flood,³⁸ tersebut dilatar belakangi apa yang terjadi di Inggris dan Wales karenasejak Tahun 1980 perusahaan yang pailit di Inggris dan Wales secara dramatis meningkat dari 10.000 dan mencapai puncaknya 51.957 perkara pada Tahun 1992 dan kemudian turun lagi dua tahun kemudian menjadi 40.255 perkara, Dun & Bradstreet berpendapat jika kepailitan akan berpengaruh terutama terhadap kelompok usaha besar dan menengah. Kelompok usaha kecil tidak terpengaruh, tetapi walaupun demikian kelompok usaha kecil dapat terpengaruh dalam dua hal: pada satu sisi usaha kecil ini lebih cenderung menjadi pailit dan disisi lain kelompok usaha kecil ini tidak termasuk yang harus diselamatkan (*rescue*). Kemudian pada pertengahan Tahun 1980 pemerintah Inggris melakukan langkah-langkah pengamanan terhadap kelompok usaha kecil ini.

CVA memerlukan sanksi hukum yangi tidak sama dengan chapter 11, *the London approach* jangan dilihat sebagai suatu penghukuman. Untuk keberhasilan CVA ini, peranan praktisi kepailitan sangat dibutuhkan, sebagaimana yang disebut dengan *the practitonare's buzz*, peranan ini sebagai bentuk manajemen resiko terhadap tindakan untuk mengalihkan aset-aset dan uangnya perusahaan. Pekerjaan kolektif merupakan inti dari usaha

³⁷*Ibid.*

penyelamatan perusahaan. Kerja kolektif tersebut melibatkan para direksi, para kreditor, para praktisi kepailitan dan para bankir.³⁹

The London approach, sebagai prosedur penyelamatan perusahaan adalah merupakan langkah yang lebih baik dari bentuk CVA yang tradisional.

Menurut Smith :

*The origins of London Approach can be traced back to recession of the mid -1970s. This was the first serious interruption to world economic growth since 1945. We at the bank of England (at least those of us with as many grey hairs as me) remember it most for the secondary banks' crisis and for the launching by bank of the so called lifeboat. This was the first bank support operation that the bank of England had had to organized, bu, in the context of the London Approach, it was an influential forerunner of the bank's later involment in workout for non-financial companies.*⁴⁰

Olehkarena itulah The Bank England tidak menginginkan suatu perusahaan di tempatkan dalam posisi CVA untuk kepentingan ekonomi yang lebih luas, karena bank-bank tersebut menginginkan adanya jaminan dalam kapasitas produksi dan tenaga kerja. Sejak dimulainya resesi pada akhir Tahun 1980 *the Bank of England* telah melakukan 150 CVA ini dengan tujuan:

*To provide a flexible framework whereby Banks can continue to extend support to companies in financial difficulty, pending agreement as to the way forward (which) may include the provision of additional short term liquidity.*⁴¹

Menurut Trina Bose⁴² bagi debitor yang mengalami kesulitan keuangan dapat melakukan prosedur informal dimana para bankir dapat melakukannya di luar hukum kepailitan untuk mencapai hasil yang lebih baik. Usaha pemulihan

³⁹*Ibid.*

⁴⁰*Ibid.*

⁴¹*Ibid.*

⁴²Trina Bose, *Resolving Financial Distress: Justice as Fairness and Reciprocity*, UCL Jurisprudence Review, 2004, 11, 230-251.

(*rescue*) terhadap debitor perusahaan yang pailit lebih baik dari pada melakukan likuidasi terhadap aset perusahaan. Trina Bose berpendapat bahwa konsep *creditor bargain* seharusnya sudah ditinggalkan. Konsep pemulihan kemampuan debitor perusahaan bukan hanya merupakan pemecahan masalah efisiensi ekonomi yang pragmatis, tetapi lebih dari itu, yaitu penerapan norma keadilan (*norms of fairness*) dan penerapan norma keseimbangan (*norms of reciprocity*).

Reorganisasi adalah bentuk yang paling utama dari kepailitan korporasi yang mengacu kepada *chapter 11* dimana tidak ada syarat perusahaan yang bersangkutan dalam keadaan tidak mampu (*insolvent*). Pemegang saham atau pihak manajemen dapat melakukan inisiatif untuk mengajukan permohonan reorganisasi. Menurut *London Approach*, suatu konsep yang diterapkan secara informal di Inggris, yang sama dengan *chapter 11*, siapa yang dapat melakukan inisiatif tersebut dilakukan dengan cara melakukan negosiasi terlebih dahulu. Dalam hal ini, menurut Jackson memberikan kesempatan kepada perusahaan melakukan pemulihan keuangannya untuk menyelamatkan tenaga kerja bukanlah merupakan prinsip kepailitan. Prinsip utama kepailitan menurutnya adalah untuk kepentingan kreditor dan hanya untuk kreditor.

Sebaliknya, menurut *London Approach* kepailitan haruslah mempertimbangkan kepentingan orang banyak dari pada mempertimbangkan hanya kepentingan kreditor. Dalam melihat permasalahan ini, *London Approach* menerapkan teori-teori; *Pertama*, teori hukum dan ekonomi

dimana konsep efisiensi dan peningkatan kesejahteraan (*The concept of efficiency and wealth maximation*) akan diuji. Kedua, apakah *the London approach* sejalan dengan kepailitan korporasi. Ketiga, *Jackson's creditor bargain* hanya digunakan jika mendukung *the London approach*. Keempat, apakah para pihak memberikan persetujuan secara benar. Terakhir, *London Approach* hanya diterapkan untuk menjaga keseimbangan. Jika *Rawls theory* diterapkan kedalam kepailitan korporasi, teori *Jackson's creditor bargain* perlu dikritisi, apakah teori Jackson's ini lebih baik. Menurut Jackson's model hanya kreditor yang melakukan persetujuan untuk memberikan pemulihan perusahaan. Membatasi para pihak untuk memperjuangkan hak-haknya adalah tidak adil.

Peran kreditor dan debitor dalam *chapter 11*, menurut Kenneth M. Ayotte dan Edward R. Morrison,⁴³ dalam penelitiannya pada Tahun 2001 terhadap penggunaan *Chapter 11 US Bankruptcy Code* berpendapat bahwa terdapat perkembangan dimana kreditor lebih berperan (*creditor control*) dalam proses reorganisasi (*creditor in-possession*), berbeda dengan pandangan tradisional tentang *chapter 11* dimana pemegang saham dan manager (debitor) sangat berperan dalam proses reorganisasi. Penelitian ini berpendapat pergeseran dalam penggunaan *chapter 11*, merupakan pergeseran paradigma dari *Debitor in possession ke paradigma Creditor in possession*.⁴⁴ Tujuh puluh persen CEOs perusahaan telah diberhentikan dua tahun sebelum permohonan *Chapter 11* diajukan dan sangat sedikit rencana

⁴³*Ibid.*

⁴⁴*Ibid.*

reorganisasi menyimpang dari aturan prioritas yang mutlak dalam pembagian keuntungan kepada para pemegang sahamnya

Sebaliknya,⁴⁵ kreditor mendikte langkah-langkah proses reorganisasi, kreditor yang lebih dahulu memberikan pinjaman sangat menentukan isi perjanjian yang sangat rinci di dalam pinjaman DIP, semacam program pembiayaan. Kreditor tidak yang mempunyai jaminan (*unsecured creditors*) mendapat bagian melalui perdebatan dan lainnya menurut pengadilan. Penelitian ini juga berpendapat bahwa tawar menawar antara kreditor yang mempunyai jaminan dan kreditor yang tidak mempunyai jaminan dapat menentukan proses reorganisasi. Dalam *Chapter 11* akan sangat mungkin dilakukan penjualan perusahaan jika pinjaman yang dijamin, yang jaminannya melebihi pinjaman, hal ini lebih kurang sama dengan jika pinjaman dibawah nilai jaminan atau jika perusahaan sama sekali tidak mempunyai utang yang tidak ada jaminannya, keinginan untuk menjual perusahaan menjadi bias. Hasil penelitian memberikan saran bahwa munculnya peranan kreditor belum menghilangkan prinsip pemborosan dalam proses kepailitan: persoalan yang mendasar (menjual perusahaan atau melakukan reorganisasi) adalah hal terakhir yang rumit dalam masalah pembagian aset debitor (berapa banyak setiap kreditor akan menerima), yang disebabkan konflik diantara jenis kreditor.

⁴⁵*Ibid.*

Dalam pandangan klasik terhadap *Chapter 11* terdapat dua tema besar.⁴⁶*Pertama*, manager dan pemegang saham atau keduanya menentukan dalam proses reorganisasi, kondisi ini menjadikan debitor terbiasa dengan model-model *Bankruptcy code* dan menjadikan hakim pasif, atau tidak mau tahu terhadap kelanjutannya. Dalam menggunakan perlindungan pengadilan, manager dapat membela kepentingannya dan pemegang saham dapat meminta persetujuan kreditornya untuk menyimpang dari hak-hak perirotas. Akibatnya, pengadilan hanya mengabulkan reorganisasi perusahaan yang seharusnya dilkuidasi.*Kedua*, biasanya secara implisif secara tertulis, kreditor bertindak sebagai perwakilan, biasanya dalam memberikan pengaruh untuk segera dilakukan likuidasi. Selama sepuluh tahun telah berjalan, kreditor pemegang hak jaminan telah mendominasi dalam proses *Chapter 11*. Sebagian besar peranan kreditor dilakukan sebelum dan sesudah permohonan pinjaman yang dijamin, yang membatasi akses debitor melakukan aktivitas bisnis secara tunai. Karena peranan kreditor inilan, kita melihat suatu peningkatan yang luar biasa dalam penggunaan *chapter 11* untuk menghindari likuidasi atau penjualan bisnis yang sedang dijalankan.

2. ***Teori social dimensions of law*,⁴⁷ kepailitan dilihat dari kepentingan sosial**
Hukum harus dilihat dari kepentingan masyarakat bukan dari kepastian hukum. Sari Ratnapala⁴⁸ menyebutkan bahwa hukum yang merupakan suatu

⁴⁶*Ibid.*

⁴⁷ Sari Ratnapala, *Jurisprodenca*, Cambridge Univ. Press. ,First Published, 2009. Sari Ratnapala menggunakan istilah *dimensions of law* untuk melihat hukum untuk melindungi kepentingan masyarakat. Lihat juga Soekanto, sebagaimana yang dikutip oleh Umar Sholehuddin, *Hukum & Kadilan Masyarakat, Perspektif kajian Sosiologi & Hukum*, setara Press, Malang, 2011, hlm. 22.

gambaran yang fundamental dalam masyarakat. Dimensi sosial merupakan bagian dari ilmu sosiologi yang mencoba untuk memahami realitas sosial dari berbagai dimensi.⁴⁹ Para sosiolog memandang hukum dalam bentuk yang berbeda dari para ahli hukum positivistik. Jika para ahli hukum positivistik membatasi pengertian hukum hanya sebatas hukum formal yang dibuat oleh negara, undang-undang yang dibuat dari kesepakatan, perintah penguasa, putusan pengadilan dan yang lainnya semacam itu, para sosiolog melihat hukum diluar dari batasan tersebut.⁵⁰ Bagi Roscoe Pound, masalah kadilil bukan semata-mata persoalan yuridis saja, akan tetapi terdapat masalah sosial yang banyak disorot oleh sosiolog hukum.⁵¹ Berangkat dari teori ini, kepailitan tidak dapat secara *legalistic formalistic (positivistik)*, kepentingan ekonomi, sosial dan negara harus mendapat perlindungan dalam kepailitan korporasi.

Korobkin berpendapat bahwa hukum kepailitan hanya merupakan respon dari kesulitan keuangan yang dialami debitor perusahaan, bukan merupakan respon dari kepentingan masyarakat, sedangkan Mokal berpendapat bahwa kepailitan korporasi ada hubungannya dengan persoalan

⁴⁸Gurvitch, sebagaimana yang dikutip oleh Ratnapala, *Ibid*, hlm. 187-189. Masalah keadilan bukan semata-mata persoalan yuridis saja, akan tetapi masalah sosial yang banyak disorot oleh sosiolog hukum. Dalam pikiran para yuris proses peradilan sering hanya diterjemahkan sebagai suatu proses memeriksa dan mengadili secara penuh berdasarkan hukum positif semata-mata. Kelemahan pandangan ini adalah terjadi penegakan hukum yang kaku, cenderung mengabaikan keadilan masyarakat dan lebih mengutamakan kepatuhan hukum.

⁴⁹Dimensi sosial dapat meliputi sosial, ekonomi, teknologi dan politik (Brenden Edge Worth, *Law, Modernity, Postmodernity, Legal Change in the Contracting State*, Ashgate, Burlington, USA, 2003.

⁵⁰Lihat Reza Banakar dan Max Travers, *Theory and Methode in Socio-Legal Research*, Hart Publishing, Oxford, 2005, hlm. 137. *How legal texts can be studied as empirical indicators of way law organises itself internally, intracts with its social-environment and constructs its images of social relations*

⁵¹Soekanto, *loc. Cit.*

sosial, bisnis dan hukum yang muncul jika debitor perusahaan dalam keadaan tidak mampu (*insolvent*) dimana hukum kepailitan berada dalam semua kepentingan. Jika tidak demikian, hukum kepailitan menjadi bagian yang terpisah dari kehidupan. Menurut model ini, semua pihak berpotensi mengalami akibat dari krisis keuangan perusahaan, termasuk pihak kreditor, pihak manajemen, para pemegang saham, para pekerja, konsumen, teman dan keluarga yang bekerja di perusahaan yang bersangkutan serta anggota masyarakat yang menanggung langsung akibat dari kelangsungan hidup perusahaan itu.

Konsep *corporate rescue* dianggap dapat melindungi banyak kepentingan, bukan saja melindungi kepentingan debitor dan kreditor, tetapi juga kepentingan pemegang saham (investor), tenaga kerja, dan kepentingan umum (*public interest*).⁵² Konsep ini dikenal dengan reorganisasi, atau *corporate rescue, suspension of payment*, dengan filosofi efisiensi ekonomi untuk semua pihak, yaitu debitor, kreditor, stakeholder lainnya (karyawan) dan juga negara (*macroeconomy*), dengan tetap menekankan kelangsungan hidup perusahaan (*going concern principle*).⁵³ Konsep hukum kepailitan ini lahir sebagai kritik terhadap hukum kepailitan yang hanya melindungi

⁵² G. Eric Brunstad, Jr. & Mike Sigal, "Competitive Choice Theory and the Broader Implications of the Supreme Court's Analysis in *Bank of America v. 203 North LaSalle Street Partnership*," 54 *Business Law* 1475, (1999), hlm. 1516-1518. Lihat juga Elizabeth Waren, "Bankruptcy Policy," 54 *University Chicago Law Review* 775, (1987), hlm. 777-778, yang memperdebatkan perbedaan antara tujuan dan kebijakan. Lihat lebih lanjut Karen Gross, "Failure and Forgiveness, Rebalancing the Bankruptcy System," (1997), yang menyatakan *bankruptcy law should change its priority and other features to provide more protection to those not directly involved but unavoidably affected by bankruptcy process*.

⁵³ Pusat Pengkajian Hukum, *Proceeding...*, *op. cit.*, hlm. x. Teori ini menurut Romli Atmasasmita disebut Teori Hukum Integratif. Lihat Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif, Rekonstruksi terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Genta Publishing, Bantul, Yogyakarta, 2012.

kepentingan kreditor saja berdasarkan teori *Jackson creditor bargaining*, yang bersifat normatif, atau *positivistic legalistic* dimanahukum kepailitan dipandang hanya sebagai *debt collection* untuk memaksa debitor membayar utang-utangnya dengan melikuidasi aset-aset debitor tersebut.⁵⁴

Kepentingan umum termasuk mempertimbangkan kepentingan ekonomi. Menurut *Economic analysis of law* kepailitan korporasi harus juga dilihat dari kepentingan ekonomi. Analisa ekonomi terhadap hukum yang muncul awalnya dari pemikiran ahli hukum ekonomi Amerika Serikat, yaitu Ronal Coase, Guido Calabresi dan Henry Manne, yang berpedoman pada prinsip *maximisation, efficiency dan equilibrium* dalam hukum dimanapemikiran ini kemudian dilanjutkan oleh Richard Posner, Ketua Pengadilan Tinggi Amerika Serikat.⁵⁵ Salah satu konsep dalam analisis ekonomi terhadap hukum ini adalah *economic efficiency*, yaitu efisiensi ada jika lebih banyak hasil yang diperoleh dari sumber yang sama. Misalnya, sebuah mobil yang berjalan 15 km dengan satu liter premium lebih dapat menghemat premium dari pada sebuah mobil yang dijalankan hanya 10 km dengan satu liter tersebut.⁵⁶

Richard Posner berpendapat bahwa setiap perusahaan dapat mempunyai sumber keuangan tidak hanya berasal dari saham atau *equity*, tetapi juga dapat berasal dari utang atau *liability*. Pemegang saham dapat memilih sumber keuangan yang berasal dari utang perusahaan sebab tingkat pengembalian

⁵⁴J. Armour, "The Law and Economics of Corporate Insolvency: A Review," ECRC, Centre for Business Research, University of Cambridge, *Working Paper*, No. 97, hlm. 9 dan 11. *With an hypothecal bargain would to give rise to rules tending to maximise the wealth available to all creditors.*

⁵⁵Suri Ratna pala, *op. cit.*, hlm. 243.

⁵⁶*Ibid.*, hlm. 245.

hasil investasinya menjadi lebih besar dibandingkan hanya yang berasal dari saham. Dengan adanya kombinasi antara *equity* dan utang, perusahaan dapat menawarkan paket-paket resiko hasil yang berbeda-beda untuk memenuhi keinginan para investor. Perusahaan yang hanya memiliki modal *equity* akan memberikan investasi dengan harapan resiko dan imbalan hasil yang sama bagi semua investor.⁵⁷ Artinya, jika *liquidation value* masih lebih besar dari pada *going concern value*, maka cara penyelesaian pailit akan lebih baik, tetapi jika *going concern value* lebih besar dari pada *liquidation value*, maka cara penyelesaian *reorganisasi* akan lebih tepat.⁵⁸ Teori *analisis economic of law* ini dapat dipergunakan untuk menganalisis adanya kecenderungan pengajuan PKPU oleh kreditor.

Untuk menjaga dimensi sosial dalam hukum, *corporate rescue* dibuat berdasarkan perjanjian. Robert K. Rasmussen dalam *contract based theories*,⁵⁹ reorganisasi perusahaan ditentukan sendiri oleh para investor perusahaan atau para kreditor melalui kontrak antara kreditor dan debitor dan tawar menawar antara para investor suatu perusahaan dengan debitornya. Tawar menawar kontrak itu bukan saja dibentuk oleh para kreditor perusahaan itu saja melainkan juga harus melibatkan pemegang obligasi dan pemegang saham perusahaan, sedangkan menurut Barry E. Adler berpendapat,⁶⁰ keinginan para kreditor dan para investor lainnya untuk

⁵⁷ Richard A. Posner dan Kenneth E. Scott, *Economic of Corporation Law and Securities Regulation*, Fifth Edition, Little Brown & Company, Boston and Toronto, 198, hlm. 397.

⁵⁸ Darminto, *Economic Analysis of Law, Atas Putusan PKPU Tetap*, Universitas Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 24.

⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 823.

⁶⁰ *Ibid.*

menerima prosedur kepailitan korporasi merupakan suatu kompromi terhadap suatu keputusan yang bersifat ekonomi dan efisiensi

Corporate rescue pada prinsipnya adalah restrukturisasi utang. Menurut Mark J. Roe,⁶¹ restrukturisasi utang-utang debitor hanya dapat dilakukan jika nilai saham-saham perusahaan yang bersangkutan masih dapat diterima oleh pasar (*market based*), sehingga perusahaan tersebut tidak perlu untuk dipailitkan. Dalam kondisi ini, pengadilan tidak saja akan mempertimbangkan rencana reorganisasi yang telah disetujui, tetapi juga dapat mempertimbangkan syarat minimum lainnya. Umpamanya, walaupun doktrin hukum kepailitan menyatakan bahwa jika utang lebih besar karena utang pokok dan bunga lebih tinggi dan uang tunai tidak tersedia untuk membayar biaya-biaya yang telah jatuh tempo, sehingga utang tersebut tidak dapat dibayar, pengadilan dapat mengabulkan permohonan reorganisasi perusahaan tersebut karena restrukturisasi utang masih mungkin untuk dilakukan.⁶²

Cara lain untuk melakukan *corporate rescue* adalah dengan menjual perusahaan atau pengambilalihan perusahaan (*take over*). Menurut *Efficient capital market theory*⁶³ kelangsungan bisnis perusahaan dapat dilakukan dengan menjual perusahaan yang bersangkutan, dengan ini dapat dilakukan efisiensi perolehan modal. Harga perusahaan akan ditentukan oleh kesepakatan atas nilai pasar perusahaan yang bersangkutan. Disini, pengadilan dapat menyatakan bahwa harga pasar tersebut tidak dapat diterima

⁶¹ Charles J. Tabb, *op. cit.*, hlm. 813.

⁶² US Bankruptcy Code Article 129 (a)(11).

⁶³ Teori yang disebutkan dalam rumusan *US Bankruptcy Code Article 1125 (b)*.

karena nilai itu tidak wajar. Jika perusahaan yang direorganisasi tersebut dapat memasarkan saham-sahamnya secara masuk akal dan menguntungkan, hak inilah yang menjadi bahan pertimbangan pengadilan untuk menjustifikasi dan menetapkan nilai budel pailit atau tingkat yang wajar dari utang-utang debitor.

Thomas J. Salerno dalam *The used car theory of corporate Reorganization negotiation*,⁶⁴ menyebutkan bahwa reorganisasi diibaratkan sama dengan melakukan negosiasi dalam jual beli mobil bekas. Pembeli harus mengetahui pemilik pertama dari mobil bekas tersebut. Calon pembeli melihat mobil tersebut dan sedikit mencoba mengendarainya. Setelah itu dilakukan semacam negosiasi harga yang membutuhkan waktu dan kesabaran. Kesepakatan harga dilakukan dengan negosiasi. Harga yang diperoleh sebanding dengan keadaan mobil bekas tersebut. Sejalan dengan ini, *the Revlon Duty to Shop*,⁶⁵ menyatakan bahwa penjualan aset perusahaan adalah untuk mengevaluasi target dari dewan direksi untuk mendapatkan harga yang tinggi. Intinya, kewajiban hukum dewan direksi ketika mengambil keputusan untuk menjual perusahaan atau aset-asetnya untuk memaksimalkan nilai dan tidak untuk memberikan keuntungan kepada satu atau lebih pembeli yang potensial yang telah mempengaruhi penawaran. Sejalan pula dengan prinsip *Debtor-In-Possession*,⁶⁶ yang merupakan suatu *fiduciary duty* untuk memaksimalkan nilai semua aset debitor. Secara umum, seluruh aset yang termasuk dalam

⁶⁴Thomas J. Salerno et. al., *The Executive Guide to Corporate Bankruptcy*, BeardBook, Washington, D.C., 2001, hlm. 132-133.

⁶⁵*Ibid.*, hlm. 64.

⁶⁶*Ibid.*, hlm. 203.

perjanjian kepailitan menjadi subjek untuk mendapatkan nilai yang lebih tinggi dan lebih baik melalui beberapa bentuk proses pelelangan.

Pada akhirnya, Likuidasi dan *corporate rescue* merupakan suatu pilihan mana yang lebih menguntungkan. Menurut *US Bankruptcy Code 1978*, jika suatu perusahaan mengalami kesulitan keuangan, perusahaan tersebut dapat mengajukan permohonan likuidasi (*Chapter 7*) atau reorganisasi (*Chapter 11*). Apakah suatu permohonan diajukan dengan dasar *Chapter 7* atau *Chapter 11*, tergantung bernilai perusahaan jika dibandingkan jika dikuidasi. Sebagai alternatif dari likuidasi, perusahaan akan memilih reorganisasi jika nilai aset akan menjadi lebih tinggi jika akan dibandingkan nilai jika dilikuidasi.⁶⁷ Likuidasi perusahaan tidak menguntungkan bagi pemegang saham, sedangkan reorganisasi mungkin menguntungkan kreditor dengan menjaga aset perusahaan pailit. Memang secara teoritis, kepailitan adalah suatu proses bagi kreditor untuk menagih utang secara tertib, namun tanpa reorganisasi kreditor mungkin akan bersaing dengan satu sama lain untuk memperoleh pembayaran utang. Selain itu, dengan likudasi kreditor mungkin akan menghabiskan sumber daya yang cukup, sehingga mereka akan berada dalam posisi yang sulit untuk mendapat pengembalian utang secara utuh. Secara teoritis, reorganisasi memberikan manfaat besar dengan mencegah likuidasi prematur bagi perusahaan yang masih prospektif dan dapat mengurangi biaya penagihan utang.⁶⁸

⁶⁷*Citybank, N.A. v Baer*, 651 F.2d 1341, 1347-48 (10th Cir. 1980) (*with a new reoganized company from the throes of bankruptcy, the actual market value of share of stock may be considerably that stock*).

⁶⁸P. Drucker, *concept of the Corporation* 20-21 (rev.ed.1972).

Menurut Mark S. Scarberry et. al.,⁶⁹ konsep yang terdapat dalam *Chater 11 US Bankruptcy Code* yang secara finansial sebenarnya memberikan kesempatan kepada perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan (*financial distress*) untuk melakukan reorganisasi bisnis dan menghindari likuidasi, karena dengan melikuidasi aset-aset debitor atau perusahaan akan mengakibatkan biaya yang tinggi terhadap pihak-pihak dan masyarakat yang terlibat secara langsung. Tujuan yang paling utama melakukan reorganisasi bisnis adalah untuk melindungi debitor menjadi pailit, yang akan mengakibatkan pengangguran dan kemungkinan penyalahgunaan sumber-sumber ekonomi, yang diakibatkan oleh penurunan harga atau nilai aset-aset debitor karena dilikuidasinya perusahaan, yang juga akhirnya akan mengurangi jumlah kekayaan masyarakat. Karena tenaga kerja dan manajer kehilangan pekerjaannya tekanan ekonomi dan keuangan terhadap mereka akan lebih besar. Kreditor mungkin akan memperoleh pembayaran yang tidak penuh dari utang-utang debitor, sementara itu pemegang hak tanggungan mungkin tidak mendapat pengembalian pembayaran utang-utangnya. Jika kreditor tidak memperoleh bayaran penuh dalam proses kepailitan itu, *stakeholders* (rekanan dan pemilik perusahaan debitor) juga akan menanggung resikonya.⁷⁰

Premis dasar dari *Chapter 11* adalah lebih mengutamakan reorganisasi (*corporate rescue*). Namun juga tidak semua perusahaan yang kesulitan keuangan harus tetap menjalankan usahanya, kadang-kadang suatu usaha

⁶⁹Mark S. Scarberry et al, *Business Reorganization in Bankruptcy, Cases and Materials*, West Publishing Co, St. Paul, Minnista 1996, hlm. 4-6.

⁷⁰*Ibid.*

tidak mempunyai nilai atau nilainya lebih rendah dari pada nilai hasil likuidasinya. Dalam keadaan ini, kreditor akan dirugikan dengan dilanjutkannya usaha perusahaan debitor. Secara umum, *Chapter 11* tidak dapat tidak disetujui oleh para kreditor, kecuali kreditor akan menerima piutangnya sama besarnya dengan nilai likuidasi.⁷¹

Menurut Richard Lieb,⁷²*Chapter 11 US Bankruptcy* harus dipandang sebagai suatu proses yang mencerminkan berbagai arah kebijakan yang kompetitif dan saling bertentangan, yang memungkinkan tidak saja melindungi kepentingan debitor dan kreditor, tetapi juga kepentingan pemegang saham, tenaga kerja dan kepentingan umum. Namun penggunaan *Chapter 11* secara beriktikad buruk (*bad faith*) juga harus ditolak.⁷³ Seperti, pengadilan berpendapat suatu perusahaan yang secara ekonomi sehat yang mengajukan permohonan sebelum sebelum pailit untuk menghindari biaya litigasi yang potensial yang mungkin akan mengurangi tujuan dari keabsahan reorganisasi memerlukan perlindungan dalam hukum kepailitan.

Corporate rescue adalah juga merupakan suatu bentuk konsep *continued operation of business*, sebagai suatu bentuk alternatif, atau untuk menghindari dari likuidasi (*winding up*), konsep ini diimplemetasikan dalam berbagai bentuk dan berlainan pula disetiap negara.⁷⁴ Konsep *corporate rescue* merupakan konsep hukum kepailitan korporasi. Disamping itu pengaturannya

⁷¹*Ibid.*

⁷²Richard Lieb, "Janis Sarra, Creditor rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations," *American Bankruptcy Institute Law Review*, 2003.

⁷³Thomas J. Salerno, et. al., *op. cit.*, hlm. 674.

⁷⁴Mallesons Stephen Jaques, *Australian Finance Law*, third edition, FT Law & Tax, Sydney, 1994, hlm. 640.

pun berbeda-beda. Ada yang tunduk pada hukum kepailitan dan ada yang tunduk kepada hukum perseroan (*company law*).⁷⁵ Seperti Indonesia yang tidak membedakan kepailitan korporasi dengan perorangan atau kepailitan korporasi, hukum kepailitan korporasi tunduk pada undang-undang kepailitan. Sedangkan di negara-negara *common law*, kepailitan korporasi diatur dalam Undang-Undang Perseroan Terbatas (*corporate law*). Istilah yang dipakai dalam kepailitan korporasi pada umumnya adalah *corporate insolvency*, kecuali Amerika Serikat tetap menggunakan *corporate bankruptcy*,⁷⁶ walaupun istilah *bankruptcy* lebih mengarah pada kepailitan perorangan. Di bawah ini akan diuraikan ukuran pailit dan bentuk-bentuk kepailitan korporasi (*corporate insolvency law*) yang dianut di negara-negara *common law*, Amerika Serikat dan negara-negara lain. Di Amerika Serikat konsep *corporate rescue* di implemetasikan dalam konsep reorganisasi dan untuk kepailitan korporasi konsep inilah sering digunakan:

*The action that may allow a company to emerge from chapter 11. It consists of a series of agreements between the company, its creditor, and the court which allow for the company to replay its debts and alter its structure to prevent the same problem from arising again.*⁷⁷

Selanjutnya tentang konsep, menurut Earl Babbie, adalah pengertian yang disepakati terhadap istilah-istilah yang digunakan dalam penelitian dimana proses pembuatan konsep diartikan sebagai proses penggambaran mental atau

⁷⁵ Andrew Keay, *Insolvency, Personal and Corporate Law and Practice*, John Libbey, third edition, 1998, hlm. 3, 271, 327, 347, 361

⁷⁶ Lihat Thomas J. Salerno, et. al., *The executive guide to Corporate Bankruptcy*, Beard Books, Washington, D.C., 2001.

⁷⁷ Thomas J. Salerno et. al., *op.cit.*, hlm. 2

pemikiran tentang sesuatu.⁷⁸ Konsep adalah pemaparan pemikiran yang akan memperlihatkan beberapa faktor kunci ataupun variable yang dibahas dalam suatu penelitian. Dalam hubungan ini, akan dijelaskan beberapa konsep atau pengertian beberapa istilah yang dipakai dalam penelitian ini.⁷⁹

Corporate rescue/corporate reorganization/continued operation of business/going concern liquidation atau asas kelangsungan usaha adalah suatu Konsep dalam hukum kepailitan korporasi, atau perusahaan yang berbadan hukum. Secara leksikal dalam kata benda dapat diartikan sebagai suatu ide atau prinsip atau pemikiran yang terkait dengan suatu yang abstrak, atau jika diartikan dalam kata kerja berarti pembentukan suatu ide dari suatu pemikiran.⁸⁰ Dengan hubungan ini *corporate rescue* dapat diartikan sebagai suatu konsep dalam kepailitan korporasi yang memberikan kesempatan kepada debitor yang dalam kesulitan keuangan untuk melanjutkan bisnisnya guna memenuhi kewajiban pembayaran utang kepada para kreditornya dimasa yang akan datang. Pasal 78 Undang-Undang Kepailitan Belanda yang baru mengenal bentuk ini dan merupakan konsep yang berbeda dengan PKPU. Dalam PKPU kegiatan usaha tidak dijalankan oleh debitor.⁸¹

Corporate rescue: Continued operation of business is an alternative to liquidation four major insolvency tools which creditor may use in order to

⁷⁸Earl Babbie, *The Practice of sosial Research*, 8th Edition, Wardsworth Publishing Co., 1998, hlm. 136.

⁷⁹Jhon W. Creswell, *Research Design: Qualitative and Quantitative Approach*, London, Sage Publications, Inc., 1994, hlm. 97.

⁸⁰AS. Hornby, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, 5th Edition, Cambridge: Oxford University Press, 1995, hlm. 236 menyatakan "an idea or principle relating to something abstract; to form an idea of something in one's mind."

⁸¹JB. Huizink, *Insolventie*, alih bahasa Linus Doludjawa, FH. UI, 2004, hlm. 70-71. Lihat juga Peter J.N. Declereg, *Nederlands Insolvency Law, the Netherlands, Bankruptcy Act and the Most Important Legal Concept*, T.M.C, Assert Press, 2002, hlm. 63.

*recoup sums owing to them to a limited extent the use of such tools will also enable the company to continue to trade and dependent on the attitudes of creditors and management may avoid the eventual liquidation of company. Four major insolvency tools are: Scheme of arrangement, appointment of receiver, appointment of administrator and mortgage in possession.*⁸²Kelangsungan usaha adalah merupakan suatu cara lain dari pada likuidasi dengan menggunakan empat cara kepailitan yang dapat digunakan oleh kreditor untuk pembayaran utang dengan menggunakan empat cara tersebut, yang memungkinkan perseroan melanjutkan usahanya dengan suatu kesepakatan antara kreditor dan pihak direksi dan komisaris untuk menghindari dilikuidasinya perseroan. Empat cara tersebut adalah: *Scheme of arrangement, appointment of receiver, appointment of administrator and mortgage in possession.*

Creditor In Possesion, aset-aset debitor pailit dikuasai oleh para kreditornya dibawah pengurusan kurator, pengurus dan lain-lain, seperti yang dianut dalam konsep likuidasi dan Undang-Undang Kepailitan Indonesia.

*Dissolution (completion of winding up)*⁸³ adalah pembubaran perseroan atau korporasi. Pembubaran perseroan tidak mengakibatkan perseroan kehilangan badan hukum. Perseroan berakhir status badan hukumnya setelah selesainya likuidasi dan pertanggungjawaban likuidator diterima RUPS atau pengadilan.

⁸²Mallesons Stephen Jaques, *Australian Finance Law*, third edition, FT Law & Tax, Sydney, 1994, hlm. 640.

⁸³Phillip Lipton et.al, *Understanding company Law*, LBC, USA, 1998, hlm. 190.

Debtor-In-Possession (DIP), the official title of the debtor after having filed a Chapter 11 proceeding, artinya posisi debitor setelah mengajukan permohonan pailit berdasarkan Chapter 11 masih menguasai aset-aset dan bisnisnya, para manajemen perusahaan berdasarkan *business judgment rule* menjalankan bisnis perusahaan bertanggung jawab kepada kreditornya semua itu dilakukan untuk kepentingan para kreditornya.

*Insolvensi (insolvency)*⁸⁴ adalah istilah yang dipakai untuk kepailitan perseroan (*corporate insolvency*), yaitu suatu keadaan dimana debitor perseroan tidak mampu untuk membayar utang-utangnya (*unability to pay debts*). Sedangkan istilah *bankruptcy* saat ini lebih mengacu kepada kepailitan perseorangan. Secara umum, *insolvency* dan *bankruptcy* adalah pengertian pailit yang dianut dalam hukum kepailitan. Suatu pengertian yang berlainan dengan pengertian pailit dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

*Insolvent: The general inability to pay debts as they become due, or financial condition whereby liabilities exceed the value of assets at fair market value.*⁸⁵

Korporasi (*corporate*) dalam penelitian ini adalah perusahaan (*company*) berbentuk Perseroan Terbatas (PT), atau perseroan yang berbadan hukum, yang menjalankan suatu usaha perdagangan, atau bisnis.⁸⁶ Kepailitan menurut Undang-Undang Kepailitan No. 37 Tahun 2004 berarti *sita umum* terhadap

⁸⁴*Ibid.*, hlm. 183.

⁸⁵Thomas J. Salerno et.al., *The Executive guide to Corporate Bankruptcy*, Beard Books, Washington, DC, 2001, hlm. 183; (US Bankruptcy code 101 (32); lihat juga Philip Lipton, et. Al, *op. cit.*, hlm.750 :*Bankruptcy only applies to individuals whereas companies are winding up. The role of bankruptcy are contained in the bankruptcy Act whereas liquidation/windig up are governed by the corporation law.*

⁸⁶Ridwan Khairandy, *PT, Doktrin, Peraturan Perundang-undangan dan Yurisprudensi*, Total Media, Yogyakarta, Cet. II, 2009, hlm. 4.

aset-aset debitor karena debitor tidak membayar utang-utangnya (*not paying the debts*). Sita Umum ini dilakukan untuk memenuhi kewajiban pembayaran utang-utangnya debitor kepada para kreditornya secara kolektif. Pengertian pailit ini berbeda dengan pengertian pailit dalam kepailitan perusahaan yang harus diartikan sebagai suatu keadaan dimana perusahaan tidak mampu untuk membayar utang-utangnya (*insolvency*). Istilah kepailitan lebih mengacu kepada konsep likuidasi, sebagaimana yang dimaksud dalam Undang-Undang Kepailitan.

Kepailitan korporasi (*corporate insolvency*) adalah bentuk kepailitan korporasi, atau prosedur dalam kepailitan perusahaan yang berbadan hukum, yang biasanya diatur dalam Undang-Undang Perseroan Terbatas. Undang-Undang Kepailitan Indonesia belum membedakan kepailitan korporasi dengan perseorangan. Hukum kepailitan membedakan istilah *bankruptcy* dan *insolvency*. *Bankruptcy* ditujukan untuk kepailitan perseorangan, sedangkan istilah *insolvency* dipergunakan untuk kepailitan perusahaan atau korporasi, yang disebut *corporate insolvency*.⁸⁷

Likuidasi (*liquidation/Winding Up*)⁸⁸ adalah suatu konsep dalam kepailitan korporasi dimana aset-aset perseroan terbatas dibagi-bagikan kepada para

⁸⁷Roman Tomasic, *Australian Corporate Insolvency Law*, Butterworth, Sydney, 1993, hlm. 1.

⁸⁸*The terms of winding up and liquidation have same meaning. The liquidation of company is the process by which its assets are collected, its debts paid and the surplus (if any) distributed amongs its members. Untill the process is completely the company remains in existence as legal entity (Philip Lipton et al., op. cit., hlm. 750).* Esensi dari kepailitan adalah suatu proses pembagian harta benda milik debitor diantara para kreditornya, suatu lembaga hukum sebagai pelaksanaan Pasal 1131 dan 1132 KUH. Perdata. Inilah yang disebut likuidasi.

kreditor untuk melunasi utang perseroan tersebut.⁸⁹ Dalam Undang-Undang Kepailitan konsep ini diterapkan dengan pernyataan pailit terhadap perseroan yang bersangkutan, setelah itu aset-aset perseroan tersebut dilikuidasi. Setelah proses likuidasi dilakukan, maka perseroan yang bersangkutan dibubarkan (*Dissolution*). Selama perseroan terbatas tersebut dalam likuidasi, perseroan tersebut masih dalam keadaan berbadan hukum. Konsep likuidasi ini dianggap dapat memusnahkan perseroan-perseroan terbatas yang masih mempunyai prospektif.

Reorganisasi adalah suatu konsep kepailitan korporasi yang menjadi norma hukum dalam hukum kepailitan di Amerika Serikat dimana perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan diupayakan untuk diselamatkan. yang dikenal dalam *Chapter 11 US Bankruptcy Code*, yang menjadi model hukum kepailitan korporasi modern.

Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU) adalah upaya hukum yang dilakukan debitor yang tidak dapat atau diperkirakan tidak akan dapat melanjutkan pembayaran utang-utang yang sudah jatuh tempo dan dapat ditagih, dapat mengajukan permohonan PKPU dengan maksud untuk mengajukan rencana perdamaian yang meliputi tawaran pembayaran sebagian atau seluruh utang kepada para kreditor.⁹⁰ Selama PKPU, pengurus dan

⁸⁹ Malleons Stephen Jaques, *op.cit.*, hlm. 634: *Liquidation can be described as 'a process whereby the assets of company are collected and realised, the resulting proceeds are applied in discharging its debts and liabilities'*; Ridwan Khairandy, *op.cit.*, hlm. 345

⁹⁰ Pasal 222 ayat (2) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 .

debitor dapat melanjutkan usahanya dan meminjam dana dengan jaminan. Utang-utang ini adalah utang debitor yang mendapat hak prioritas.⁹¹

Winding up dan Liquidation kedua istilah ini mempunyai arti yang sama dan dipergunakan secara bergantian dalam hukum kepailitan perseroan dalam common law. Kedua istilah ini mengacu kepada istilah pemberesan aset-aset debitor perseroan karena pailit (dalam pengertian *insolvency*) untuk pembayaran utangnya kepada para kreditor. Umpamanya *winding up on the ground of insolvency*. Artinya, kepailitan korporasi karena adanya ketidakmampuan membayar utang, yang dilanjutkan dengan pemberesan terhadap aset-aset debitor perseroan pailit untuk pelunasan utang-utangnya kepada para kreditor.

*The concept of priming, one of the tools a debtor in possession has to incur debt secured by a senior lien on the property of the estate that is already subject to a lien in favor of pre petition creditor.*⁹² Dalam konsep ini, debitor untuk mendapatkan sumber pembiayaan baru dengan jaminannya aset-asetnya yang telah menjadi jaminan sebelum pailit untuk melanjutkan bisnis debitor pailit. Konsep ini mirip dengan bantuan likuiditas perbankan

⁹¹Jerry Hoff, *op. cit.*, hlm. 193. Lihat juga Pasal 290 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, yang menyatakan: "Debitor dapat melakukan pinjaman dengan agunan di luar yang telah dijadikan jaminan." Walaupun Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 menganut asas kelangsungan usaha, dalam pasal-pasal PKPU tidak dengan secara jelas asas kelanjutan usaha ini diberikan kepada debitor. Berlainan dengan Pasal 168 Aayat (1) Faillissementsverordening, debitor mempunyai hak untuk melanjutkan usahanya.

⁹²Thomas J. Salerno, et. al., *op. cit.*, hlm. 191; Dalam PKPU tidak mengenal *priming concept* ini, namun atas persetujuan yang diberikan oleh pengurus, debitor melakukan perjanjian pinjaman dari pihak ketiga hanya dalam rangka untuk menaikkan nilai jual harta debitor pailit (Pasal 240 ayat (4) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004). Jadi, pinjaman dilakukan bukan untuk melanjutkan bisnis perusahaan. Anggunan dilakukam hanya terhadap harta debitor yang belum dijadikan utang (Pasal 240 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004).

(*bail out*) terhadap bank-bank dalam keadaan kesulitan keuangan yang perlu untuk diselamatkan.

Mortgage in possession adalah dimana hak-hak pemegang hak jaminan dalam proses likuidasi diurus oleh *receivership*. *Mortgagee – where the secured property in a mortgage or charge is real property, a mortgage or chargee as an alternative to appointing a receiver to realise such security, may seek to enter into possession of that real property.*⁹³

E. Asumsi

1. Pailitnya perusahaan-perusahaan yang *solvent* dan masih *viable* (prospektif) di pengadilan niaga adanya hubungannya dengan konsep likuidasi yang diterapkan dalam Undang-Undang Kepailitan Indonesia dan bahkan melebihi konsep likuidasi (*nonconceptual*). Konsep ini tidak dapat lagi diterapkan terhadap kepailitan korporasi.
2. Mahkamah Agung mempunyai sikap yang berbeda terhadap pailitnya perusahaan-perusahaan *solvent* dan prospektif tersebut dengan pengadilan niaga. Mahkamah Agung membatalkan putusan pailit perusahaan *solvable* dan *viable*.
3. Undang-Undang Kepailitan korporasi Indonesia yang ideal di masa depan haruslah meninggalkan konsep likuidasi dengan menerapkan konsep *corporate rescue*, atau asas kelangsungan usaha di dalam Undang-Undang Kepailitan Indonesia di masa depan.

⁹³Malleon Stephen Jaques, *op.cit.*, hlm. 650.

F. Tinjauan Pustaka/ Orisinalitas Studi

Penelitian dalam disertasi ini menganalisis konsep-konsep yang diterapkan dalam hukum kepailitan korporasi. Penelitian ini berdasarkan asumsi bahwa pailitnya perusahaan-perusahaan *solvent* dan *viable* (prospektif) di pengadilan niaga ada hubungannya dengan konsep yang digunakan dalam Undang-Undang Kepailitan Indonesia, yakni adanya kebutuhan untuk penyelesaian utang-utang swasta secara cepat dan mudah sebagai akibat dari krisis ekonomi pada Tahun 1998, sehingga diperlukan Undang-Undang Kepailitan yang melikuidasi aset-aset debitor, dalam hal ini termasuk perusahaan yang berbentuk perseroan terbatas, padahal konsep ini di negara lain sudah mulai ditinggalkan.

Penelitian terhadap konsep yang diterapkan dalam Undang-Undang Kepailitan korporasi ini belum pernah dilakukan oleh peneliti lainnya. Dengan demikian, penelitian ini berbeda dengan penelitian yang pernah dilakukan :

Prof. Dr. Sunarmi, S.H., M.H., pada tahun 2004 menulis disertasi dengan judul Perbandingan Sistem Hukum Kepailitan antara Indonesia (*Civil Law System*) dengan Amerika Serikat (*Common Law System*). Tujuan penelitian ini menganalisis perbedaan hukum kepailitan dalam model hukum *civil law* dan *common law system*. Diantaranya juga menguraikan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang memiliki kemiripan dengan Reorganisasi dalam *Chapter 11*, yaitu debitor diberi kesempatan untuk melakukan restrukturisasi perusahaannya maupun restrukturisasi utang-utangnya sehingga dapat tetap eksis sebelum

dinyatakan pailit oleh hakim. Metode penelitian yang dipergunakan adalah metode kualitatif normatif dan kajian perpustakaan.⁹⁴

Dr. M. Hadi Shuban, S.H., M.H., menulis disertasi dengan judul Hukum Kepailitan, Prinsip, Norma, dan Praktik di Peradilan. Disertasi ini diterbitkan pada tahun 2008. Disertasi ini menganalisis prinsip-prinsip hukum kepailitan dan sejauhmana prinsip-prinsip tersebut diterapkan dalam Undang-Undang Kepailitan Indonesia dan putusan-putusan pengadilan niaga di Indonesia. Metode penelitian yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah metode kualitatif normatif, dengan kajian kepustakaan dan putusan-putusan pengadilan.⁹⁵

Dr. Siti Anisah, S.H., M.Hum., menulis disertasi dengan judul Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia, disertasi ini diterbitkan tahun 2008. Disertasi ini menganalisis keseimbangan perlindungan kepentingan kreditor dan debitor dalam hukum kepailitan Barat, Islam dan Indonesia, dengan menganalisis putusan-putusan pengadilan niaga. Metode penelitian yang dipergunakan metode kualitatif normatif, kajian perpustakaan dan kajian terhadap putusan-putusan pengadilan.⁹⁶

Dr. Darminto Hartono, S.H., M.H., menulis disertasi dengan judul *Economic Analysis of Law* dalam Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Disertasi ini diterbitkan tahun 2009. Disertasi ini menganalisis dasar-dasar pengabulan permohonan PKPU oleh pengadilan niaga, dengan menggunakan

⁹⁴ Sunarmi, *Perbandingan Sistem Hukum Kepailitan antara Indonesia (Civil System) dengan Amerika Serikat (Common Law System)*, USU Repository @ 2004 Universitas Sumatera Utara.

⁹⁵ M. Hadi Shuban, *Hukum Kepailitan, Prinsip, Norma dan Praktik di Peradilan*, Disertasi, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008.

⁹⁶ Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia, Studi Putusan-Putusan Pengadilan*, Total Media, Yogyakarta, 2008.

analisis ekonomi terhadap hukum, seberapa jauh pengaruh analisis ekonomi yang dipergunakan oleh pengadilan niaga dalam mengabulkan permohonan PKPU Sementara dan PKPU Tetap. Metode yang dipergunakan adalah kualitatif normatif, kajian perpustakaan dan putusan-putusan pengadilan.⁹⁷

Elvira Dewi Ginting, dengan judul buku Analisis Hukum mengenai Reorganisasi Perusahaan dalam Hukum Kepailitan, yang diterbitkan oleh USU pada tahun 2010, Disertasi ini menganalisis pentingnya penyempurnaan posisi PKPU dalam hukum kepailitan Indonesia. Metode yang dipergunakan adalah kualitatif normatif, kajian perpustakaan dan putusan-putusan pengadilan.⁹⁸

John Flood, et.al., "*The Professional Restructuring of Corporate Rescue Company Voluntary Arrangments and London Approach*," Research Report 45, University of Westminster yang menganalisis efektivitas *corporate rescue* dalam bentuk CVA di Inggris. Hasil penelitiannya menemukan bahwa keberhasilan penerapan CVA di Inggris jika dibandingkan dengan likuidasi karena adanya kepercayaan dan resiko yang akan ditanggung bersama dalam membuat perjanjian CVA.⁹⁹

Berbeda dengan disertasi yang pernah ditulis sebagaimana yang disebutkan diatas, disertasi yang ditulis oleh penulis ini berjudul: *Corporate rescue: key concept* dalam kepailitan korporasi, dimana dalam kepailitan korporasi ini tidak lagi diterapkan konsep likuidasi dan yang diterapkan adalah konsep *corporate rescue*.

⁹⁷Darminto Hartono, *Economic Analysis of Law atas Putusan PKPU Tetap*, Disertasi, FH Universitas Indonesia, Lembaga Study Hukum dan Ekonomi, Jakarta, 2009.

⁹⁸*Reciprocity.Usu. Ac.id/bitstream*.

⁹⁹*Chartered Association of Certified Accountants 1995*, ISBN I 898291 83 7.

G. Metode Penelitian

Metode penelitian yang dilakukan dalam penelitian ini adalah metode isu hukum dalam dogmatik hukum. Menurut Peter Mahmud Marzuki,¹⁰⁰ penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, konsep, prinsip-prinsip hukum dan doktrin-doktrin hukum untuk menjawab isu hukum yang dihadapi. Hal ini sesuai dengan karakter preskriptif ilmu hukum. Berbeda dengan penelitian yang dilakukan di dalam keilmuan yang bersifat yang menguji kebenaran ada tidaknya sesuatu fakta disebabkan oleh faktor tertentu, penelitian hukum dilakukan untuk menghasilkan argumentasi teori atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi. Selanjutnya, menurut Peter Mahmud Marzuki,¹⁰¹ Isu Hukum dalam ruang dogmatik hukum timbul apabila; pertama, para pihak yang berpekara atau yang terlibat dalam perdebatan mengemukakan penafsiran yang berbeda atau bahkan saling bertentangan terhadap teks, peraturan karena ketidakjelasan peraturan karena ketidakjelasan peraturan sendiri; kedua, terjadi kekosongan hukum; dan ketiga, terdapat perbedaan penafsiran atas fakta. Melalui penelitian akademis diharapkan diperoleh hasil untuk dapat diterapkan guna keperluan praktik hukum bukan sekedar wishful thinking semata-mata. Hakimssm sebagai pemutus sengketa sangat dianjurkan untuk merujuk kepada hasil penelitian hukum secara akademis karena putusan yang diberikan akan dijadikan bahan kajian juga.

¹⁰⁰Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2005, hlm. 35.

¹⁰¹*Ibid*, hlm. 65.

Oleh Karena itulah, metode penelitian normatif ini berkaitan dengan penelitian tentang adanya recent trends dalam konsep hukum kepailitan di banyak negara, yaitu diterapkannya konsep *corporate rescue* untuk kepailitan korporasi, sedangkan konsep likuidasi hanyalah merupakan opsi atau pilihan terakhir (*ultimum remedium*). Kedua konsep ini adalah dua konsep dasar dalam hukum kepailitan, atau sebagai dua bentuk hukum prosedural dalam penggunaan hukum kepailitan dalam penagihan utang.

Dalam kaitannya dengan penelitian normatif ini, digunakan beberapa pendekatan (metode),¹⁰² yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*) terhadap konsep likuidasi dan konsep *corporate rescue* dalam hukum kepailitan. Secara normatif sebagaimana yang dianut dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 1998, sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 dan *Chapter 7 U.S. Bankruptcy Code*, yang secara konseptual menganut konsep likuidasi. Sedangkan *Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code*, atau mempunyai kemiripan¹⁰³ dengan PKPU (Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang) dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, yang secara konseptual menganut konsep *corporate rescue*, yang saat ini telah menjadi konsep kepailitan korporasi yang dianut dalam undang-undang kepailitan di

¹⁰²*Ibid*, hlm. 93-139

¹⁰³Konsep yang berbeda tetapi ada kemiripan. PKPU lebih merupakan penundaan pembayaran utang untuk memberikan kesempatan kepada debitor untuk melakukan perdamaian atau melunasi utangnya.

banyak negara dimana penelitian ini dilakukan untuk memberikan masukan di dalam rekonstruksi hukum kepailitan Indonesia secara konseptual.

Adapun tahap-tahap dan prosedur yang dilakukan dalam penelitian normatif dalam penelitian ini dengan menelusuri atau inventarisasi bahan hukum baik bahan primer maupun bahan hukum sekunder. Menurut Moris L. Cohen,¹⁰⁴ bahan hukum primer terdiri dari berbagai jenis peraturan perundang-undangan serta putusan pengadilan, sedangkan bahan sekunder berupa berbagai bentuk kepustakaan di bidang hukum maupun bidang yang terkait termasuk pandangan-pandangan dari ilmu hukum (doktrin). Disamping itu, penelitian ini menggunakan bahan non hukum seperti bidang ekonomi perusahaan dan tenaga kerja untuk menganalisis akibat-akibat kepailitan.¹⁰⁵ Dalam penelitian hukum bahan non hukum dapat membantu penelitian.

Inventarisasi bahan hukum ini dimulai dengan identifikasi bahan hukum, dilanjutkan dengan klasifikasi atau pemilahan bahan hukum, diteruskan dengan pemilihan bahan hukum secara sistimatis dan logis.¹⁰⁶ Bahan hukum akan diperoleh dari peraturan perundang-undangan dan putusan-putusan pengadilan yang diterbitkan Mahkamah Agung RI dan website putusan-putusan Mahkamah Agung serta kumpulan putusan-putusan Pengadilan Niaga dan Mahkamah Agung yang dihimpun dalam perpustakaan Universitas Islam Indonesia Yogyakarta dan juga dari Varia Peradilan, Majalah bulanan IKAHI. Selain itu, bahan-bahan hukum kepustakaan yang terdiri dari penulisan ilmiah kalangan

¹⁰⁴ Morris L. Cohan dan Kent C. Olson, *Legal Research in A Nutshell*, West Publishing Company, St. Paul Minnesota, hlm. 1-3.

¹⁰⁵ Peter Mahmud Marzuki, *op. cit.*, hlm. 164.

¹⁰⁶ John W. Creswell, *Research Design, Pendekatan Kualitatif, Kwantitatif dan Mixed*, terjemahan, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, Cet. I, 2010, hlm. 266-267.

hukum dan kalangan ekonomi baik dalam bentuk buku, artikel, makalah maupun laporan hasil penelitian, seminar dan pelatihan yang terkait dengan hukum kepailitan dan hukum perseroan terbatas dalam bahasa Indonesia maupun dalam bahasa Inggris, termasuk yang diperoleh dari downloading pada internet di berbagai website dalam negeri dan luar negeri.

Selanjutnya, peneliti melakukan pengolahan terhadap bahan-bahan hukum. Bahan-bahan hukum tersebut bersifat preskriptif. Sifat preskriptif keilmuan hukum ini merupakan sesuatu yang substansial di dalam ilmu hukum. Setelah bahan-bahan hukum tersebut diolah, kemudian dilakukan analisis untuk menemukan suatu kebenaran pragmatis atau koherensi. Dalam hubungan ini meskipun sistem hukum Indonesia berbeda dengan sistem hukum dari negara lain, yang disebabkan karena perbedaan sejarah, budaya dan politik, metode perbandingan hukum sebagai teknik analisis dipergunakan dalam penelitian ini (Pendekatan perbandingan hukum). Dalam hal membandingkan model dan prosedur hukum kepailitan ini, diharapkan hukum kepailitan Indonesia dapat mengadopsi perkembangan hukum kepailitan yang sifatnya universal.

Dipergunakan negara *common law* dan negara lain sebagai pembanding, karena Indonesia sendiri sebagai negara *civil law* dapat mengambil manfaat dari pertanyaan seberapa jauh sistem hukum dalam kedua kelompok besar ini sama atau dengan memperhatikan arus perubahan, yaitu apakah sistem *common law* dan *civil law* dalam perkembangannya akan makin mendekat melalui unifikasi dan harmonisasi. Disamping itu, perkembangan hukum-hukum ekonomi dewasa ini sangat dipengaruhi oleh hukum-hukum dari negara *common law* sebagai

akibat globalisasi dalam organisasi dunia perdagangan (*World Trade Organization*) termasuk globalisasi dalam penanaman modal asing (*Trade Related Investment Measures*), serta perlindungan Hak Kekayaan Intelektual (*Trade Related of Intellectual Property Rights*).¹⁰⁷

Pendekatan kasus digunakan untuk melengkapi analisis dengan pendekatan perundang-undangan dan penelusuran konsep hukum dengan pendekatan perbandingan. Penelitian terhadap putusan-putusan pengadilan merupakan satu dari dua sumber otoritas hukum yang utama. Meskipun perundang-undangan tampak sebagai sumber langsung dan imperatif, namun perundang-undangan tidak lengkap jika tidak ditafsirkan oleh hakim dan diberlakukan dalam situasi tertentu.¹⁰⁸ Manfaat meneliti kasus-kasus peradilan adalah dapat menemukan *ratio decidendi*, atau *reasoning*, yaitu pertimbangan-pertimbangan pengadilan untuk sampai pada suatu putusan.¹⁰⁹

Penelitian ini menggunakan logika deduktif.¹¹⁰ Logika deduktif merupakan suatu proses berpikir (penalaran) yang bertolak dari suatu proposisi yang sudah ada, menuju kepada suatu proposisi baru yang berbentuk suatu kesimpulan.¹¹¹ Proposisi yang sudah ada adalah Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, sedangkan proposisi baru adalah adanya perkembangan baru dalam konsep hukum kepailitan korporasi dari hasil pertemuan *Forum for Asia Insolvency*

¹⁰⁷ Lihat *World Trade Organization (WTO) Agreement*, dan Richard C. Breeden, "The Globalization of Law and Business in the 1990's," *Wake Forest Law Review*, Volume 28, 1993.

¹⁰⁸ Morriis L. Cohen dan Kent C. Olson, *op. cit.*, hlm. 5.

¹⁰⁹ Peter E Nygh et.al., *Consise Australian Legal Dictionary*, Butterworth, Second Edition, Sydney, Australia, 1998, hlm. 365.

¹¹⁰ Logika deduktif lebih tepat digunakan dalam penelitian normatif. Lihat Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2005, hlm. 47.

¹¹¹ Gorys Keraf, *Argumentasi dan Narasi*, Gramedia Jakarta, Jakarta, 2007, hlm. 57

Reform (FAIR) yang dilaksanakan pada 27 – 28 April 2006 di Beijing, China, dengan tema *Creditor Participation in Insolvency Proceeding* dan fenomena-fenomena lain di berbagai negara terhadap penerapan konsep *corporate rescue*. Kemudian dilakukan penelitian *case approach* terhadap perkara-perkara kepailitan yang mempailitkan perusahaan perusahaan *solvable* dan adanya gejala baru dimana kreditor lebih memilih PKPU dari pada kepailitan. Dalam hubungan ini, juga diteliti perkara kepailitan PT Jimbaran Indah Hotel. Dilihat dari penelitian ini ditarik kesimpulan bahwa *corporate rescue* merupakan konsep hukum kepailitan korporasi yang menggantikan konsep likudasi. Undang-Undang Kepailitan Indonesia perlu untuk mengikuti konsep baru yang berkembang ini.

H. Sistematika Penulisan

Laporan penelitian ini dibuat dalam 5 (lima) bab, dengan penjelasan setiap babnya sebagaimana diraikan berikut ini.

Bab I adalah Pendahuluan. Bab ini meliputi uraian latar belakang masalah, perumusan permasalahan, tujuan penelitian, kerangka pikir dan definisi operasional, asumsi, tinjauan pustaka, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

Bab II menganalisis adanya pergeseran paradigmadalam hukum kepailitan korporasi. Likuidasi sebagai konsep awal dalam hukum kepailitan. Konsep *corporate* adalah konsep hukum kepailitan korporasi yang dianut di banyak negara saat ini. Lebih mengutamakan penyelamatan perusahaan yang *insolvent* dari pada melikuidasi perseroan. Selanjutnya, bab ini juga akan menganalisis

konsep yang dianut dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 dan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, yang tidak termasuk kedalam likuidasi, yang dapat mempailitkan perusahaan *solvent* yang tidak membayar utang.

Bab III menganalisis sikap Mahkamah Agung terhadap pailitnya perusahaan-perusahaan *solvent* dan prospektif di Indonesia. Mahkamah Agung membatalkan pailitnya perusahaan-perusahaan *solvent*, diantaranya adalah putusan pailit PT Modernland Reality, PT Asuransi Jiwa Manulife Indonesia, PT Televisi Pendidikan Indonesia, PT Telkom. Syarat dapat dibuktikan secara sederhana menjadi *clause escape* untuk tidak mempailitkan perusahaan yang *solvent*. Perkembangan baru menunjukkan bahwa kreditor memilih PKPU terhadap perusahaan yang *solvent*, Diantaranya adalah Putusan-putusan PKPU *PT Bank Mandiri Tbk v. PT Berlian Laju Tanker Tbk; PT Asuransi Central Asia v. PT Arpeni Pratama Ocean Line Tbk; PT Pertama Hulu Energy Raja Tempirai dan PT Golden Spike Energy Indonesia v. PT Putra Sejati Indomakmur*. Dalam penerapan konsep *corporate rescue* di Indonesia, Mahkamah Agung melakukan terobosan hukum (*legal breakthrough*) dalam Putusan No. 024 PK/N/1999 dalam *PT Citra Jimbaran Indah Hotel v. Ssangyong Engineering & Construction Co. Ltd.*

Bab IV menganalisis *corporate rescue* yang menjadi kaedah hukum kepailitan korporasi negara lain dan di Indonesia. PKPU dalam hukum kepailitan Indonesia sebagai lembaga hukum yang agak mirip dan Bantuan likuiditas perbankan di Indonesia.

Bab V Bab ini merupakan kesimpulan atau jawaban dari rumusan permasalahan, atau sari pati bab II sampai dengan bab IV. Akhirnya akan disampaikan rekomendasi atau saran-saran yang dapat merupakan konsep Ideal hukum kepailitan korporasi di Indonesia masa depan.

BAB II

PERGESERAN PARADIGMA (*SHIFTING OF PARADIGM*) DALAM KEPAILITAN KORPORASI

Adanya *recent trends* dalam penerapan *corporate rescue* sebagai konsep kunci (*key concept*), merupakan suatu pergeseran paradigma (*shifting of paradigm*) dalam hukum kepailitan korporasi.¹ Konsep baru ini menggeser konsep likuidasi dalam hukum kepailitan korporasi, yang secara empiris, melikuidasi perusahaan-perusahaan *solvent* mengakibatkan musnahnya perusahaan tersebut dari dunia bisnis. Disamping itu, pailitnya perusahaan-perusahaan juga ini mempunyai dampak yang sangat luas, terutama bagi kepentingan ekonomi suatu negara, tenaga kerja, perlindungan terhadap investor, perlindungan terhadap para pemegang saham dan juga mengakibatkan nilai aset perusahaan menjadi rendah dibandingkan dengan nilai pasar aset-aset tersebut jika perusahaan tersebut tetap memproduksi. Mark S. Scarberry dengan jelas menyatakan bahwa:

if the business is liquidated on the auction block, the assets and the work force will be dispersed; whatever value was created by bringing them together and forging them into a productive whole will be lost. The value of the relationships, goodwill, and name recognition will also be destroyed. The value of other intangible assets will be diminished; for example, it is generally much more difficult to collect the accounts liquidation sale price of tangible

¹ Adanya kecenderungan baru dalam penggunaan *corporate rescue* sebagai konsep penyelesaian krisis keuangan (kepailitan) korporasi ini merupakan pergeseran paradigma dalam kepailitan korporasi, dari konsep untuk melikuidasi ke konsep menyelamatkan korporasi. (Bandingkan dengan pendapat Soetandyo Wignjosoebroto, dalam *Pergeseran Paradigma dalam Kajian Sosial dan Hukum*, Setara Press, Malang, 2013, hlm. 22-40.

*assets is often very low compared to the value they would have as part of a productive whole.*²

Jika aset-aset perusahaan dilikuidasi dalam suatu bentuk pelelangan, aset-aset dan tenaga kerja perusahaan akan mengalami penurunan nilai. Nilai produktivitas perusahaan akan hilang. Nilai hubungan bisnis, nama baik dan merek yang telah diakui menjadi rusak. Nilai aset-aset yang tak berwujud akan hilang. Misalnya, secara umum sangat sulit untuk menentukan nilai jual aset-aset yang tak berwujud tersebut. Nilainya akan sangat rendah jika dibandingkan ketika perusahaan tersebut masih melakukan produksi secara sempurna. Kelemahan konsep lama dalam melindungi kepentingan-kepentingan tersebut memunculkan konsep baru dalam hukum kepailitan korporasi. Konsep baru tersebut adalah *corporate rescue* dan konsep ini menjadi *recent trends* di negara-negara lain dalam hukum kepailitan korporasi modern. Likuidasi terhadap perseroan haruslah dilakukan hanya dalam keadaan terpaksa, atau merupakan suatu *ultimum remedium*.³

Recent trends di negara-negara lain itu, berbeda dengan Indonesia yang masih mempertahankan konsep likuidasi. Konsep PKPU bukanlah konsep *corporate rescue*, tetapi adalah konsep yang mirip dengan konsep *corporate rescue* karena PKPU hanya upaya hukum untuk menghindari, agar suatu perseroan

²Mark S. Scarberry, et.al., *Business Reorganization in Bankruptcy, Case and Materials, American Casebook Series*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1996, hlm. 3.

³*Ultimum remedium* merupakan asas hukum, seperti dalam hukum pidana lingkungan, asas ini sama dengan asas *subsidiaritas*, yang mewajibkan penerapan hukum pidana (pidana formil) sebagai upaya terakhir setelah penerapan asas penegakan hukum administrasi dianggap tidak berhasil. Jika asas ini diterapkan dalam hukum kepailitan, likuidasi merupakan upaya terakhir setelah penerapan proses *corporate rescue* dianggap tidak berhasil. Jadi, yang harus dikedepankan lebih dahulu adalah penerapan proses *corporate rescue* terhadap kepailitan korporasi.

tidak segera dinyatakan pailit dan dilikuidasi dan merupakan upaya hukum yang berbeda untuk menerapkan asas kelangsungan usaha. *Ratio legis* dari PKPU ini seperti yang dinyatakan oleh Kenny Wiston:

The purpose of the suspension of payments in our Indonesia bankruptcy regime is to prevent the bankruptcy of a debtor who is unable to pay but who may be able to pay its debts in near future. As an alternative to the winding up of a debted company, the court may be petitioned for suspension of payment for general purpose of submitting a composition plan by the company which is, or is likely to become, unable to pay its debts where there is a reasonable possibility that the company's undertaking may be made to survive its present financial difficulties, or that arrangements may be made with its creditors under which the survival of the company's business undertaking may be achieved.⁴

PKPU bertujuan dapat digunakan untuk mencegah pailitnya debitor yang tidak mampu membayar tetapi mungkin akan dapat membayar utangnya dalam waktu yang dekat. Sebagai suatu alternatif dari dilikuidasinya suatu perusahaan yang berutang, permohonan PKPU diajukan ke pengadilan berdasarkan alasan yang pada umumnya untuk melakukan rencana perdamaian oleh perusahaan yang mungkin akan tidak mampu untuk membayar utangnya dimana ada kemungkinan yang beralasan agar bisnis perusahaan dapat dilanjutkan dalam keadaan kesulitan keuangan, atau rencana perdamaian yang diajukan mungkin disetujui oleh para kreditornya berdasarkan persetujuan ini bisnis perusahaan yang berjalan dapat dilanjutkan.

Di Amerika Serikat (US),⁵ Inggris (UK),⁶ dan Australia,⁷ telah mensahkan undang-undang yang menerapkan konsep *corporate*

⁴Kenny Wiston, "Suspension of Payments: A Rescue Facility of Corporate Insolvency," *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 22 No. 4 Tahun 2003, hlm. 69-70.

⁵Chapter 11 of the US Bankruptcy Code.

⁶Enterprise Act 2002.

rescue. Misalnya perusahaan-perusahaan yang mengalami masalah keuangan mungkin melakukan moratorium dengan *debt restructuring*. Di Hongkong,⁸ rancangan undang-undang *corporate rescue* pernah diajukan oleh pemerintah ke legislatif karena ditolak konsep ini diterapkan dalam bentuk perjanjian oleh para kreditornya berdasarkan Pasal 166 *Companies Ordinance (CO)*, atau melaksanakan restrukturisasi berdasarkan persetujuan likuidator sebagaimana yang dimaksud Pasal 193 *CO*, sebagaimana yang diputuskan oleh Pengadilan Tinggi Hongkong dalam perkara *Re Legend International Resorts Ltd.*⁹ Adanya pergeseran paradigma (*shifting of paradigm*),¹⁰ dalam konsep¹¹ hukum kepailitan korporasi ini sebagaimana yang dimaksud oleh Thomas Khun dan teori Brendan Edge Worth dalam *old theories : new paradigm dan law in the paradigmatic transition*.¹² Teori yang sama juga dinyatakan oleh Karl Popper¹³ dalam teori falsifikasi, yang menyatakan bahwa ilmu pengetahuan berkembang manakala suatu hipotesis telah dibuktikan salah, sehingga dapat digantikan dengan hipotesis yang baru. Teori-teori ilmiah selalu bersifat hipotesis, tidak

⁷ *Corporation Act Pt 5.3 A.*

⁸ *Companies (Corporate Rescue) Bill 2001.*

⁹ (2006) 2 HKLRD 192

¹⁰ Pergeseran paradigma tidak saja mengacu kepada paham yang telah diakui secara luas, seperti paradigma positivistik dan non positivistik dan seterusnya, tetapi juga dapat mengacu kepada pergeseran pemikiran dan konsep (lihat Soetandyo Wignjosubroto, *loc. cit.*). Lihat juga T.S. Khun, *Structure of Scientific Revolution*, dalam Steven, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Steven & Sons, London, 1985, hlm. 40-46.

¹¹ Secara leksikal kata konsep mengandung arti *ide pokok yang mendasari suatu gagasan yang bersifat umum* (A.S. Hornby, et.al (Ed), *The Advance Learner's Dictionary of Current English*, Cet. XVIII, London, Oxford University Press, 1973, h. 376. Atau *ide tentang sesuatu* (W.T. McLeod (Ed), *Collins Gem Learner's Dictionary*, Cet. III, London, CollinsSon & Co. Ltd., 1980, h.121.

¹² Brenden Edge Worth, *Law, Modernity, postmodernity, legal change in the contracting state*, Ashgate, Burlington, USA, 2003, hlm. 98 dan 128

¹³ Surijiyo, *Filsafat Ilmu & Perkembangannya di Indonesia, Suatu Pengantar*, Bumi Aksara, Jakarta, 2008, hlm. 96-9. Lihat juga K. Popper, "Poverty of Historicism (1957), *Method of science*, Lord Lloyd Of Hampstead, Q.C. et.al., *Introduction to Jurisprudence*, Steven & Son, London, 1985, hlm.37-38;

ada kebenaran terakhir. Setiap teori terbuka untuk digantikan oleh yang lebih tepat. Sebaliknya, jika salah satu unsur hipotesis yang dibuktikan salah untuk digantikan dengan unsur baru yang lain, sehingga hipotesis dapat bertahan melawan segala usaha penyangkalan, maka hipotesis tersebut semakin diperkokoh.

Pergeseran paradigma dalam kepailitan korporasi ini dapat diuraikan sebagai berikut. Michelle J. White membagi kepailitan korporasi ke dalam ke dua konsep, yaitu konsep likuidasi (*bankruptcy liquidation*) dan konsep reorganisasi (*bankruptcy reorganization*).¹⁴ Likuidasi merupakan konsep lama, sedangkan *cooporate rescue* merupakan konsep baru yang banyak berkembang di negara maju. Perkembangan baru ini merupakan pergeseran konsep dalam hukum kepailitan korporasi sebagaimana yang diuraikan di atas. Konsep likuidasi haruslah dihindarkan, korporasi yang mengalami kesulitan keuangan tidak dilikuidasi tetapi harus diberi kesempatan untuk melanjutkan bisnis agar korporasi tersebut dapat keluar dari krisis finansial yang dialaminya.

A. Paradigma Lama dengan Konsep: Melikuidasi Aset-Aset Korporasi Pailit dan Mendistribusikannya secara Pro-Rata kepada Para Kreditornya

Dalam konsep likuidasi, utang-utang dilunasi dengan melikuidasi aset-aset perseroan. Perseroan yang dinyatakan pailit adalah perseroan dalam kondisi yang tidak mampu melunasi kewajiban membayar utang-utangnya. Kepailitan

¹⁴ Michelle J. White, *Corporate Bankruptcy*, makalah yang dimuat di internet, tanpa menyebutkan tanggal penerbitan..

korporasi tidak dapat dipisahkan dari kesulitan keuangan suatu perseroan dimana pranata kepailitan adalah merupakan salah satu bentuk pembubaran suatu perseroan terbatas (likuidasi) yang sedang mengalami kesulitan keuangan. Pengertian likuidasi itu sendiri dalam hubungan ini dapat diartikan sebagai suatu pembagian dari aset-aset perseroan terbatas untuk melunasi utang-utangnya sebelum perseroan tersebut dibubarkan. Menurut Jerry Hoff:

Bankruptcy is a general statutory attachment encompassing all the assets of the debtor. The bankruptcy only covers the assets. Personal status of individual will not be affected by the bankruptcy; he is not placed under guardianship. A company also continues to exist after he declaration of bankruptcy. During the bankruptcy proceedings, act with regard to bankruptcy estate can only be performed by the receiver, but other acts remains part of the domain of the debtor's corporate organs.¹⁵

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

¹⁵Jerry Hoff, *Indonesian Bankruptcy Law*, Tatanusa, Jakarta, 1999, hlm. 11.

saja perusahaan yang *insolvent*, tetapi adalah perusahaan-perusahaan yang *solvent* yang tidak membayar utang, maka akibatnya PT. Modern Land Reality, Ltd., PT. DI, PT. Asuransi Jiwa Manulife Indonesia dan terakhir adalah PT. Telkom Indonesia dinyatakan pailit oleh pengadilan niaga.

Konsep *Jackson's creditor bargain theory* ini memang bertujuan untuk memberikan perlindungan kepada kreditor dalam penagihan utang terhadap debitor pailit. Gerrad Glenn¹⁶ menyatakan bahwa sebenarnya esensi hukum kepailitan adalah untuk menghindari penipuan dan pengawasan terhadap debitor (*prevention of fraud and control of the debtor*) dengan cara-cara; *Pertama*, selalu akan ada debitor yang berbuat curang; selanjutnya, ide dari hukum kepailitan meliputi konsep bahwa debitor harus di bawah pengawasan pengadilan. Hukum kepailitan melakukan kontrol terhadap debitor. Untuk itu, hukum kepailitan haruslah mengandung dua hal, yaitu harus dapat mengembalikan tagihan secara penuh dengan menetapkan secara benar budel pailit dan cara pembagiannya, untuk menjamin hal ini bukan saja budel pailit tetapi juga debitor secara pribadi harus berada di bawah pengawasan pengadilan. Dengan cara seperti ini, pengalihan budel pailit secara curang dapat diketahui dan kreditor mendapatkan kembali piutangnya. Namun secara faktual, esensi ini disalahgunakan. Max Radin berpendapat sama Gerrad Glenn,¹⁷ menyatakan bahwa hakekat hukum kepailitan adalah untuk mengatasi debitor menghilangkan atau menyembunyikan aset-asetnya dari kreditor. Untuk itu, hukum kepailitan harus menambahkan sesuatu yang

¹⁶Gerrad Glenn dalam Charles J. Tabb, *Bankruptcy Anthology*, Anderson Publishing Co, Cincinnati, Ohio, 2002, hlm. 54-55.

¹⁷*Ibid*, hlm. 55.

baru ke dalam bentuk prosedur tersebut, atau hukum kepailitan itu dianggap tidak pernah ada.

Kedua, hukum kepailitan haruslah melindungi kepentingan kreditor dimana Kreditor akan memperoleh haknya secara kolektif (*individual rights in a collective way proceeding*). Konsep utamanya adalah untuk melindungi pengambilan kekayaan debitor secara terpisah atau sendiri-sendiri oleh para kreditornya,¹⁸ sehingga kreditor haruslah mendapat perlindungan secara kolektif. Dengan demikian, hukum kepailitan berfungsi sebagai *debt collection*.

Dalam fungsinya sebagai alat tagih utang tersebut, menurut Roman Tomasic tanpa adanya perlindungan kepada Kreditor, proses atau sistem hukum kepailitan tidak lagi relevan (*Unless creditor are involved in insolvency process the law will seem irrelevant*).¹⁹ Sedangkan pemberian penangguhan atau pemberian kesempatan kepada debitor untuk membenahi bisnisnya sebagaimana yang dimaksud dalam konsep *corporate rescue*, yang dikenal juga dengan konsep *exclusivity priode*,²⁰ penangguhan likudasi seharusnya juga dipandang dalam kerangka perlindungan kepada kepentingan kreditor. Jika debitor diberi kesempatan untuk menstabilisasikan operasi bisnisnya, dengan cara menegosiasikannya dengan berbagai pihak untuk mempertimbangkan bermacam-macam kepentingan, dan untuk ini debitor haruslah mendapat pengawasan dalam proses tersebut agar pihak yang lain

¹⁸Thomas J. Salerno et. al., *The Executive Guide to Corporate Bankruptcy*, BeardBoook, Washington, D.C., 2001, hlm. 134.

¹⁹Roman Tomasic, *Document Reproduces Report on the Fifth Forum for Asian Insolvency Reform (FAIR)*, April 2006, Beijing, China.

²⁰*Ibid.*

tidak merasa mereka dengan mudah menguasai debitor. Proses ini memungkinkan debitor menjadi penjaga gawang (*gatekeeper*), setidaknya pada tahap permulaan proses tersebut.

Sebagai paham yang termasuk kedalam rezim *debt collection*, Thomas H. Jackson mengkritik²¹ bahwa ketentuan reorganisasi dalam konsep *corporate recue* dalam hukum kepailitan seharusnya jugadipandang sebagai upaya hukum bagi kreditor terhadap debitornya, yang sekarang menjadi norma dalam *Chapter 11 US Bankruptcy Code*. Berasal dari sejarah panjang reorganisasi diterima sebagai bentuk prosedur kepailitan yang lebih bermanfaat. Thomas H. Jackson juga berpendapat bahwa sebenarnya ada perbedaan antara bisnis yang gagal dan persoalan hukum kepailitan untuk menyelesaikannya. Persoalan bisnis yang gagal bukanlah persoalan kepailitan. Hukum kepailitan berfungsi ketika ada sejumlah kreditor dan potensi penyelesaian utang secara bersamaan, atau *common pool problem*.²² Sedangkan persoalan bisnis yang gagal dapat terjadi tanpa adanya *common pool problem*.

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

²¹Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, USA, 1986, hlm. 209-224.

²²*Ibid.*

yang berpendapat bahwa kebijakan substantif reorganisasi (*corporate rescue*) merupakan persoalan yang terlepas dari persoalan tenaga kerja adalah juga pendapat yang keliru. Kebijakan ini bukan merupakan kebijakan hukum kepailitan, sehingga reorganisasi ini tidaklah relevan dengan kepailitan.²³

Oleh karena itu, *Chapter 11* tentang ketentuan reorganisasi harus diuji dengan standard apakah reorganisasi menjadi media dalam pengembangan aset untuk kemanfaatan yang besar bagi para kreditornya secara kolektif, atau apakah reorganisasi lebih baik bagi para pemiliknya secara kolektif dari pada melikuidasi aset debitor. Perbedaan konsep kunci antara reorganisasi dan likuidasi adalah dalam penjualan aset debitor. Dalam reorganisasi aset dijual kepada para kreditornya, sedangkan likuidasi aset debitor dijual kepada pihak ketiga.²⁴ Jadi, dalam prosedur reorganisasi penjualan aset perusahaan yang sedang dilanjutkan dilakukan untuk para kreditornya. Persoalan yang paling utama dalam menentukan reorganisasi adalah *common pool problem* dalam prosedur tersebut, jika tidak maka likuidasilah yang harus ditempuh.

Hukum kepailitan korporasi hanya berhubungan dengan korporasi yang tidak mampu membayar utang-utangnya.²⁵ Untuk itu, ada tiga ukuran atau test untuk menentukan suatu korporasi dalam keadaan kesulitan keuangan dalam sistem hukum kepailitan Australia, Inggris dan Amerika

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Andrew Keay, *Insolvency, Personal and Corporate Law and Practice*, John Libbey & Company Pty.Ltd, Sydney, 1998, hlm. 1. Lhat juga Roman Tomasic, *Australian Corporate Insolvency Law*, Butterworth, Sydney, 1993, hlm. 4, menyatakan "a company is insolvent when it is unable to pay its debts as they fall due from its own resources insolvency is not simply a question of whether the company's liabilities exceed its assets, but rather whether the company's income and readily realisable assets are sufficient to service its current debts. It involves a chronic lack of liquidity which forces the creditors of company to seek recovery of their debts through one of the three principle forms of insolvency administration (receivship, liquidation and scheme of arrangement)."

Serikat.²⁶*Pertama, cash flow atau commercial insolvency test.* Menurut test ini, Debitor dalam keadaan pailit jika Debitor tidak mampu membayar utang-utangnya ketika utang-utang tersebut jatuh tempo. Artinya, tidak tersedia dana untuk membayar utang kepada para kreditornya. *Kedua*, menurut *Commercial insolvency test*, jika total keseluruhan kewajiban perusahaan itu lebih besar dari aset-asetnya, aset-aset tersebut tidak mencukupi untuk menutupi kewajiban-kewajibannya. *Ketiga, balance sheet atau absolute insolvency test.* Menurut tes ini, kekayaan Debitor mungkin secara *cash flow* atau *comercially insolvency*, debitor pailit, tetapi jika kekayaan Debitor mencukupi debitor tidak harus dinyatakan pailit. Dengan kedua test tersebut pada prinsipnya debitor tidak mudah untuk dinyatakan pailitkan, atau dilikuidasi dan debitor juga tidak dapat dipailitkan karena hanya kurangnya likuiditas yang sifatnya hanya sementara, kecuali jika kekurangan likuiditas tersebut akan menjadikan Debitor tidak mempunyai likuiditas, seperti yang terjadi dalam *in Hymix Concrete Pty Ltd v. Garrity*.²⁷

Dalam *Case v. Los Angeles Lumber Product Co*,²⁸ menurut Hakim Douglas berdasarkan *absolute priority rule* sebagaimana yang dipertimbangkan dalam perkara tersebut, para kreditor berhak memperoleh jumlah yang kecil dari jumlah seluruh piutangnya menurut prosedur di luar prosedur kepailitan. Jika ada fakta bahwa adanya seluruh aset-aset perusahaan yang masih prospektif yang banyak adalah persoalan yang tidak relevan dengan kepailitan. Dasar untuk melakukan proses reorganisasi yang berfungsinya sebagai *debt*

²⁶*Ibid.*, hlm. 5.

²⁷*Ibid.*, hlm. 7.

²⁸*Ibid.*

collection jika aset-aset tersebut lebih besar dari pada utang-utangnya, yang dapat menjadi milik pihak ketiga di kemudian hari.

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

- *An impartial and efficient administration for distributing the property of debtor amongst their creditors;*
- *Administrative process in which debtor and creditor can participate with the least possible delay and expense;*
- *A convenient means of collecting or recovering property of the debtor that can be applied toward the payment of their debts and liabilities;*
- *Protection of the public interest by punishing the fraudulent and releasing innocent debtors hit by misfortune.*²⁹

Untuk menghindari penyalahgunaan untuk hukum acara (*abuse process of law*) dan untuk menghindari penyalahgunaan hukum kepailitan baik dalam

²⁹Paul Latimer, *Australian Business Law, CCH Australian Limited, Sydney, 1998, hlm. 558.*

rezim yang *pro kreditor* maupun dalam rezim yang *pro Debitor*.³⁰ Dengan menerapkan konsep *corporate rescue* seperti yang dianut dalam *Chapter 11 US Bankruptcy Code (the American debtor oriented system)*, diharapkan dapat menghindari penyalahgunaan hukum kepailitan baik oleh Kreditor maupun oleh Debitor (*abuse process of law*). Umpamanya, kreditor dapat mempailitkan anak perusahaannya sendiri secara beriktikad tidak baik untuk menghindari tanggung jawab anak perusahaan itu membayar utang-utangnya kepada para Kreditor lain.

Dilihat dari sejarah lahirnya hukum kepailitan itu sendiri, hukum kepailitan pada hakekatnya bertujuan untuk melindungi kepentingan kreditor atau para pemilik modal (investor) untuk melikuidasi aset-aset debitor, kemudian hasil likuidasi terhadap aset-aset itu dibagi-bagikan kepada para kreditor secara *pro rata*. Ketentuan hukum kepailitan yang seperti ini sudah ada semenjak zaman Romawi, kemudian ketentuan ini diambil oleh Perancis dan berlaku terutama di Lyon yang pada waktu itu banyak dikunjungi oleh para pedagang Italia. Ketentuan induk diatur dalam *Ordonance du Commerce* (Peraturan Dagang) Tahun 1673 dan kepailitan diatur dalam Bab XI tentang *Des Faillites et Banqueroutes*. Pada tahun 1870 *Ordonance* tersebut disempurnakan menjadi *Code de Commerce* (KUH Dagang). *Code de Commerce* ini kemudian ditiru

³⁰ Theodoor Bakker et. al, "The Comparative Aspects of Bankruptcy Law: Some Countries Experiences," *Makalah Pelatihan Hakim Niaga*, Belanda 25 Agustus 2004, hlm. 9.

oleh negara-negara Eropa lainnya, termasuk negeri Belanda yang melalui asas konkordansi berlaku pula di Hindia Belanda.³¹

Di negeri Belanda pada mulanya kepailitan diatur dalam *Code de Commerce* pada Tahun 1811, kemudian dibuat undang-undang kepailitan dengan membedakan kepailitan perseorangan dan kepailitan perusahaan. Kepailitan perseorangan diatur dalam *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Buku Ketiga Titel VII tentang *Regeling van Staat van Kennelijk Onvermogen*, sedangkan kepailitan perusahaan diatur dalam *Wetboek van Koopenhandel Nederland* (KUH. Dagang Belanda) Bab III tentang *Regelingen over Voorzieningen in gevoll van onvermogen*, yang mengatur tentang kepailitan dan penundaan pembayaran utang. Pada Tahun 1896 diberlakukan *Faillissements Wet 1893* menggantikan buku III KUH Dagang tersebut.³²

Faillissements Wet 1893 ini mengalami tiga kali perubahan. Pada Tahun 1925 dilakukan penyempurnaan tentang ketentuan penundaan kewajiban pembayaran utang, yaitu dengan memberikan kemungkinan bagi perusahaan yang sudah mengalami insolvensi untuk melanjutkan kegiatannya. Pada Tahun 1935 dilakukan penyempurnaan terhadap penundaan kewajiban pembayaran utang, yang memungkinkan dilakukannya perdamaian paksa (*dwangakoord*) di luar ketentuan Undang-Undang Kepailitan. Pada tahun 1992 dilakukan perubahan lagi perubahan. Hukum Kepailitan Belanda terdiri dari tiga proses. Pertama, adalah proses kepailitan dengan tujuan likuidasi aset-aset perusahaan. Kedua, proses penundaan kewajiban pembayaran utang

³¹Andriani Nurdin, "Kepailitan BUMN Persero Berdasarkan asas Kepastian Hukum," *Disertasi, Alumni*, Bandung, 2012, hlm. 121-127; Lihat juga Ricardo Simanjuntak, *op. cit.*, hlm. 291.

³²*Ibid.*

dan yang ketiga schuldsanering, atau pelunasan utang yang dirancang untuk perorangan.³³

Di negara-negara *common law*, pada tahun 1592 hukum kepailitan dari tradisi hukum Romawi diadopsi di Inggris dengan *Act Againsts Such Person As Do Make Bankrupt* pada masa kekaisaran Raja Henry VIII. Seperti di Romawi, kepailitan dirancang untuk pemulihan kepada kreditor, bukan kepada debitor. Dalam hukum kepailitan kreditor diizinkan untuk mengambil seluruh aset pedagang yang tidak mampu membayar utangnya. Demikian juga di Amerika Serikat, dimulai dengan perdebatan konstitusional yang menginginkan kongres membentuk aturan tentang kepailitan. Kemudian diperdebatkan di constitutional convention di Philadelphia pada tahun 1787. Dalam the *federalis papersnya*, James Madison mendiskusikan apa yang disebut dengan *Bankruptcy clause*.³⁴ Setelah itu, kongres untuk pertama kalinya mensyahkan undang-undang kepailitan, yang isinya mirip dengan undang-undang kepailitan Inggris. Sementara itu, pada tahun yang sama beberapa negara bagian dibuat *Insolvency law*, yang sifatnya bertujuan lebih melindungi debitor pailit. Setelah berganti beberapa kali hukum, di USA memiliki *Bankruptcy Act*. *Bankruptcy Act 1898* merupakan undang-undang kepailitan modern yang pertama di Amerika Serikat dan sebagian besar telah menjadi dasar bagi *Bankruptcy Reform Act of 1979*, seperti yang dikenal dengan *Bankruptcy Code*.³⁵

³³ *Ibid.*

³⁴ *Bankruptcy* diartikan sebagai suatu tindakan hukum berupa keputusan pengadilan yang melikuidasi kegiatan suatu perusahaan guna menjamin pengembalian dana/aktiva milik kreditor.

³⁵ *Ibid.*

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

Konsep likuidasi lebih memosisikan hukum kepailitan sebagai fungsi *debt collection*. Likuidasi atau *liquidation* adalah *a process where by the assets of a company are collected and realised*³⁶ (suatu proses dimana aset-aset suatu perusahaan dikumpulkan dan dibagi-bagikan). Pada mulanya konsep ini dianggap lebih melindungi kepentingan kreditor. Hukum kepailitan yang melindungi kepentingan kreditor ini muncul dari *Teori Jackson's Creditor bargain*. Paham hukum yang lebih melindungi kepentingan kreditor ini muncul dari paham hukum *positivistik legalistik* dalam paradigma hukum

³⁶Mallesons Stephen Jaques, *Australian Finance Law, Third Edition, FT Law & Tax, Sydney, 1994*, hlm. 634.

modern³⁷ dan hukum kepailitan dibuat untuk kepentingan kreditor (*for the benefit of creditor*).³⁸

Menurut Richard Brown ada tiga tujuan dari hukum kepailitan³⁹; Pertama, *the punishment of the fraudulent debtor*; kedua, *the reinstatement of the unfortunate but innocent of debtor*; atau ketiga, *the equitable distribution of the insufficient assets among all the creditor*. Karena selalu ada debitor yang beriktikad buruk (*fraudulent debtor*), maka debitor perlu untuk dikontrol melalui pengadilan. Dengan cara ini, iktikad buruk debitor dapat diketahui dan creditor akan memperoleh haknya karena debitor harus menyatakan hal yang sebenarnya tentang budel pailit dan perbuatan yang telah dilakukannya.⁴⁰ Konsep ini dianut dalam hukum kepailitan Indonesia dan dalam *chapter 7 US Bankruptcy Code*. Dalam hubungan ini, debitor yang tidak membayar utang adalah debitor yang mempunyai iktikad tidak baik, maka menurut Undang-Undang Kepailitan harus dinyatakan pailit.

Definisi Kepailitan yang lazim digunakan dunia internasional Standard

&Poors (S&P) mengartikan kepailitan (*default*) sebagai:

*The first occurrence of a payment default on any financial obligation, rated or unrated, other than a financial obligations subject to a bona fide commercial dispute; an exception occurs when an interest payment missed on the due date is made within the grace period.*⁴¹

³⁷Positivist legal thinking paradigm

³⁸Jackson's dengan teori *creditor's bargain*, dalam bukunya *The Logic And Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, 1986 dan James M. Olmstead, "Bankruptcy a Commercial Regulation," dalam Charles J. Tabb, *Bankruptcy Anthology*, Anderson Publishing Co, Cincinnati, Ohio, 2002, hlm. 52.

³⁹*Ibid.*, hlm. 53.

⁴⁰Gerrad Glenn, *Essentials of Bankruptcy: Prevention of Fraud, and Control of the Debtor*, Charles J. Tabb, *Ibid.*, hlm. 54.

⁴¹*Ibid.*

Sedangkan pengertian kepailitan oleh ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*) adalah terjadinya salah satu kejadian-kejadian berikutini.

1. *Perusahaan yang mengeluarkan suratutang berhenti beroperasi(pailit)*
2. *Perusahaan insolvent atau tidak mampu membayar utang*
3. *Timbulnya tuntutan kepailitan*
4. *Proses kepailitan sedang terjadi*
5. *Telah ditunjuknya receivership*
6. *Dititipkannya seluruh aset kepada pihak ketiga.*⁴²

Teori keuangan mengasumsikan bahwa sistem kepailitan yang sempurna memberikan manfaat yang cukup berharga bagi perekonomian. Pada umumnya dikenal dua macam biaya yang akan terjadi pada perusahaan yang *pailit*, yaitu *direct cost* dan *indirect cost*. *Direct cost* merupakan biaya yang langsung dikeluarkan oleh perusahaan tersebut untuk membayar pengacara, akuntan dan tenaga professional lain untuk merestrukturisasi keuangannya yang kemudian akan dilaporkan kepada para kreditor. Selain itu, bunga yang dibayar perusahaan untuk pinjaman selanjutnya yang biasanya jauh lebih mahal juga merupakan *direct cost* dari kepailitan. Sedangkan *indirect cost* merupakan *potensial loss* yang dihadapi perusahaan yang sedang menghadapi kesulitan keuangan tersebut, seperti kehilangan pelanggan dan supplier, kehilangan proyek baru karena manajemen berkonsentrasi kepada penyelesaian kesulitan keuangan dalam jangka pendek. Hilangnya nilai perusahaan saat Manager atau Hakim melikuidasi perusahaan yang masih

⁴²*Ibid.*

memiliki *Net Present Value* positif juga merupakan *indirect cost* dari kepailitan.⁴³

Dengan mempertimbangkan *direct* dan *indirect cost* perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan cukup tinggi, pengadilan kepailitan modern berusaha untuk mempertahankan perusahaan sebagai *going concern* dan menangani tagihan kreditor secepatnya. Hukum kepailitan yang sudah mapan memberikan proteksi bagi kreditor dan juga memberikan mekanisme yang baik untuk menyelesaikan perselisihan antar pihak dengan lebih cepat. Dengan menghilangkan ketidakpastian, sistem kepailitan yang sudah mapan tersebut akan mendorong pengusaha dan perusahaan besar mengambil risiko yang lebih besar

lagi. Hal itu juga dapat menurunkan biaya modal dengan cara meminta ahli keuangan untuk menghitung/memperkirakan bagaimana kreditor dibayar saat terjadi *default*.

Thomas Jackson dan Douglas Baird,⁴⁴ menyatakan bahwa *Insolvency law was no more than a collective debt collection mechanism. As such, the only goal it sought to further the maximization of creditor returns.* Tujuan dari hukum kepailitan sebagai alat penagihan utang adalah untuk memaksimalkan pengembalian utang bagi para kreditor. Kepentingan Kreditor diletakkan ditempat yang paling utama (*primacy*),⁴⁵ di atas kepentingan pihak lainnya. Umpamanya, dalam kewajiban direksi, sebelum proses kepailitan hukum dimulai, loyalitas pertama dilakukan terhadap perseroan untuk kepentingan

⁴³*Ibid.*

⁴⁴J. Armour, *The Law And Economics of Corporation: A Review*, WP 197, March, 2001

⁴⁵*Ibid*

kreditornya. Jika tidak ada prospek cukup untuk tidak menggunakan prosedur kepailitan, direksi merupakan subjek yang harus bertanggung jawab, kecuali direksi menghentikan bsinisnya, telah mengambil langkah-langkah untuk kepentingan kreditor-kreditornya. Jadi, keputusan untuk mengambil jalur kepailitan atau tidak sepenuhnya dilakukan untuk kepentingan kreditor-kreditornya. Ketika kurator telah ditunjuk, kepentingan hanya ditujukan kepada para kreditor. Dalam kerangka ini, perlindungan tenaga kerja, pemasok dan konsumen hanya dapat dilakukan hanya melalui status sebagai kreditor.⁴⁶

Hukum kepailitan pada hakekatnya adalah hukum acara. Charles W. Mooney Jr., menyatakan hukum kepailitan adalah acara perdata (*civil procedure*),⁴⁷ bukan hukum substantif. Hukum acara perdata menurut Charles:

*When a claimant does employ the yudicial system to recover on aclaim, the end game convert the obligor's property into property of the claimant, such as by levy of execution, sheriff's sale, and so forth. Bankruptcy is a part of that system.*⁴⁸

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

⁴⁶*Ibid.*

⁴⁷Charles W. Mooney Jr, *A Normative Theory of Bankruptcy Law: Bankruptcy as (is) Civil Procedure*, Law Paper 18 (2003), *University of Pennsylvania Law School*, cmooney@law.upenn.edu.

⁴⁸*Ibid.*

Sebagai hukum prosedural dalam hukum kepailitan seharusnya lebih sempurna dari hukum acara perdata. Dalam hal ini, konsep pro rata dalam membagi aset debitor merupakan konsep kepailitan dan juga sangat konsisten dengan teor-teorii hukum acara.⁴⁹ Sehubungan dengan ini, menurut Charles perdebatan pokok dalam politik hukum penggunaan hukum kepailitan karena tujuannya adalah untuk melindungi kepentingan kreditor (*maximization of creditor wealth*). Politik hukum kepailitan ini dikritik oleh Charles sebagai suatu tujuan yang mahal (*expansive goals*).⁵⁰ Dalam laporan terbaru, para praktisi hukum dan para hakim kepailitan memperoleh bukti bahwa adanya kebutuhan untuk memperpendek jangka waktu dan mengurangi biaya yang timbul dari kasus-kasus kepailitan *chapter 11*. Mereka berpendapat bahwa *Chapter 11 business reorganisation* memakan waktu yang lama dan biaya yang tinggi, untuk itu mereka mengajukan solusi undang-undang untuk mengurangi jangka waktu yang lama dan biaya yang tinggi itu.⁵¹

Di Amerika Serikat konsep likuidasi, yang merupakan prosedur dalam kepailitan diatur dalam *Chapter 7*, jika suatu perusahaan mengajukan permohonan berdasarkan *Chapter 7*, pengadilan menunjuk *trustee* (di Indonesia adalah kurator) yang menutup bisnis debitor dan menjual aset-aset debitor pailit. Aset-aset debitor tersebut dibagi-bagikan kepada para kreditor berdasarkan *absolute priority rule*. Urutan pertama adalah biaya-biaya administrasi kepailitan; urutan kedua adalah statutory priority, seperti pajak, sewa dan upah dan keuntungan yang belum dibayar; urutan ketiga

⁴⁹*Ibid.* Konsep inilah yang di uji coba dalam Undang-Undang Kepailitan Indonesia.

⁵⁰*Ibid.*

⁵¹*Ibid.*

adalah utang-utang yang tidak dijamin (utang-utang kepada kreditor konkuren), termasuk utang obligasi jangka panjang). Sedangkan utang-utang yang dijamin (*secured creditor*) dibayar di luar hak-hak prioritas tersebut.⁵²

Pemegang hak tanggungan ini mendapat pembayaran penuh walaupun pada akhirnya utang yang tidak dijaminan tidak mendapat pembayaran sama sekali. Ketentuan ini juga sama dengan di Inggris (UK) Jerman dan Perancis, tetapi jarang digunakan karena mahal. Di Inggris kreditor yang memberikan pinjaman secara tidak tetap (*floating charge*), yang dijamin dengan seluruh aset-aset perusahaan tidak merupakan subjek dari pemegang hak tanggungan lainnya. Jika perusahaan ini wanprestasi, kreditor ini mempunyai hak untuk melikuidasi seluruh aset-aset debitor yang bersangkutan, yang tidak termasuk aset-aset yang dijamin dengan hak tanggungan. Di Indonesia karena pajak merupakan kewajiban yang timbul karena undang-undang (*statutory priority*), Kantor pajak tidak dapat menggunakan hukum kepailitan untuk penagihan utang pajak, atau tidak dapat menjadi salah satu kreditor, yang harus ikut dalam rapat-rapat verifikasi. Karena pajak merupakan utang yang mendapat hak prioritas berdasarkan undang-undang, maka Kantor Pajak dapat menagih utang pajak di luar proses kepailitan.⁵³

Menurut Roman Tomasic likuidasi adalah:

⁵² *Ibid.*

⁵³ Menurut beberapa putusan Mahkamah Agung, pajak adalah merupakan hak prioritas yang penagihannya tidak sama dengan utang sebagaimana yang dimaksud oleh Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, sehingga tidak perlu ikut dalam rapat verifikasi utang.

*a process where the assets of a company are collected and realised, the resulting proceeds are applied in discharging all its debts and liabilities, and any balance.*⁵⁴

Menurut Andrew Keay, Likuidasi korporasi tunduk kepada hukum korporasi:

*If a company is insolvent it may be wound up in one of two ways. A creditor will force its liquidation through a court order (known as compulsory liquidation) or the members of company will resolve to wind up their company under the watchful eyes of the creditors (known as a creditors' voluntary winding up.*⁵⁵ *Selanjutnya, A Court may also the winding up of company in insolvency if it is found, in an application for the liquidation of the company..., that company is insolvent.*⁵⁶

Dalam hukum kepailitan korporasi, istilah *liquidation* dan *winding up* mempunyai pengertian yang sama. Di Australia, menurut *Australian corporate insolvency law*,⁵⁷ ada tiga bentuk likuidasi korporasi. Pertama, likuidasi berdasarkan insolvensi, atau pailit (*winding up on the ground of insolvency*) sebagaimana yang telah diuraikan di atas. Kedua, likuidasi berdasarkan putusan pengadilan (*court winding up*). Pengadilan mempunyai suatu kebebasan untuk melakukan penilaian apakah suatu korporasi dapat dipailitkan atau tidak. Hal ini tercermin dari pendapat Wals JA dalam *Shreeve v. Martin*:

*Despite the fact that creditor has a prima facie right to obtain an order for the winding up of the company, this discretion of the court as to wheather it will grant a winding up order will not be lost even where a creditor has complied with the statuary deeming provisions and the debtor has failed to pay the debt due.*⁵⁸

⁵⁴ Andrew Keay, *The Law of Company Liquidation*, 4 th edition (Sydney, LBC, 1999), hlm. 4.

⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 364.

⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 369.

⁵⁷ Roman Tomasic, *op. cit.*, hlm. 201 – 277.

⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 202.

Sementara itu Dunn J (justice) juga menerima pendapat "*the court has a discretion to decline to order that company be wound up notwithstanding the deemed insolvency of the company.*"⁵⁹

Pengadilan dapat memerintahkan untuk melikuidasi suatu perusahaan berdasarkan keadaan:

1. *Unable to pay its debts (Section 460 (1) Corporation Law;*
2. *Director have acted in their own intrests;*
3. *Company have been conducted is contrary to interest of the members as a whole (Section 461 Corporation Law);*
4. *It is just and equitable that the company be wound up (Section 461 Corporation Law;*
5. *The most common way are unable to pay debts.*⁶⁰

Jika mayoritas dari kreditor menentang suatu kepailitan, pengadilan akan menolak permohonan pailit tersebut (*where a majority of the creditors oppose the winding up, the court will dismiss the winding up application*). Putusan ini diambil oleh Needham J (hakim) dalam *Re Jakab Industries Pty Ltd.*⁶¹ Permohonan pailit yang diajukan secara volunter, pengadilan mempunyai kewenangan untuk memerintah suatu kepailitan apabila terdapat bukti tentang adanya penipuan atau kesalahan dan sebaliknya.⁶²

Ketiga, likuidasisecara sukarela (*voluntary petition*) dapat terjadi berdasarkan hasil RUPS (*general resolution for winding up*).⁶³ Suatu korporasi dalam keadaan *solvent* (mampu membayar utang-utangnya) mengajukan permohonan pailit secara sukarela, hal ini dikenal sebagai permohonan pailit yang diajukan berdasarkan RUPS (*members of winding*

⁵⁹*Ibid.*

⁶⁰Mailleson Stephen Jaques, *op. cit.*, hlm. 634.

⁶¹*Ibid.*

⁶²*Ibid.*, hlm. 222.

⁶³*Ibid.*

up).⁶⁴ Dalam hal permohonan pailit yang diajukan secara sukarela oleh para pemegang saham ini, yaitu direksi diharuskan untuk membuat suatu pernyataan bahwa korporasi dalam keadaan solven dan jika hal ini tidak dilakukan, permohonan pailit itu dianggap diajukan oleh kreditor.⁶⁵

Menurut Pasal 142 (2) huruf a. Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas dimana pembubaran perseroan dapat mengakibatkan dilikuidasi perseroan. Sedangkan perseroan bubar menurut Pasal 142 (1) karena (a) berdasarkan keputusan RUPS; (b) karena jangka waktu berdirinya yang ditetapkan dalam anggaran dasar telah berakhir; (c) berdasarkan penetapan pengadilan; (d) dengan dicabutnya kepailitan berdasarkan putusan pengadilan niaga yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, harta pailit perseroan tidak cukup untuk membayar biaya kepailitan; (e) karena harta pailit perseroan yang telah dinyatakan pailit berada dalam keadaan insolvensi sebagaimana diatur dalam undang-undang tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang; atau (f) karena dicabutnya izin usaha perseroan sehingga mewajibkan perseroan melakukan likuidasi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Pasal 142 ayat (1e) dan ayat (2), Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas ini menerapkan konsep likuidasi.

Dalam hukum korporasi *common law* dikenal istilah *winding up*, *liquidation* dan *dissolution*. Istilah *winding up* dan *liquidation* mempunyai arti yang sama tetapi dipergunakan secara bergantian perpustakaan hukum, sedangkan istilah

⁶⁴*Ibid.*, hlm. 251.

⁶⁵*Ibid.*, hlm. 261 "where no such declaration is made, the voluntary winding up must proceed as a creditor's winding up"

dissolution diartikan sebagai pembubaran perseroan. Dalam hukum *common law*, perseroan dibubarkan setelah pemberesan atau likuidasi terhadap harta kekayaan perseroan. Hal ini sejalan dengan maksud Pasal 143 Undang-Undang Perseroan yang menyatakan pembubaran perseroan sampai dengan selesainya likuidasi dan pertanggungjawabannya likuidator diterima oleh RUPS atau pengadilan. Dengan demikian menurut penulis, korporasi yang pailit berdasarkan adanya keadaan insolvensi disebut dengan *winding up on the ground insolvency*.

Dalam kepalitan korporasi ini, pengadilan mempunyai suatu kebebasan untuk melakukan penilaian apakah suatu korporasi dapat dipailitkan atau tidak. Hal ini tercermin dari pendapat Wals JA dalam *Shreeve v. Martin*:

*Despite the fact that creditor has a prima facie right to obtain an order for the winding up of the company, this discretion of the court as to wheather it will grant a winding up order will not be lost even where a creditor has complied with the statury deeming provisions and the debtor has failed to pay the debt due.*⁶⁶

Sementara itu Dunn J (justice) juga menerima pendapat: *the court has a discretion to decline to order that company be wound up notwithstanding the deemed insolvency of the company.*⁶⁷

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

⁶⁶*Ibid.*, hlm. 202.

⁶⁷*Ibid.*

Industries Pty Ltd.⁶⁸ Dalam hal permohonan pailit yang diajukan secara volunter, pengadilan mempunyai kewenangan untuk memerintah suatu kepailitan apabila terdapat bukti tentang adanya penipuan atau kesalahan dan sebaliknya.⁶⁹

Dilihat dari ketentuan pembubaran perseroan tersebut di atas, likuidasi berdasarkan insolvensi atau pailit (*winding up on the ground of insolvency*) terdapat pada Pasal 142 (1) huruf d dan e. Likuidasi secara sukarela (*voluntary winding up*) terdapat pada Pasal 142 (1) huruf a, sedangkan likuidasi berdasarkan penetapan pengadilan (*court winding up*) terdapat pada Pasal 142 (1) huruf c. Selama dalam likudasi, perseroan masih berstatus sebagai badan hukum, sampai dengan diterimanya pertanggungjawaban likuidator oleh RUPS, atau pengadilan.⁷⁰ Dalam hubungan ini, suatu perseroan dapat dilikuidasi akibat adanya keadaan insolvensi atau pailit. Jadi, keadaan insolvensi yang menyebabkan perseroan dilikuidasi, bukan karena tidak membayar utang, atau berhenti membayar utang. Konsep ini berlainan dengan konsep likuidasi yang dianut dalam undang-undang kepailitan Indonesia dimana suatu perseroan dapat dilikuidasi karena tidak membayar utang.

Konsep likuidasi diimplementasikan dengan penunjukan *receiver*, likuidator dan kurator. Secara teknis, sebenarnya *receivership* (Kurator) bukanlah prosedur kepailitan; *Pertama*, *receivership* bukanlah pembukian soal kepailitan, tetapi adalah perjanjian yang muncul dari para kreditor dan

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 222.

⁷⁰ Pasal 143 (1) Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

debitor; *Kedua, receivership* bukanlah prosedur bagi para kreditor secara kolektif tetapi adalah hanya untuk kepentingan kreditor pemegang hak tanggungan; *Ketiga, fungsi receivership* tidak untuk menyetatkan perusahaan tetapi untuk melakukan realisasi pembayaran kepada kreditor pemegang hak jaminan. *Receivership* yang diatur dalam hukum perseroan tersebut mengatur;⁷¹ *Pertama*, menetapkan kewajiban *receiver* dalam administrasi kepailitan; *Kedua*, melaksanakan aturan tentang hak prioritas dalam likuidasi; *Ketiga*, melakukan identifikasi atura-aturan dalam prosedur kepailitan korporasi. Dengan demikian, *receivership* adalah Kurator yang khusus hak-hak pemegang hak jaminan dalam proses likuidasi. Oleh karena itulah konsep *morgagate in possession* hanya diterapkan dalam konsep likuidasi.

B. Paradigma Baru dengan Konsep: Penyelesaian Utang-Utang Dilakukan dengan Melanjutkan Bisnis Korporasi untuk Memperoleh Nilai Jual Aset yang Lebih Baik, Kreditor, Debitor dan Kepentingan Lainnya Terlindungi

Dalam perbankan, konsep corporate rescue sudah lama diterapkan (*bank insolvency*) dan menjadi konsep yang diterapkan (*key concept*).⁷² Bank yang dalam kesulitan likuiditas terlebih dahulu dilakukan pembinaan dan

⁷¹Di Singapura diatur dalam Part VIII Company Act.

penyelamatan. Penyelamatan perbankan ini mempunyai dua tujuan.⁷³ Pertama, aturan-aturan tersebut ditujukan memberikan kepada bank ruang gerak untuk menyelamatkan bank tersebut dan untuk menghindari likuidasi. Kedua, aturan-aturan tersebut haruslah melindungi baik aset bank dengan menghindari penurunan nilainya, maupun untuk melindungi hak-hak kreditor bank yang bersangkutan untuk menjamin perlakuan yang sama bagi semua kreditor. Jika ada prospek yang logis bagi bank yang bersangkutan untuk kembali meraih keuntungan. Tidak adanya prospek tersebut, para pemegang saham dapat melakukan likuidasi terhadap bank yang bersangkutan.⁷⁴

Corporate rescue menjadi konsep dalam hukum kepailitan korporasi muncul dari ide *US Bankruptcy Code* dimana dalam hukum kepailitan Amerika Serikat ini terdapat dua bentuk prosedur kepailitan, yaitu likuidasi dan reorganisasi yang merupakan hasil amandemen Undang-Undang Kepailitan Tahun 1878 yang diamandemen sebagai akibat depresi ekonomi yang luar biasa. Puncaknya, pada Tahun 1920 karena sejumlah masalah bermunculan dalam kedua konsep kepailitan tersebut sebagaimana yang dinyatakan Bradley Hansen :

Reorganization and bankruptcy were brought together by the amendments to the 1878 Bankruptcy Act during the great depression.

⁷³ Hupkes, Eva H.G., *The Legal Aspects of Bank Insolvency, A Comparative Analysis of Western Europe, the United States and Canada*, Kluwer Law International, the Hague, the Netherlands, 2000, hlm. 49

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 83. Prinsip ini dapat dilihat ketika dalam rangka penyelamatan perbankan sebagai akibat krisis keuangan global pada tahun 1998, Bank Indonesia mengambil kebijakan menyalurkan kredit Likuiditas dalam bentuk BLBI, yang akhirnya dana ini juga disalahgunakan oleh bank-bank yang bersangkutan dan bank-bank yang memang sudah sekarat seharusnya juga harus dilikuidasi, bukan diberi bantuan likuiditas.

*By the late 1920s, a number of problems had become apparent with both the bankruptcy law and receivership.*⁷⁵

Reorganisasi dan likuidasi dimasukkan bersamaan ke dalam amandemen Undang-Undang Kepailitan pada 1878 ketika depresi ekonomi yang berat. Pada akhir tahun 1920, sejumlah permasalahan muncul dari dilikuidasinya suatu perseroan.

Perusahaan *insolvent* dapat dipailitkan jika hanya *insolvent* tersebut yang sifatnya permanen. Kepailitan korporasi dapat mempengaruhi nilai aset perusahaan. Barry E. Adler et al menyatakan:

*Longstanding theory predicts that an insolvent debtor will file for bankruptcy only when default imminent, even where an earlier filing might have stemmed deterioration of the firms's value.*⁷⁶

Penelitian yang dilakukan oleh Barry tersebut membuktikan bahwa debitor Perusahaan pailit hanya akan menggunakan hukum kepailitan untuk melikuidasi jika terdapat keadaan krisis finansial yang sifatnya permanen. Hasil penelitian terhadap kepercayaan praktek dalam jangka waktu tertentu dapat menyelesaikan masalah utang. Sebaliknya, mereka yang percaya bahwa peranan kreditor dalam *chapter 11*, yaitu reorganisasi terhadap perusahaan *insolvable (corporate rescue concept)* merupakan sarana yang lebih bermanfaat, seperti yang juga dinyatakan oleh Barry:

These findings also call into question the belief that bankruptcy practice in the certain periode has effectively cured the debt overhang problem. Even for those who believe that modern trend of creditor

⁷⁵ Bradley Hansen, *Bankruptcy Law in the United States*, Makalah, Mary Washington College, yang dimuat di internet tanggal 2 Januari 2010, pukul 17:21

⁷⁶ Barry E. Adler et al., *Theory and Evidence on the Bankruptcy Initiation Problem*, Barry Adler@nyu.edu.

*control in Chapter 11 is a positive one, encouraging eventual optimal disposition of distressed firm, the effects of the trend are self-limited.*⁷⁷

Hasil penelitian ini meragukan kepercayaan bahwa praktek kepailitan dalam periode tertentu efektif dalam menyelesaikan masalah utang-piutang. Oleh karena itu bagi mereka percaya bahwa perkembangan baru dari perlindungan kreditor dalam *Chapter 11* merupakan hal yang positif, dalam memulihkan perusahaan-perusahaan dalam kesulitan keuangan, pengaruh dari perkembangan ini masih terbatas di Amerika Serikat.

Dalam banyak kasus, hukum kepailitan telah digunakan oleh para kreditor sebagai alat untuk menagih utang dan bukan sebagai alat untuk mencari jalan keluar dari keadaan ketidakmampuan untuk membayar utangnya. Dari perjalanannya, hukum kepailitan dalam konsep likuidasi ini menurut Mark S. Scarberry tidak lagi efisien karena biaya yang dibebankan kepada masyarakat untuk melakukan likuidasi suatu perusahaan cukup tinggi dan pengrusakan terhadap nilai aset akibat likuidasi perusahaan ini akan mengurangi kesejahteraan masyarakat. Kehilangan lapangan pekerjaan akan menimbulkan biaya tambahan sosial, seperti tambahan untuk pembayaran asuransi tenaga kerja dan asuransi sosial dan mengurangi pembayaran pajak. Bertambahnya pengangguran juga akan menimbulkan peningkatan biaya sosial lain, seperti meningkatnya kemiskinan dan tindak kejahatan.⁷⁸ Menurut Paulus Efendi Lotulung, kepailitan PT Arafat menjadi bukti bahwa pranata kepailitan memakan waktu yang sangat lama, walaupun hakim komisarisnya

⁷⁷*Ibid.*

⁷⁸M.S. Scarberry et.al., *Business Reorganization in bankruptcy, Case And Materials, American CaseBook Series*, West Publishing Co, st. Paul, Minnesota, 1996, hlm. 3.

telah berganti-ganti hingga empat kali, akan tetapi sampai sekarang belum tuntas penyelesaiannya.⁷⁹

Akibat pailitnya perusahaan telah dirasakan bukan saja berpengaruh kepada perusahaan tetapi juga masyarakat luas. Akibat kepailitan terhadap ekonomi sudah menjadi tema sebagaimana yang dialami oleh *Buble Selatan* di Inggris pada akhir abad ke 19, Depresi ekonomi di Amerika Serikat pada tahun 1930 dan banyak pengalaman lain dari arus kepailitan internasional.⁸⁰

Kepailitan korporasi bukan saja untuk kepentingan pelaku bisnis tetapi ada kaitannya dengan pengaruh ekonomi secara makro. Pemilihan korporasi (Badan hukum) untuk menjalankan roda bisnis karena terdapat beberapa keuntungan, seperti pertanggung jawaban yang terbatas terhadap para pemegang sahamnya dan keharusan dalam urusan administrasi lainnya⁸¹ Aspek ekonomi makro berkaitan dengan perseroan terbatas sebagai pelaku utama percaturan bisnis jika perseroan terbatas mengalami kendala dalam kiprahnya, maka ada ongkos sosial. Dalam teori hukum kepailitan modern, kepailitan berfungsi untuk mengatur kondisi ekonomi secara keseluruhan. Tremen menyatakan bahwa *the true purpose of modern bankruptcy law is not punish or deal with some conduct on the part of the debtor, but rather to administer a situation or condition whose economic incidents are of*

⁷⁹Dalam Seminar Hukum Kepailitan yang diselenggarakan oleh Gani Jemat and Partners di Surabaya tanggal 23 Maret 2000.

⁸⁰Paul J. Omar, *Thoughts on the purpose of corporate rescue*, Journal of International Banking Law, 1997.

⁸¹Rudy Prasetya, "Kedudukan Mandiri Perseroan Terbatas," *Disertai dengan Ulasan menurut UU Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas*, Cetakan ke.3, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 50-51.

paramount concern,⁸² dan hukum kepailitan juga berfungsi dalam dunia bisnis untuk menyeleksi usaha yang tidak efisien. Douglas G. Baird menyatakan bahwa:

*This view of bankruptcy law is needed suffer from an obvious difficulty: It may be impossible to discover what course best advances society's interest at large. Even if one wants to save jobs, it does not follow that allowing a bad restaurant to fold reduces the number of jobs in economy. The hardware store that replaced the restaurant equipment might open another restaurant in a different city, become very successful, and need to hire more workers than the owner of the bad restaurant.*⁸³

Kepailitan adalah sebagai alternatif jalan keluar dari kesulitan keuangan dan merupakan penerapan prinsip *commercial exit from financial distress*. Oleh karena itu, hukum kepailitan bukan sebagai alat untuk membubarkan perseroan terbatas yang sedang mengalami kesulitan keuangan.⁸⁴ Perusahaan yang tidak efisien memang berdampak tidak baik terhadap perekonomian dan merupakan beban dari sistem ekonomi. Sebaliknya, perusahaan yang efisien adalah perusahaan yang menghasilkan produk dan jasa dengan harga yang kompetitif, perusahaan harus sedapat mungkin untuk menekan ongkos produksi dengan tidak mengorbankan mutu. Inilah disebut *corporate rescue*. Istilah *corporate rescue* berhubungan dengan perkembangan hukum kepailitan perusahaan di Amerika Serikat. Berdasarkan istilah ini, pemulihan perusahaan merupakan jantung dari konsep ini. Dengan cepat masuk ke

⁸²Tremen, sebagaimana yang dikutip dalam Kevin J. Delaney, *Strategic Bankruptcy : How Corporation and Creditors Use Chapter 11 To Their Advantage*, University Of California, Berkeley , 1998, hlm. 17.

⁸³Douglas G. Baird, *A World Without Bankruptcy*, In: Jagdeep S. Bhandari and Lawrence A. Weiss (ed), *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 1996, hlm. 33.

⁸⁴*Ibid.*

negara maju lainnya, *corporate recue* mengacu kepada istilah mempertahankan keberadaan perusahaan dalam krisis ekonomi dan mempertahankan kapasitas produksi perusahaan yang secara ekonomi masih prospektif, tenaga kerja dan penyelamatan modal dan investasi.⁸⁵ Dengan alasan ini, permasalahan kepailitan dan *corporate rescue* akan menjadi subjek yang akan terus berkembang,⁸⁶ dan perkembangan ini akan mengakibatkan pergeseran konsep dalam hukum kepailitan korporasi.

Penggunaan *Chapter 11* dalam prosedur kepailitan relatif lebih efisien.⁸⁷ Tingkat keberhasilan penggunaan *Chapter 11* mencapai 86%.⁸⁸ Dalam pertemuan ini, terdapat kecenderungan baru dimana di banyak negara telah menerapkan konsep *corporate rescue* dalam kepailitan korporasi. *Recents Internasional trends*,⁸⁹ atau *mainstreams* dalam kepailitan korporasi ini.

Pertama, Adoption of US Chapter 11

Expanding the use of Chapter 11 beyond U.S. companies and exporting Chapter 11 techniques is a continuing trend. European and Latin American companies in particular have been utilizing U.S. Bankruptcy Law and Chapter 11 Proceeding. As a result, U.S. Bankruptcy Courts are enlarging their position as the leading

⁸⁵*Ibid.*

⁸⁶*Ibid.*

⁸⁷ Nico Dewaelheyns et.al., *Filtering Speed in a Continental European Reorganization Procedure*, Faculty of Business and Economics, Belgium, Buletin, Oktober 2007. *Recent empirical studies of U.S. Chapter 11 show it is a relatively efficient procedure. We examine reorganization cases in a continental European, creditor-oriented bankruptcy system, viz. Belgium, and report very different findings. Using hazard regression models to determine what drives the length of time spent in unsuccessful reorganization, we find evidence suggesting that courts have little impact on the screening and filtering process. In fact, virtually all drivers of procedure length prove to have the opposite sign of what one would expect if the procedures would efficiently realize its goals. Instead, the procedures appears to be mainly creditor driven.* Lihat Nico Dewaelheyns et.al., *Filtering Speed in a Continental European Reorganization Procedure*.

⁸⁸*Ibid.*

⁸⁹ *Konsep Corporate Rescue merupakan Internasional Trends.* Lihat Chen Kwai Yee Carrie and Lam Wai Yan, "An Analysis of the Corporate Rescue Objectives: Voluntary Administration in Australia, Administration Order in the United Kingdom and Provisional supervision in Hong Kong," *Jurnal Internasional*, April 2010.

*jurisdiction for international bankruptcy. U.S. bankruptcy lawyers need to be able to consider U.S. bankruptcy options for their non-U.S. clients, as well as foreign insolvency strategies for their U.S. clients.*⁹⁰

Perluasan penggunaan *chapter 11* di luar perusahaan-perusahaan Amerika Serikat dan menyebarnya tehnik-tehnik *chapter 11* merupakan suatu *trend* yang terus berlanjut. Perusahaan-perusahaan Eropah dan Amerika Latin khususnya telah menggunakan Undang-Undang Kepailitan Amerika Serikat dan proses *chapter 11*. Akibatnya, pengadilan pailit Amerika Serikat sedang memperluas posisinya sebagai suatu yurisdiksi kepailitan yang unggul untuk kepailitan internasional, para pengacara kepailitan Amerika Serikat perlu untuk dapat mempertimbangkan kepailitan Amerika Serikat sebagai pilihan bagi *clients* mereka yang bukan orang-orang Amerika Serikat, dan sebagai strategi kepailitan bagi *clients* mereka sebagai orang Amerika Serikat.

Kedua, France

The french goverment, for example, pushed through reforms to make the country's bankruptcy laws more like the chapter 11 model in the

⁹⁰ Martin N. Flicks et al., dalam, Theodoor Bakker, *The Comparative Aspects of Bankruptcy Law: Some Countries' Experiences*," Makalah *Pelatihan Intensif Hakim Niaga*, Hotel Novotel Coralia Bogor, 2004, hlm. 26 . Terjemahannya: Perluasan penggunaan *chapter 11* bukan saja oleh perusahaan-perusahaan Amerika dan penyebaran tehnik dalam *chapter 11* ke luar Amerika ini adalah merupakan suatu kecenderungan yang akan terus berlanjut. Perusahaan-perusahaan Eropah dan Amerina Latin telah menggunakan hukum kepailitan Amerika ini. Akibatnya, pengadilan kepailitan Amerika Serikat telah melebarkan posisinya sebagai yurisdiksi pengadilan kepailitan internasional. Para pengacara kepailitan Amerika perlu untuk mempertimbangkan opsi kepailitan Amerika Serikat untuk orang-orang di luar orang Amerika dan strategi kepailitan asing bagi orang-orang Amerika.

Penggunaan *Chapter 11* oleh perusahaan yang bukan perusahaan Amerika Serikat yang mengajukan permohonan reorganisasi dalam hukum kepailitan di pengadilan Amerika Serikat. Putusan pengadilan Amerika Serikat ini diakui di pengadilan di luar Amerika Serikat berdasarkan *Ancillary proceedingsection 304 US Bankruptcy Code*, yang pernah diterapkan dalam kepailitan *Avianca* dan *Yukos* di pengadilan Amerika Serikat. Dengan perkara ini, disebutkan bahwa *recent trends in international Chapter 11 cases* dan penyebaran ide *Chapter 11* oleh Pengadilan Amerika Serikat ke negara lain. Penjelasan ini dapat dilihat hasil penelitian Mark Hoogland, yang dimuat dalam *Texas International Law Journal*, Vol. 41: 145, dengan judul: *Recent Trends in International Chapter 11 Cases : Pragmatic Reorganizations*.

US. The reforms included strengthening the regkemet amiable, an out-of-court procedure aimed at heading off bankruptcy fillings. The french goverment offered legal guarantees and privileges to new-money lenders to troubled companies. In addition, companies will be able to seek protection from creditors while they try to solve their financial problems, along the same lines as Chapter 11 bankruptcy protection.⁹¹

Pemerintahan Perancis melalui reformasi yang dipaksakan untuk membuat hukum kepailitannya yang lebih mirip model *chapter 11* di Amerika Serikat. Reformasi ini termasuk yang menekankan perlakuan yang lebih tepat, suatu prosedur yang dilakukan di luar pengadilan yang bertujuan untuk menghentikan permohonan pailit. Pemerintah Perancis menawarkan jaminan hukum dan keistimewaan untuk memberikan pinjaman baru kepada perusahaan perusahaan pailit. Disamping itu, perusahaan-perusahaan mendapat perlindungan dari para kreditor ketika mereka mencoba mencari jalan keluar dari masalah keuangannya, sama dengan perlindungan yang dilakukan daam *Chapter 11*.

Ketiga, Japan

Japan's new corporate rehabilitation law brings its bankruptcy system closer to that of U.S., the key points to the new law are that companies can apply for court protection before their liabilities surpass their assets, and that this move needs the approval of half a company's creditors, down from the previous three-fourth. The goverment said it made the change to help ailing companies rebuild themselves before assets values erode and employees bolt for other jobs. The law should also facilitate transfer of operation of failed company to its buyer.⁹²

Hukum rehabilitasi perusahaan yang baru di Jepang menjadikan sistem kepailitannya yang lebih mirip kepailitan Amerika Serikat. Perkembangan

⁹¹Vivek Ahuja, "French Bankruptcy Proposals Gave Way for High-Yield Growth," *Financial News*, Akses 10-26-2003

⁹²*Ibid.*, "Bankruptcy Law Broadens Protection," *The Nikkey Weekly*, hlm. 6, Akses 04-10-2000.

yang penting dalam hukum kepailitan yang baru itu dimana perusahaan-perusahaan dapat untuk memohon perlindungan pengadilan sebelum kewajiban perusahaan tersebut melebihi kekayaan perusahaan dan usaha ini memerlukan persetujuan dari setengah kreditor perusahaan, paling sedikit tiga perempat dari setengah kreditor perusahaan tersebut. Pemerintah menyatakan perlindungan ini merupakan perubahan untuk membantu perusahaan-perusahaan yang sakit membangun kembali perusahaan-perusahaan mereka sebelum nilai kekayaan perusahaan mengalami penurunan dan para pekerja keluar mencari pekerjaan lain. Hukum seharusnya juga memfasilitasi pengalihan operasional perusahaan pailit kepada pembelinya.

Keempat, Australia

However, where some pro-creditor regimes such as Australia attempt to adopt the American model system for corporate rehabilitation, some basic differences remain. Kath Walters menyatakan:

"In particular, the lines of Chapter 11 of the United States Bankruptcy Act, which provides greater protection for companies and their directors in the process of rehabilitating companies in turmoil."⁹³

Bagaimanapun, dimana sebagian rezim pro kreditor seperti Australia berusaha untuk , mengadopsi sistem model Amerika Serikat bagi rehabilitasi perusahaan, dalam hal ini masih adan perbedaan yang mendasar, sebagaimana yang disebutkan oleh Kath Walters: Terutama, bentuk-bentuk *chapter 11* Undang-Undang Kepailitan Amerika Serikat, yang memberikan perlindungan yang lebih kepada perusahaan dan para direksinya di dalam proses rehabilitasi perusahaan yang dalam kesulitan keuangan.

⁹³Kath Walters, *op. cit.*, hlm. 8.

Kelima, trends in Asia: Restructuring vs liquidation

Asia has continued to ride the waves of insolvency reforms, which has resulted in new laws. With the insolvency reform revolution, many Asian Economies now have adequate insolvency regimes, while others have made new strides by enacting legislation that incorporates internationally recognised standards.

However, when one reviews that reforms that have been undertaken, it appears that the focus was primarily on introducing the restructuring process. Very little notice is given to the remedy of liquidation. A survey of insolvency regimes indicated that notable exceptions (Singapore, Malaysia and Hongkong) many of the jurisdictions still do not have well-functioning and effective liquidation processes. Additionally, many do not provide for the conversion from rescue to liquidation.⁹⁴

Negara Asia melanjutkan untuk melakukan perkembangan reformasi kepailitannya menjadi hukum yang baru. Dengan revolusi reformasi kepailitan, banyak ekonom asia merasa sudah cukup dengan rezim kepailitan yang ada, sedangkan yang lainnya melakukan membuat langkah baru dengan mengesahkan undang-undang yang disesuaikan dengan standar internasional yang diakui. Bagaimanapun, ketika seseorang mengkaji ulang melalui reformasi yang telah dilaksanakan, reformasi ini memperlihatkan bahwa fokusnya adalah terutama memperkenalkan proses restrukturisasi. Sangat sedikit sekali perhatian diberikan untuk melakukan likuidasi. Penelitian terhadap rezim kepailitan menunjukkan bahwa dengan pengecualian (Singapura, Malaysia dan Hongkong) sebagian besar dari yurisdiksi tersebut masih belum berfungsi sempurna dan belum mempunyai proses likuidasi yang efektif. Disamping itu, sebagian besar belum menyediakan konversi dari penyelamatan perusahaan ke likuidasi.

⁹⁴ Clare Wee, *The Asia-Pacific Restructuring and Insolvency Guide 2003/2004* : Comment; Asia Development Bank Publication, hlm. 14, dalam Theodor Baker, *op. cit.*, hlm. 28.

Penerapan konsep⁹⁵ *corporate rescue* dalam kepailitan korporasi sebagaimana diuraikan di atas dapat merupakan pergeseran konsep,⁹⁶ atau teori dalam hukum kepailitan korporasi. Penerapan konsep likuidasi dalam kepailitan korporasi hanyalah merupakan *ultimum remedium*. Pergeseran teori atau konsep dalam hukum kepailitan korporasi ini dapat merupakan pergeseran paradigma menurut Brendan Edge Worth dalam *old theories : new paradigma dan law in the paradigmatic transition*.⁹⁷

Pada pertemuan *Forum for Asia Insolvency Reform (FAIR)*, yaitu suatu forum pertemuan negara-negara Asia yang mendiskusikan reformasi hukum kepailitan berpendapat bahwa hukum kepailitan di negara Asia lebih cenderung kearah likuidasi, hukum kepailitan yang lebih bertujuan untuk melikuidasi aset perusahaan ini ternyata tidak menguntungkan bagi kreditor, sebaiknya negara-negara di Asia menerapkan *corporate rescue* dalam konsep kepailitan korporasi. Konsep *corporate rescue* ini dapat juga memberikan perlindungan kepentingan kreditor dalam proses kepailitan (*creditor participation in insolvency proceeding*)⁹⁸ dan akan lebih baik dari pada

⁹⁵Secara leksikal kata konsep mengandung arti ide pokok yang mendasari suatu gagasan yang bersifat umum. Lihat A.S. Hornby, et.al (Ed), *The Advance Learner's Dictionary of Current English*, Cet. XVIII, London, Oxford University Press, 1973, hlm. 376. Atau ide tentang sesuatu. Lihat W.T. McCleod (Ed), *Collins Gem Learner's Dictionary*, Cet. III, London, CollinsSon & Co. Ltd., 1980, hlm.121.

⁹⁶ Pengertian paradigma disini adalah seperangkat konsep yang berhubungan dengan satu sama lain secara logis membentuk suatu kerangka pemikiran, yang merupakan konsensus terluas dalam suatu bidang tertentu (Lili Rasjidi et.al., *Hukum sebagai suatu sitem*, Fikahati aneska, Bandung, 2012, hlm. 102). Pergeseran paradigma adalah sebagaimana yang dimaksud oleh Thomas Khun dalam *The Structure of Scientific Revolutions* (Lord Lloyd Of Hampstead, Q.C. et.al, *Introduction to Jurisprudence*, Steven & Son, London, 1985, hlm. 40.

⁹⁷Brenden Edge Worth, *Law, Modernity, Postmodernity, Legal Change in the Contracting State*, Ashgate, Burlington, USA, 2003, hlm. 98 dan 128.

⁹⁸*Ibid.*, hlm. 2. Disebutkan bahwa *all of these laws contained corporate rescue provisions which emphasised the importance of creditor involvement. These included the corporate restructuring provisions found in Chapter 11 of the U.S. Bankruptcy Code, the voluntary administration procedures*

melakukan likuidasi terhadap aset-aset debitor perusahaan. Perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan (*financial distress*) tidak langsung dilikuidasi. Ada dua tujuan dari konsep *corporate rescue*, atau penyelamatan suatu perusahaan dari kesulitan keuangan,⁹⁹ yaitu menempatkan perusahaan yang bersangkutan dalam pengelolaan (*placing the company into administration*); dan mendorong suatu untuk melakukan penundaan pembayaran utang (*making a company voluntary arrangement*). Menempatkan perusahaan dalam pengelolaan dengan menunjuk orang atau badan hukum untuk mengelola perusahaan tersebut sebagai pengurus (*trustee*) yang ditunjuk oleh pengadilan atau kreditor atau oleh direksi perusahaan yang bersangkutan. Pengelolaan ditujukan untuk menerapkan konsep *corporate rescue*.¹⁰⁰ Sedangkan dalam penundaan pembayaran utang, perusahaan dapat melakukan penjadualan ulang pembayaran utang, restrukturisasi utang, mencari pinjaman utang baru dan melakukan perjumpaan utang (*set off*). Di negara lain, untuk melakukan *corporate rescue* ini dilakukan sebelum permohonan pailit diajukan ke pengadilan, atau sebelum debitor dinyatakan pailit oleh pengadilan. Setelah dinyatakan pailit, debitor tidak lagi berhak untuk mengajukan program *corporate rescue* (perdamaian). Hal ini sebagai konsekuensi sistem pilihan dalam hukum kepailitan yang diatur dalam chapter 7 dan 11 *US Bankruptcy code*. Ketika prosedur yang ditempuh adalah *chapter 7*, maka prosedur yang dipilih adalah likuidasi terhadap budel debitor

of part 5.3A of the Australian Corporations Act and the Administration Order Procedures of the 1986 U.K. Insolvency Act.

⁹⁹Denis Keenan and Sarah Riches, *Business Law*, Pearson Longman, England, seven edition, 2005, hlm. 208.

¹⁰⁰*Ibid.*, hlm. 209.

dan ketika prosedur dalam *chapter 11* yang ditempuh maka *corporate rescue* yang akan diterapkan. Prinsip ini juga berlainan dengan konsep perdamaian dalam hukum kepailitan Indonesia dimana debitor pailit masih berhak untuk menawarkan suatu perdamaian kepada semua kreditor secara bersama dalam jangka waktu paling lambat 8 (delapan) hari sebelum diadakannya rapat pencocokan utang (rapat verifikasi). Ketentuan ini tidak lazim dalam hukum kepailitan kecuali hukum kepailitan Belanda.

Konsep yang penting dalam *corporate rescue* adalah konsep *debtor in- possession (DIP)* dimana pengurusan seluruh bisnis dan aset-aset debitor masih berada di bawah pengelolaan debitor yang dilakukan untuk kepentingan para kreditornya.¹⁰¹ Konsep ini digunakan dalam *Chapter 11 USC*, Trustee tidak ditunjuk, berlainan dengan penggunaan *chapter 7 USC* dalam konsep likuidasi dimana segala pengurusan aset dan bisnis debitor di bawah pengurusan Trustee, yang berbentuk perusahaan yang berbadan hukum (yang dalam PKPU dilakukan oleh Pengurus). DIP bukanlah perseorangan akan tetapi lebih mengacu kepada manajemen debitor, seperti karyawan dan direktur perusahaan semuanya adalah perwakilan dari DIP.¹⁰² DIP melanjutkan bisnis perusahaan debitor sebagaimana yang ditentukan dalam perkara kepailitan. Pekerjaan ini bukanlah sesuatu yang mudah. Selain itu, untuk memenuhi syarat normal dalam menjalankan bisnisnya, DIP (yaitu manajemennya) harus mengirimkan laporan yang menjadi kewajibannya kepada pengadilan kepailitan (*the bankruptcy court*) dan *US Trustee (trustee*

¹⁰¹ Thomas J. Salerno, et al. *op. cit.*, hlm. 37-38.

¹⁰² *Ibid.*

tidak sebagaimana yang dimaksud *Chapter 7*.¹⁰³ DIP harus bekerja secara tetap bernegosiasi dengan para kreditornya untuk mencapai kesepakatan dan memformulasikan strategi reorganisasi. DIP memerlukan banyak tenaga ahli untuk melakukan tugasnya.

DIP dituntun dan dilindungi oleh *business judgment rule*.¹⁰⁴ Konsep yang biasa digunakan dalam dan diluar hukum kepailitan. Yang membedakannya dalam hukum kepailitan adalah seketika perusahaan dalam insolven, karyawan dan direktornya mempunyai kewajiban terhadap kreditor dan pemegang saham. Seberapa besar kewajiban ini masih dalam perdebatan. Hal yang tidak menjadi perdebatan adalah keputusan bisnis yang dibuat oleh DIP hampir selalu dinilai dari perspektif hal-hal yang terbaik bagi para kreditor debitor yang bersangkutan. Dalam kenyataannya, jika manajemen debitor insolven kelihatan berulang kali menempatkan kepentingan pemegang saham di atas kepentingan para kreditor, bersarakan *Chapter 11 USC trustee* ditunjuk untuk membantu DIP. Untuk menjamin kelangsungan checks and balances oleh para pelaksana dalam proses reorganisasi yang akan selalu menjamin bahwa tindakan DIP tetap sesuai dengan *fiduciary duties*.¹⁰⁵

Di negara lain, *corporate rescue* ini dilakukan sebelum permohonan pailit diajukan ke pengadilan, atau sebelum debitor dinyatakan pailit oleh pengadilan. Setelah dinyatakan pailit, debitor tidak lagi berhak untuk mengajukan *corporate rescue*. Hal ini sebagai konsekuensi sistem pilihan dalam hukum kepailitan yang diatur dalam *chapter 7 dan 11 US Bankruptcy*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, hlm. 167-168.

¹⁰⁵ *Ibid.*

code. Ketika prosedur yang ditempuh adalah *chapter 7*, maka prosedur yang dipilih adalah likuidasi terhadap budel debitor dan ketika prosedur dalam *chapter 11* yang ditempuh maka *corporate rescue* yang akan diterapkan.¹⁰⁶ Prinsip ini juga berlainan dengan konsep perdamaian dalam hukum kepailitan Indonesia dimana debitor pailit masih berhak untuk menawarkan suatu perdamaian kepada semua kreditor secara bersama dalam jangka waktu paling lambat 8 (delapan) hari sebelum diadakannya rapat pencocokan utang (rapat verifikasi). Ketentuan ini tidak lazim dalam hukum kepailitan kecuali hukum kepailitan Belanda.

Ada dua tujuan utama dari hukum kepailitan, yaitu *to return funds to creditors dan to rehabilitate the bankrupt*.¹⁰⁷ Untuk mencapai tujuan ini, hukum kepailitan modern harus mengikuti prinsip-prinsip sebagai berikut:

1. *an impartial and efficient administration for distributing the property of debtors among their creditors;*
2. *Administrative process in which debtor and creditor can participate with the least possible delay and expense;*
3. *a convenient means of collecting or recovering property of debtor that can be applied toward the payment of their debts and liabilities;*
4. *protection of the public interest by punishing the fraudulent and by releasing innocent debtor hit by misfortune.*¹⁰⁸

Di Inggris, menurut *Insolvency Act 1986*, sebelum suatu perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan dilakukan penyelamatan terlebih dahulu. *Rescue* adalah suatu intervensi utama yang dibutuhkan untuk mencegah kegagalan perusahaan, berdasarkan pertimbangan *Cork Committee* bahwa:

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Lihat Paul Latimer, *Australian Business Law*, 1998, CCH Australian Limited, Sydney, NSW, 2001, hlm. 885-886.

¹⁰⁸ *Ibid.*

*A concern for the livelihood and well-being of those dependent upon an enterprise which may well be the lifeblood of a whole town or even an region is a litigitimate factor to which a modern law of insolvency must have regard. The chain reaction consequences upon any given failure can potentially be so disastrous to creditors, employees and the company that it must not be overlooked.*¹⁰⁹

Corporate rescuediterapkan melalui *Company Voluntary Agreement (CVA)*, yang merupakan *London Approach* dalam hukum kepailitan dan CVA ini menjadi konsep dalam hukum kepailitan korporasi Inggris.¹¹⁰

Di Perancis,¹¹¹ karena adanya krisis ekonomi telah merubah konsep hukum kepailitannya dengan menerapkan reorganisasi atau restrukturisasi utang ke dalam *commercial code*, yaitu dalam bentuk *pre-insolvency measures*.¹¹² Demikian juga Jepang. Jepang telah melakukan pembaharuan hukum kepailitan dengan menganut *rehabilitation type of insolvencies*, yaitu *corporate reorganization procedures*. Prosedur ini sama dengan *Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code*.¹¹³

Di Belanda, walaupun undang-undang kepailitannya telah berusia tua, ada pemikiran bahwa likuidasi perusahaan dipandang sebagai pemusnahan modal. Melalui pra advis tahun 1983, Perhimpunan Hukum Dagang Belanda berinisiatif untuk membentuk komisi untuk menyusun Rancangan Undang-Undang (RUU)

¹⁰⁹ Dikutip dari Andriani Nurdin, *Kepailitan BUMN Persero berdasarkan asas kepastian hukum*, PT. Alumni, Bandung, 2012, hlm. 167.

¹¹⁰ John Flood, et.al., "*The Professional Restructuring of Corporate Rescue Company Voluntary Arrangements and London Approach*," *Research Report 45*, University of Westminster, London, 1995. Dalam penelitian ini John Flood et.al., menggunakan *theory of the collective management of uncertainty in situations of great risk*, yang menyimpulkan bahwa suksesnya CVA ini karena adanya kepercayaan (*trust*) dari para kreditor kepada debitor terhadap resiko (*risk*) pengembalian utang dengan menggunakan CVA.

¹¹¹ James R. Silkenat and Charles D. Schmerler, *The Law of International Insolvencies and Debt Restructurings*, Oceana Publication, New York, 2006, hlm. 143.

¹¹² *Ibid.*, hlm. 144.

¹¹³ *Ibid.*, hlm. 280.

konsep reorganisasi dan pemulihan perusahaan.¹¹⁴RUU ini memungkinkan suatu moratorium umum bagi perusahaan-perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan dan mengikat semua kreditor.Selama masa itu (*stay*) perusahaan dapat melakukan pemulihan bisnisnya.

Reorganisasi perusahaan yang merupakan salah satu *corporate rescue* ini juga merupakan batasan (*limits*) untuk mencegah penyalahgunaan hukum kepailitan dalam penagihan utang dan bertujuan untuk menyelamatkan perusahaan yang masih prospektif secara ekonomi dan sebaliknya, perusahaan yang sekarat haruslah dilikuidasi. White menyatakan seperti yang dikutip oleh Nico Dewaelheyns bahwa:

*The ultimate goal of this process is to save companies that are financially distress but economically viable. This implies the bankruptcy system should function as filtering device. In the case of perfect filtering, efficient companies would always be reorganized and inefficient firms would be liquidated.*¹¹⁵

Jay Lawrence Westbrook menyatakan:

*if that is true, the well known fact that liquidation tends to destroyed value means that a large amount of value might be destroyed unnecessarily without a mechanism for enabling viable business to weather an externally triggered storm. Reorganization would result some group of beneficiaries retaining substantially greater value.*¹¹⁶

¹¹⁴Mr. J.B. Huizink, *Insolventie*, Alih Bahasa oleh Linus Bahasa, Pusat Studi Hukum dan Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004, hlm. 14-15.

¹¹⁵Nico Dewaelheyns, *loc. cit.* . Terjemahannya :Tujuan akhir dari proses ini adalah penyelamatan perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan tetapi masih prospektif. Proses ini juga merupakan batasan dalam penggunaan hukum kepailitan dimana perusahaan yang masih efisien harus diorganisasi, sedangkan perusahaan yang tidak efisien harus di likidasi.

¹¹⁶Stijn Classen, Simeon Djankov, Ashoka Mody (ed), *Resolution of Financial Distress, An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws*, The World Bank, Washington, 2001, hlm. 51. Terjemahannya : Kenyataannya likuidasi lebih cenderung merusak nilai bagi perusahaan-perusahaan yang masih propektif, sedangkan reorganisasi perusahaan secara kolektif akan memperoleh nilai pengembalian utang yang lebih baik.

Upaya-upaya untuk merehabilitasi perusahaan yang dalam kesulitan keuangan ini juga terlihat dalam *principles for multy-bank workouts* atau *statement of principles for a global approach to multi-creditor workouts*. Prinsip-prinsip ini pada tahun 2000 disusun oleh INSOL International yang dinaungi oleh INSOL Lender Group. Pada dasarnya ketujuh prinsip yang dituangkan dalam panduan tersebut adalah hasil pengamatan yang telah berlangsung selama kurang lebih 30 tahunan, yang akhirnya mengantarkan para kreditor dan lembaga keuangan internasional yang tergabung dalam INSOL tersebut, pada suatu keyakinan bahwa sebagai kreditor:

*they can achieve better returns through supporting an orderly and expeditious rescue or workout of a business in financial difficulty than by forcing it into formal insolvency.*¹¹⁷

Dalam sejarahnya, Erick Brunsstad Jr,¹¹⁸ menjelaskan bahwa hukum kepailitan telah berkembang dan bermacam-macam jenisnya, dari yang sangat sederhana sampai yang kompleks, dari yang manusiawi ke hal yang immoral. Sampai saat ini, hukum kepailitan dapat diklafikasikan dalam bentuk: pertama, *debt collection*; kedua, *debt for forgiveness*; ketiga, *debt adjusment*. Konsep *corporate rescue* terletak dalam konsep *debt adjusment*.

Sama halnya dengan penerapan konsep *corporate rescue* dalam pertemuan FAIR tersebut di atas, hukum kepailitan memang dibuat untuk melindungi kepentingan kreditor dimana hukum kepailitan berfungsi sebagai *debt*

¹¹⁷ *Statement of Principles for a Global Approach to Multy-Creditor Workouts*, INSOL International-London, 2000, hlm. 4.

¹¹⁸ Eric Brunsstad, "Bankruptcy and Problems of Economic Futility on the Unique Role of Bankruptcy Law," *The Business Lawyer*, Vol. 55, February, 2000, dikutip dari Seminar *Sehari Revitalisasi Tugas dan Wewenang Kurator/Pengurus, Hakim Pengawas & Hakim Niaga dalam Rangka Kepailitan*, *Proceedings*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, Cet. I, 2004.

collection, yang bertujuan untuk melikuidasi aset-aset debitor untuk kepentingan para kreditornya. Konsep ini berkembang dalam paradigma hukum *positivistic legalistic*, berdasarkan teori *Jakson's creditor bargain* yang mengutamakan likuidasi (*mandatory insolvency and liquidation of assets*). Konsep yang pada awalnya juga dianut oleh *Capter 7 U.S. Bankruptcy Code* dan hukum kepailitan Inggris (*the English-influenced creditor oriented system*), hukum kepailitan Belanda, dan hukum kepailitan Indonesia. Namun dalam kenyataannya konsep inipun tidak dapat melindungi kepentingan kreditor. Kreditor hanya memperoleh bagian yang sedikit dari proses likuidasi ini karena harus membagi sisa aset-aset debitor secara pro rata diantara para kreditor.¹¹⁹

Di banyak negara pada saat ini, *corporate rescue* menjadi *key concept* dalam kepailitan korporasi. Di Amerika Serikat, hukum kepailitan menekankan pada rehabilitasi (*reorganisasi*) terhadap debitor. *The Bankruptcy Act of 1898* undang-undang pertama yang menerapkan konsep ini. Debitor mendapat perlindungan dari para kreditornya dan debitor ditempatkan dalam *equity receivership*. Selanjutnya, karena gejolak ekonomi melahirkan *Bankruptcy Act 1933* dan *Bankruptcy Act of 1934*. Pada tahun 1934 itu *US. Supreme Court* menyatakan bahwa tujuan hukum kepailitan adalah memberikan kesempatan kepada debitor untuk memulai lagi bisnisnya (*fresh start*), yang bebas dari beban finansial (*financial burden*).

Kepailitan korporasi ini di berbagai negara diatur dalam undang-undang yang berbeda-beda. Ada yang diatur dalam hukum kepailitan dan ada yang diatur

¹¹⁹*Ibid.*

dalam hukum perseroan (*company law*).¹²⁰ Hukum kepailitan Indonesia yang tidak membedakan kepailitan korporasi dengan perorangan atau kepailitan korporasi. Hukum kepailitan korporasi termasuk juga dalam undang-undang kepailitan. Sebaliknya di negara-negara *common law*, kepailitan korporasi diatur dalam Undang-Undang Perseroan Terbatas (*corporate law*). Istilah yang dipakai dalam kepailitan korporasi pada umumnya adalah *corporate insolvency*, kecuali Amerika Serikat tetap menggunakan *corporate bankruptcy*,¹²¹ walaupun istilah *bankruptcy* lebih mengarah pada kepailitan perorangan. Di bawah ini akan diuraikan ukuran pailit dan bentuk-bentuk kepailitan korporasi (*corporate insolvency law*) yang dianut di negara-negara *common law*, Amerika Serikat dan negara-negara lain. *Key concept* kepailitan korporasi ini adalah reorganisasi, yang merupakan konsep *corporate rescue*, adalah:

*“The action that may allow a company to emerge from chapter 11. It consists of a series of agreements between the company, its creditor, and the court which allow for the company to replay its debts and alter its structure to prevent the same problem from arising again”*¹²²

Ada dua tujuan dari penerapan konsep *corporate rescue*, atau penyelamatan suatu perusahaan dari kesulitan keuangan:¹²³ Menempatkan perusahaan yang bersangkutan dalam pengelolaan (*placing the company into administration*) dan menempatkan perusahaan dalam pengelolaan dengan menunjuk orang atau badan hukum untuk mengelola perusahaan tersebut sebagai pengurus (*trustee*) yang ditunjuk oleh pengadilan atau kreditor atau oleh direksi perusahaan yang

¹²⁰ Andrew Key, *Insolvency, Personal and Corporate Law and Practice*, John Libbey, Third Edition, 1998, hlm. 3, 271, 327, 347, 361.

¹²¹ Lihat Thomas J. Salerno, et. al., *loc. cit.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ Denis Keenan and Sarah Riches, *Business Law*, Pearson Longman, England, Seven Edition, 2005, hlm. 208.

bersangkutan. Pengelolaan ditujukan untuk menerapkan konsep *corporate rescue*.¹²⁴

Konsep ini dianggap dapat melindungi banyak kepentingan, bukan saja melindungi kepentingan debitor dan kreditor, tetapi juga kepentingan pemegang saham (investor), tenaga kerja, dan kepentingan umum (*public interest*).¹²⁵

Konsep ini dikenal dengan reorganisasi, atau *corporate rescue, suspension of payment*, dengan filosofi efisiensi ekonomi untuk semua pihak, yaitu debitor, kreditor, stakeholder lainnya (karyawan) dan juga negara (*macroeconomy*), dengan tetap menekankan kelangsungan hidup perusahaan (*going concern principle*).¹²⁶

Konsep hukum kepailitan itu lahir sebagai kritik terhadap hukum kepailitan yang hanya melindungi kepentingan kreditor saja berdasarkan teori *Jackson creditor bargaining*, yang bersifat normatif, atau *positivistic legalistic* dimana hukum kepailitan dipandang hanya sebagai *debt collection* untuk memaksa debitor membayar utang-utangnya dengan melikuidasi aset-aset debitor tersebut.¹²⁷ Korokbin mengakui adanya hubungan hukum kepailitan dengan

¹²⁴*Ibid.* hlm. 209.

¹²⁵ G. Eric Brunstad, Jr. & Mike Sigal, "Competitive Choice Theory and the Broader Implications of the Supreme Court's Analysis in *Bank of Amerika v. 203 North LaSalle Street Partnership*," *54 Business Law* 1475, (1999), hlm. 1516-1518. Lihat juga Elizabet Waren, "Bankruptcy Policy," *54 University Chicago Law Review* 775, (1987), hlm. 777-778, yang memperdebatkan perbedaan antara tujuan dan kebijakan. Lihat Karen Gross, "Failure and Forgiveness, Rebalancing the Bankruptcy System," (1997), yang menyatakan *bankruptcy law should change its priority and other features to provide more protection to those not directly involved but unavoidably affected by bankruptcy process*.

¹²⁶ Pusat Pengkajian Hukum, *Proceeding...*, *op. cit.*, hlm. x. Teori ini menurut Romli Atmasasmita disebut *Teori Hukum Integratif*. Lihat Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif, Rekonstruksi terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Genta Publishing, Bantul, Yogyakarta, 2012;

¹²⁷ J. Armour, "The Law and Economics of Corporate Insolvency: A Review," ECRC, Centre for Business Research, University of Cambridge, *Working Paper*, No. 97, hlm. 9 dan 11. *With an hypotecal bargain would to give rise to rules tending to maximise the wealth available to all creditors.*

kepentingan ekonomi, sosial dan moral serta kepentingan lainnya dalam hukum kepailitan.¹²⁸ Digunakannya konsep *corporate rescued* dalam kepailitan korporasi berdasarkan teori-teori adanya hubungan hukum dengan ekonomi, sosial, moral dan kepentingan lainnya.

Dalam hukum kepailitan Australia, Malleons Stephen Jaques menjelaskan,¹²⁹ bahwa korporasi yang *insolvent*, dapat mengajukan *Part. 5.3.A of the Corporation Law*. Korporasi tersebut ditawarkan empat bentuk alternatif, yaitu *Scheme of Arrangement, Appointment of Receiver, Appointment of Administrator, dan Mortgagee in Possesion*. Karena konsep hukum kepailitan ini melindungi banyak kepentingan, seperti kepentingan ekonomi, politik, etik dan moral. Di samping itu, secara khusus *Chapter 3 Bankruptcy Act Australian* merupakan prosedur hukum kepailitan untuk menghindari dilikuidasinya harta kekayaan debitor pailit. Debitor perseorangan dapat melakukan *debt argeement* dan debitor korporasi dapat melakukan *Scheme of Arrangement* dengan para kreditornya sebagaimana dimaksud dalam *Part X Australian Corporation Law*.¹³⁰ Kedua upaya hukum ini, yaitu persetujuan antara kreditor dan debitor di luar hukum formal kepailitan ini sudah dikenal lama yang ditemukan dalam hukum Romawi dan upaya hukum ini lebih menghemat waktu dan biaya daripada melakukan hal-hal yang sangat teknis.¹³¹ *Scheme of Arrangement*

¹²⁸ Korokbin, sebagaimana yang dikutip oleh Helen Anderson, *Theory and Reality in Insolvency Law: Some Contradiction in Australia*, Jurnal yang dimuat di <http://www.comlaw.gov.au/legislation/Bill>, 25 September 2008.

¹²⁹ Malleons Stephen Jaques, *Australian Finance Law*, Third Edition, John Libbey & Company Pte. Ltd, Sydney, NSW, 2000, hlm. 640.

¹³⁰ Andrew Keay, *Insolvency Personal and Corporate Law and Practice*, John Libbey & Company Ltd, Sydney, 1998, hlm. 10.

¹³¹ *Ibid.*, hlm. 163.

merupakan upaya penyelamatan korporasi (*a corporate rescue measure*),¹³² yang tujuannya untuk menghindari dilikuidasinya korporasi dan untuk mengambil

Bentuk-bentuk dari konsep kepailitan korporasi ini dapat dilihat di berbagai negara berikut ini.¹³³ Di Australia di kenal dengan *Voluntary Administration*, adalah konsep *corporate rescue* dan *winding ups* sama dengan likuidasi. Di China dikenal tiga bentuk kepailitan, yaitu *bankruptcy* sama dengan likuidasi, sedangkan *liquidation* adalah pembubaran perusahaan tanpa melibatkan pengadilan dan *restructuring or conciliatory agreement*. Konsep ini tidak sama dengan VA dan *Chapter 11*, tetapi lebih mirip dengan PKPU di Indonesia hanya merupakan penundaan pembayaran utang. Di Perancis, di kenal tiga bentuk konsep kepailitan, yaitu *pre-prebankruptcy proceeding (mandat ad hoc)*, pimpinan perusahaan dapat mengajukan permohonan ke pengadilan menunjuk agen sebagai mandatori untuk melakukan negosiasi utang. *Pre-bankruptcy proceedings* sama dengan konsep sebelumnya hanya saja agen lebih berfungsi sebagai mediator. *Bankruptcy proceeding*, tujuannya untuk memberikan kesempatan kepada perusahaan untuk melakukan pembenahan perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan, untuk mengatasi persoalan tenaga kerja dan membayar utang-utangnya kepada kreditor.

Di Jerman, di kenal konsep kepailitan yang sama dengan konsep likuidasi. *Self administration* adalah konsep yang sama dengan *debtor in possession* dalam hukum kepailitan Amerika Serikat dan *out of court restructuring* adalah

¹³² *Ibid.*, hlm. 328.

¹³³ Theodore Bakker et. al., *Comparative Aspect of Bankruptcy Law: Some Countries' Experiences*, Paper, hlm. 29-48.

persetujuan debitor dengan kreditor di luar pengadilan untuk melakukan restrukturisasi utang karena perusahaan dalam keadaan insolven.¹³⁴ Di Hongkong, dikenal konsep likuidasi, disamping itu juga dikenal dengan *rescue of the debtor's business* sebagai alternatif, dalam bentuk *contractual arrangement between a debtor and all its creditors, bank workouts dan scheme of arrangement under section 166 of the companies ordinance*.¹³⁵ Di Inggris, likuidasi merupakan pendekatan pertama, sedangkan *rescue of the debtor's business* merupakan pendekatan yang baru, dalam bentuk *Administration, Company Voluntary arrangement (CVA) dan Scheme of arrangement under section 425 of the Companies Act 1985*.¹³⁶ Di Amerika Serikat, pendekatan pertama yang harus dilakukan adalah dalam bentuk *voluntary*, yaitu *Chapter 11: reorganisations dan liquidation*. Sedangkan pendekatan alternatif dilakukan dalam bentuk *involuntary*, yaitu memaksa debitor untuk melakukan likuidasi.¹³⁷

C. Corporate Rescue termasuk Kedalam Rezim Hukum Kepailitan untuk Penyelesaian Utang-Utang Korporasi dengan Cara Lain

Sebagaimana diuraikan di atas, Thomas H. Jackson mengkritik *corporate rescue* sebagai konsep dalam hukum kepailitan.¹³⁸ Ketentuan reorganisasi dalam konsep *corporate rescue* dalam hukum kepailitan seharusnya jugadipandang sebagai upaya hukum bagi kreditor terhadap debitornya, yang sekarang menjadi

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, USA, 1986, hlm. 209-224.

norma dalam *Chapter 11 US Bankruptcy Code*. Berasal dari sejarah panjang reorganisasi diterima sebagai bentuk prosedur kepailitan yang lebih bermanfaat. Thomas H. Jackson juga berpendapat bahwa sebenarnya ada perbedaan antara bisnis yang gagal dan persoalan hukum kepailitan untuk menyelesaikannya. Persoalan bisnis yang gagal bukanlah persoalan kepailitan.

Hukum kepailitan berperan ketika ada sejumlah kreditor dan potensi penyelesaian utang secara bersamaan, atau *common pool problem*. Sedangkan persoalan bisnis yang gagal dapat terjadi tanpa adanya *common pool problem*. Jadi, *common pool problem* terjadi tanpa adanya persoalan kegagalan bisnis. Dengan ungkapan lain, tidak ada hubungan antara apakah perusahaan akan tetap berjalan dan persoalan keluar dari *common pool problem*. Jika bagi perusahaan tetap menjalankan bisnisnya karena persoalan tenaga kerja atau demi kepentingan umum, kebijakan yang harus diambil adalah menerapkan hukum konvensional. Adalah salah jika berpendapat bahwa kebijakan substantif reorganisasi (*corporate rescue*) merupakan persoalan yang terlepas dari persoalan tenaga kerja. Kebijakan ini bukan merupakan kebijakan hukum kepailitan, sehingga reorganisasi ini tidaklah relevan dengan kepailitan.¹³⁹

Oleh karena itu, *Chapter 11* tentang ketentuan reorganisasi harus diuji dengan standard apakah reorganisasi menjadi media dalam pengembangan aset untuk kemanfaatan yang besar bagi para kreditornya secara kolektif. Atau, apakah reorganisasi lebih baik bagi para pemiliknya secara kolektif dari pada

¹³⁹*Ibid.*

melikuidasi aset debitor. Perbedaan konsep kunci antara reorganisasi dan likuidasi adalah dalam penjualan aset debitor. Dalam reorganisasi aset dijual kepada para kreditornya, sedangkan likuidasi aset debitor dijual kepada pihak ketiga.¹⁴⁰ Jadi, dalam prosedur reorganisasi penjualan aset perusahaan yang sedang dilanjutkan dilakukan untuk para kreditornya.¹⁴¹

Persoalan yang paling utama dalam menentukan reorganisasi adalah *common pool problem* dalam prosedur tersebut, jika tidak maka likuidasilah yang harus ditempuh. Disamping itu, prinsip pokok dalam hukum kepailitan korporasi adalah prinsip *commercial exit from financial distress*. Kepailitan korporasi haruslah dipandang sebagai jalan pemecahan masalah bagi perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan, bukan sebagai pranata hukum yang bertujuan untuk memusnah perusahaan sebagaimana yang dianut dalam konsep likuidasi. *Corporate rescue* sebagai konsep kepailitan korporasi modern seharusnya juga merupakan penerapan prinsip *commercial exit from financial distress* sebagai prinsip yang diterapkan dalam kepailitan korporasi. Kedua prinsip inilah yang dapat menjadikan *corporate rescue* sebagai konsep dalam hukum kepailitan:

Pertama, corporate rescue juga termasuk kedalam prinsip *strategic misuses vs. common pool problems*. Menurut Sutan Remy Sjahdeini, prinsip ini ditafsirkan harus mendapat persetujuan mayoritas kreditor, atau paling tidak telah terbukti tidak membayar utang-utangnya kepada salah satu atau sebagian besar kreditornya. Pendapat ini akan menimbulkan ketidakpastian

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

hukum. Tidak mungkin bagi kreditor untuk mengetahui apakah debitor tersebut tidak mampu untuk membayar uangnya kepada mayoritas kreditornya.¹⁴² Hal ini hanya dapat dilakukan melalui *legal audit*, menjadi masalah karena atas dasar apa seorang kreditor untuk meminta audit seorang debitor, yang secara *technical* telah *bankrupt* apalagi jika perusahaan tersebut merupakan perusahaan tertutup.

Common pool problem merupakan prinsip hukum kepailitan dalam menyelesaikan hak-hak kreditor dan pemegang hak lainnya terhadap aset debitor pailit.¹⁴³ Konsep ini digunakan untuk meningkatkan nilai aset-aset yang ada untuk kepentingan kolektif dan untuk mengalokasikan tagihan-tagihan dalam bentuk kolektif.¹⁴⁴ T.H. Jackson menyatakan bahwa:

*The basic problem that bankruptcy law is designed to handle, both a normative matter and as a positive matter, is that the system of individual creditor remedies may be bad for the creditors as group when there are not enough assets to go around". Because creditors have conflicting rights, there is a tendency in their debt collection efforts to make bad situation worse. Bankruptcy law responds to this problem.*¹⁴⁵

Dalam Undang-Undang Kepailitan konsep ini disebutkan bahwa untuk menyatakan pailit harus adanya dua atau lebih kreditor. Dikecualikan sebagai kreditor adalah Kantor Pajak. Kantor Pajak tidak dapat bertindak sebagai

¹⁴²Hal ini juga dilakukan oleh Bank Danamon sebagai salah satu kreditor dari PT Modernland Reality ketika dinyatakan pailit oleh pengadilan niaga.

¹⁴³Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, USA, 1986, hlm. 20.

¹⁴⁴*Ibid.*, hlm. 24.

¹⁴⁵*Ibid.*, hlm. 10.

kreditor, baik sebagai Pemohon maupun sebagai kreditor yang ikut rapat verifikasi utang.¹⁴⁶

Pada dasarnya, hukum kepailitan digunakan jika di dalamnya banyak kreditor dan adanya potensi masalah *common pool problem*. Jika adanya kegagalan suatu bisnis disana tidak ada persoalan *common pool problem*, sebaliknya juga *common pool problem* dapat terjadi tanpa adanya persoalan gagal bisnis. Faktanya bahwa suatu bisnis mungkin memiliki kewajiban yang melebihi asets-asetnya, yang tidak ada hubungannya dengan apa yang harus dilakukan terhadap aset-aset debitor yang bersangkutan. Dengan demikian tidak ada hubungannya antara apakah suatu perusahaannya harus terus menjalan bisnisnya dan persoalan *common pool problem*. Adalah pendapat yang salah jika tidak ada hubungan substantif antara kebijakan hukum reorganisasi untuk memberikan kesempatan kepada perusahaan untuk melanjutkan bisnisnya, atau mereorganisasi perusahaannya untuk mengatasi persoalan pengangguran. Kebijakan ini bukanlah kebijakan kepailitan.

Dalam fungsinya sebagai *debt collection*, teori creditor bargain ini harus dihubungkan dengan prinsip *common pool problem*. Hukum kepailitan Indonesia mensyaratkan harus adanya dua kreditor atau lebih, tetapi tidak mensyaratkan adanya persetujuan para Debitor, tetapi sebaliknya persyaratan persetujuan para Debitor ini dianut dalam prinsip *Common pool problem* karena kepailitan merupakan *respons when multiple claimants are likely to exercise individual creditor remedies and the debtor does not have enough assets to satisfy them.*"

¹⁴⁶Lihat Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

¹⁴⁷Prinsip ini disebut *common pool problems*. Hukum kepailitan diperlukan hanya untuk kepentingan kreditor secara kolektif dan disebutkan bahwa "...even though the debtor is insolvent, they might be better off if they held the assets together..."¹⁴⁸

Kepentingan para kreditor ini dalam Undang-Undang Kepailitan dilakukan dalam rapat verifikasi utang Debitor. Pentingnya prinsip perlindungan para kreditor ini (*common pool problem*) dalam rangka penyalahgunaan penggunaan hukum, *it is easy to see that such a case represents misuse of bankruptcy as a debt-collection device because of the absence of the necessary condition of a common pool problem.*¹⁴⁹

Selanjutnya, prinsip *common pool problem* berhubungan dengan prinsip iktikad baik dalam penggunaan hukum kepailitan. Sebagai contoh,¹⁵⁰ Perusahaan konstruksi Tinti dimiliki oleh dua orang yang bersaudara. Pada Tahun 1980 Tinti sebagai anggota asosiasi jasa konstruksi masuk pada tawar-menawar perjanjian kolektif dengan persatuan pengusaha kayu. Tinti mengalami kerugian pada Tahun 1981 sebagian disebabkan oleh terlambatnya konstruksi dan sebagian disebabkan oleh kerugian sebagai akibat penawaran kepada perusahaan-perusahaan di luar asosiasi. Menurut pengadilan, jika Tinti tidak dapat dilepaskan dari kelompok bisnisnya, Tinti akan mengalami kegagalan dan 8 dari 12 pekerjanya akan kehilangan pekerjaan. Dalam perkara ini Tinti tidak mempunyai *common pool problem*. Tinti membeli semua bahan-bahan dalam

¹⁴⁷ Thomas Jackson. *H, The logic and Limits of Bankruptcy law*, Harvard Univ.Press, Cambridge, hlm.197

¹⁴⁸ *Ibid.*, hlm.13.

¹⁴⁹ *Ibid.*, hlm.194.

¹⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 193-195.

bentuk tunai dan tidak pernah memperluas pinjaman, kecuali dalam bentuk tambahan modal dari para pemegang saham. Pada saat itu Tinti mencoba mempergunakan hukum kepailitan. Tinti tidak mempunyai kedudukan untuk melakukan tuntutan kecuali gaji pekerja yang belum dibayar. Jadi, Tinti hanya mempunyai satu kreditor. Tinti tidak dapat mengajukan permohonan pailit. Permohonan ini tidak ada hubungannya dengan akibat buruk dari upaya hukum yang dilakukan secara individual oleh kreditor. Walaupun Tinti mungkin dalam kesulitan keuangan, Tinti hanya mempunyai satu kreditor. Merasa yakin dengan para pemilik saham yang diuraikan dalam permohonan itu, manajemen Tinti ingin melepaskan diri dalam persetujuan kolektif, oleh karena itu menyelamatkan segala sesuatunya untuk kepentingan pemegang saham.¹⁵¹ Di luar kepailitan persetujuan kolektif tidak dapat dihindari; kecuali para pekerja harus meminta persatuan untuk merubah syarat-syarat tenaga kerja.

Di Indonesia penerapan iktikad baik dalam permohonan pailit terjadi dalam perkara PT Panen Djaja Abadi adalah debior telah mengajukan pailit terhadap PT Wiraniaga Langgeng Abadi. Seluruh pemegang saham dan para direksi PT. Panen Djaja telah setuju dan sepakat untuk menyatakan pailit secara suka rela di Pengadilan niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat seperti yang tercantum di akte Rapat Umum Pemegang Saham Luar Biasa No. 5 tanggal 28 Maret 2006 yang disahkan oleh Notaris Hesti Sulistiati Bimasto, SH di Jakarta. Faktanya, saat ini PT Panen Djaja Abdi sudah tidak beroperasi lagi dan seluruh karyawan tidak lagi diperkerjakan sejak bulan Oktober 2005.

¹⁵¹ *Ibid.*

Pemohon pailit mempunyai utang kepada PT Bank Mandiri (Persero) yang beralamat di Plaza Bapindo Lantai 5, City Business, Sudirman Kav. 54-55 Jakarta Selatan, yang selama ini telah dilakukan pembayaran secara teratur, namun mulai bulan September 2005, pemohon tidak lagi melakukan pembayaran, sehingga jumlah utang yang sudah jatuh tempo dan yang tidak dibayar adalah sebesar Rp. 39.500.000.000,- (tiga puluh sembilan milyar lima ratus juta rupiah). Sampai permohonan pailit ini didaftarkan, pemohon pailit masih mempunyai utang pajak kepada Dirjen Pajak yang untuk tahun 2001 sebesar Rp. 383.000.000,- dan untuk tahun 2005 sebesar Rp. 1.204.000.000,- (satu milyar dua ratus empat juta rupiah). Disamping itu, pemohon pailit sampai dengan tanggal 30 Juni 2005 masih mempunyai utang yang sudah jatuh tempo dan belum dibayar kepada KDW Consulting dan pajak sebesar Rp. 310.750.000,- (tiga ratus sepuluh juta tujuh ratus lima puluh ribu rupiah). Pemohon selain itu mempunyai utang-utang kepada kreditorlain berkaitan dengan jasa penyalur atau pemasok bahan dasar dan bahan pembantu pembuatan glukosa dan seterusnya.

Pengadilan Negeri Jakarta Pusat,¹⁵² mengabulkan permohonan pailit tersebut dan menyatakan PT. Panen Djaja Abadi pailit dengan segala akibat hukumnya. PT. Wiraniaga Langgeng telah mengajukan permohonan kasasi dengan alasan bahwa permohonan pailit sukarela yang diajukan oleh PT. Panen Djaja Abadi tersebut bertujuan untuk menghindari kewajiban menyelesaikan pembayaran dan pelunasan utang kepada para kreditornya. PT. Panen Djaja Abadi melakukan

¹⁵² Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 24/PAILIT/2006/PN.NIAGA.JKT.PST.

rekayasa atas data keuangan di dalam laporan keuangannya, terdapat pertentangan antara dalil permohonan dengan nilai utang dalam laporan keuangannya. PT. Panen Djaja Abadi telah mengalihkan seluruh aset-asetnya ke rekening pribadi dan pemegang saham, sehingga seakan akan gambaran finansialnya terlihat dalam keadaan rusak dan pantas untuk dipailitkan. Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sudah pernah memberikan putusan No. 127/PAILIT/2006/PN.NIAGA.JKT.PST.tanggal 10 Mei 2006 yang menolak permohonan sukarela PT.Panen Djaja Abadi.¹⁵³

Mahkamah Agung mengabulkan permohonan kasasi yang diajukan oleh PT.Wiraniaga Langgeng, membatalkan putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan menolak permohonan pernyataan pailit PT. Pane Djaja Abadi tersebut tersebut, dengan pertimbangan bahwa meskipun Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU terpenuhi namun oleh karena permohonan pernyataan pailit yang diajukan oleh debitor Pemohon pailit didasarkan atas iktikad tidak baik sebagaimana terbukti dari laporan keuangan Pemohon pailit tanggal 31 Desember 2005 dibandingkan dengan per tanggal 31 Desember 2004 terdapat perbedaan yang sangat mencolok tanpa dapat dijelaskan sebab-sebab mengapa terjadi penyusutan dari Rp. 32.331.407.631,- menjadi Rp. 13.159.454.790,- bahkan dari keadaan per 31 Desember 2004 sebesar Rp. 32.331.407.631,- dalam hanya 1 hari menjadi sebesar Rp. 3.570.076.005,- pada tanggal 2005. Ternyata Pemohon pailit

¹⁵³Mahkamah Agung RI, *Kumpulan putusan-putusan perkara Niaga*, Tahun 2007.

mempunyai utang pada BNI 46 yang sedang diusahakan untuk diselesaikan tersendiri di luar faillisment, hal ,mana dapat merugikan kreditor lain.

Disamping itu, laporan utang pajak yang seharusnya didahulukan pembayarannya jada dilaporkan secara tidak jelas apakah untuk periode tahun pajak 2005 sebesar Rp. 1.204.000,- ataukah Rp. 1.972.269.570,-Demikian pula dalam perkara No.12/PAILIT/2006/PN.NIAGA.JKT.PST permohonan pailit telah dinyatakan ditolak karena diajukan sebelum ada RUPS seperti yang diharuskan oleh undang-undang, yang juga menunjukkan adanya rekayasa seperti ternyata dari surat kuasa maupun pengajuan gugatan, mendahului adanya RUPS tersebut. Dalam perkara ini semua kreditor yang hadir di persidangan tidak menyetujui jika pemohon pailit dinyatakan pailit atas dasar adanya dugaan rekayasa/debitor mempunyai iktikad yang tidak baik.¹⁵⁴

Dalam hukum kepailitan bagaimanapun juga persetujuan kolektif merupakan kontrak yang sedang berjalan dapat ditolak.Hal ini menggambarkan adanya perubahan yang mendasar dalam hukum kepailitan yang tidak ada hubungannya dengan *common pool problem*. Diperkirakan, aturan ini menjadi masukan dalam penggunaan proses kepailitan untuk melakukan perubahan secara mudah aturan tersebut. Dalam perkara kepailitan Tinti tidak ada unsur *debt collection*.Tidak ada yang memicu peubahan terhadap aset. Menurut pengadilan, dalam perkara ini proses kepailitan telah disalahgunakan, karena syarat *common pool problem* tidak terpenuhi. Dalam perkara tersebut di atas merupakan test untuk membentuk iktikad baik dalam penggunaan hukum kepailitan. Sebagai implikasi

¹⁵⁴*Ibid.*

penggunaan kepailitan *a collective debt collection* yang dibuat untuk menggunakan *common pool problem* akan sangat mengurangi kebutuhan kebutuhan untuk membuktikan adanya iktikad baik.¹⁵⁵

Oleh karena prosedur dalam hukum kepailitan itu berbeda dengan non hukum kepailitan, sangat tidak mungkin untuk menghilangkan strategi penggunaan hukum kepailitan. Dalam sejumlah perkara, pernyataan bahwa aset debitor dalam penilaian yang wajar melebihi kewajibannya berhubungan dengan pernyataan bahwa ada kemungkinan yang substansial bahwa asetnya tidak cukup untuk membayar utang-utangnya ssecara penuh. Dalam hal, walaupun secara teknis debitot masih mampu, bagaimanapun kreditor dapat mengambil aset-aset debitor karena kreditor secara kolektif merasakan akibat yang kemungkinan akan berlanjut, sedangkan keuntungan dari kemungkinan lain akan mempengaruhi kelompok lain, seperti para pemegang saham. Krisis likuiditas karena tidak dapat membayar utang-utangnya ketika jatuh tempo, walaupun nilai-aset-setnya melebihi kewajibannnya. Masalah ini mengaju pada kepailitan keuangan (*cash flow*). Jadi, ketika adanya krisis keuangan yang telah dinyatakan, mungkin perusahaan itu secara faktual pailit dalam pengertian hukum kepailitan.

Di Indonesia, dalam perkara Sumitomo Corporation et. al. kepentingan kreditor lain belum menjadi pertimbangan. Pada tanggal 23 Desember 2002 PT. Satomo Indovyl Monomer telah dimohonkan pailit oleh PT Sulfindo Adi Usaha berdasarkan alasan tidak dipenuhinya kewajiban untuk membayar harga chlorine berdasarkan perjanjian penyediaan chlorine (*chlorine supply agreement*) kepada

¹⁵⁵ Thomas H. Jackson. *loc. cit.*

PT Sulvindo Adi Usaha yang telah menjadi utang. Permohonan pailit ini dikabulkan oleh Pengadilan Niaga Jakarta Pusat dengan pertimbangan bahwa telah terpenuhinya unsur-unsur Pasal 1 ayat (1) jo. Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang Kepailitan.¹⁵⁶

Dengan pailitnya PT. Satomo Indovyl Monomer ini PT. Sumitomo Corporation yang berkedudukan di Surabaya dan Tokyo, Mitsui & Co Ltd dan PT Chandra Asri berkebaratan dan mengajukan permohonan kasasi ke Mahkamah Agung RI dengan alasan PT. Sulfindo Adi Usaha (Pemohon Pailit/Kreditor) adalah pemegang saham mayoritas pada PT. Satomo Indovyl Monomer (Termohon Pailit/Debitor) sehingga kepailitan ini merugikan para kreditor lain ini dan jumlah utang masih menjadi sengketa sebagaimana yang tercantum dalam audit laporan. Permohonan kasasi ini telah dikabulkan oleh Mahkamah Agung dan Mahkamah Agung membatalkan putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat dengan pertimbangan bahwa untuk menentukan harga sementara chlorine yang dapat disetujui oleh para pihak tidaklah bersifat sederhana, sehingga penyelesaian sengketa ini haruslah diselesaikan melalui gugatan perdata.¹⁵⁷

Ditinjau dari segi persyaratan pailit yang ditentukan Pasal 1 ayat (1) jo. Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang Kepailitan No. 4 Tahun 1998 dan berpikir menurut aliran positivisme, putusan-putusan pernyataan pailit itu tidak dapat disalahkan, namun mendapat banyak kritikan karena para Debitor pada umumnya adalah Debitor Solven dimana Debitor tersebut mempunyai kekayaan

¹⁵⁶ Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat No. 10/PAILIT/2002/PN.NIAGA.JKT.PST tanggal 13 Juni 2002.

¹⁵⁷ Putusan Mahkamah Agung No. 04 K/N/2003 tanggal 10 Maret 2003.

yang melebihi utang-utangnya yang harus dibayar kepada para Kreditor dan Pengadilan Niaga tidak mempertimbangkan apakah perusahaan tersebut solven atau tidak.¹⁵⁸ Sedangkan dalam perkara kasasi yang diajukan oleh Sumitomo Corporation, dimana dengan dipailitkannya Debitor menimbulkan kerugian kepada para kreditor lain memberikan kesan bahwa betapa pentingnya mempertimbangkan kepentingan kreditor lain dalam pernyataan pailit itu. Persyaratan persetujuan kreditor secara keseluruhan ini sebelum pernyataan pailit dikenal dalam hukum kepailitan *US Bankruptcy Law* dan Australian Insolvency Law dan dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 persetujuan atau kepentingan para Kreditor ini dapat dilaksanakan dalam rapat verifikasi utang (*Creditor meeting*) saat mana Debitor telah dinyatakan pailit namun kepailitan ini akan benar-benar terjadi dalam rapat verifikasi apabila Debitor benar-benar insolven.

Uraian di atas memberikan gambaran tentang prinsip yang dianut dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 sangat berbeda dengan prinsip hukum kepailitan dimana pemberian pernyataan pailit bukanlah berarti kiamat bagi Debitor. Debitor terlebih dahulu harus dinyatakan pailit apabila persyaratan kepailitan terpenuhi,¹⁵⁹ sedangkan penilaian *insolvent* dan persetujuan para kreditor dilakukan setelah itu, yaitu pada rapat verifikasi utang-utang Debitor. Bagi Debitor yang masih solven setelah pernyataan pailit tersebut dapat melakukan pembayaran utang-utangnya dengan melakukan usaha perdamaian

¹⁵⁸Lihat Hasil Penelitian KHN, *Kebijaksanaan Reformasi Hukum (Suatu Rekomendasi)*, KHN 2003, hlm. 146.

¹⁵⁹Lihat Pasal 2 jo. Pasal 8 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

dengan para Debitornya,¹⁶⁰ dimana terhadap perjanjian perdamaian tersebut dilakukan pengesahan (homoglas) oleh hakim pengawas dan terhadap penetapan perdamaian ini tidak dilakukan upaya hukum kasasi.¹⁶¹ Debitor diharapkan melaksanakan isi perjanjian perdamaian ini dan apabila debitor tidak melaksanakannya barulah Debitor dinyatakan pailit.¹⁶² Dengan demikian persoalan persyaratan solven atau insolven dalam Undang-Undang kepailitan ini tidaklah merupakan persoalan yang relevan lagi. Namun masih menyisakan persoalan sulitnya untuk membedakan penggunaan hukum kepailitan dengan upaya hukum perdata biasa yang harus ditempuh di Pengadilan Negeri, maka setiap perkara utang yang jatuh tempo dan dapat ditagih dapat diajukan ke Pengadilan Niaga.

Kedua, corporate rescue juga termasuk kedalam prinsip *commercial exit from financial distress*. Prinsip *commercial exit from financial distress* ini jika dihubungkan konsep reorganisasi akan terdiri dari tiga unsur.¹⁶³ *Pertama, problem identification*. Secara sederhana, dari perspektif bisnis, apakah perusahaan tersebut benar-benar membutuhkan stabilitas finansial. Permohonan pailit harus menerapkan *exit strategy, not be the exit strategy*. Analisis kritis terhadap fase identifikasi *exit strategy* dalam formulasi terhadap non likuidasi kasus *Chapter 11*, apakah bisnis pokok tersebut masih mempunyai prospek. Berapakah besarnya hasil bersih operasional pendapatan yang ada untuk melunasi utang. Jika bisnis pokoknya rendah atau dicurigai, menempatkan

¹⁶⁰Pasal 159 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

¹⁶¹Pasal 160 (2) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

¹⁶²Pasal 172 (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

¹⁶³Thomas J. Salerno, et.al., *op. cit.*, hlm. 53-56.

perusahaan tersebut di bawah likuidasi mungkin merupakan exit strategy yang terbaik.¹⁶⁴ *Kedua, The exit strategy action items.* Ada beberapa cara yang harus dilakukan: Menghentikan produk-produk yang tidak menguntungkan, menutup pabrik atau toko-toko, mengurangi tenaga kerja atau menjual aset-aset, atau mengurangi bagian yang tidak penting dalam organisasi perusahaan. Meningkatkan operasional *cash flows* dengan cara-cara yang realistis, seperti meningkatkan penjualan/mengurangi pengeluaran, meninjau ulang strategi dan prioritas pasar/produk; Mengurangi pinjaman yang dijamin atau tidak; Mmenambah modal kerja atau saham-saham dari pemegang saham yang ada , atau dari investor pihak ketiga; Mencari strategi calon merger untuk perusahaan yang dalam kesulitan, dan /atau; Menyusun likuidasi; *Using the bankruptcy code to implement the exit strategy.* Jika debitor mempunyai prospek *exit strategy*, perusahaan dan orang-orangnya harus melakukan bagaimana undang-undang kepailitan dapat mengimplementasikan *exit strategy*.¹⁶⁵

Oleh karena itulah timbul perbedaan kepailitan perseorangan dan kepailitan korporasi. Perlakuan terhadap korporasi harus dibedakan dengan kepailitan perseorangan. Dalam kepailitan perseorangan lebih diberlakukan konsep likuidasi atau pailit sedangkan untuk kepailitan korporasi lebih diterapkan konsep *corporate rescue*, sedangkan likuidasi hanyalah merupakan opsi. Di Australia istilah kepailitan, atau *bankruptcy* hanya digunakan untuk kepailitan perseorangan, sedangkan untuk korporasi digunakan istilah *insolvency* karena dalam hukum kepailitan korporasi Australia digunakan bentuk penyelesaian

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

dalam bentuk *insolvency administration*, Likuidasi hanya merupakan opsi, atau pilihan, seperti yang dinyatakan oleh Andrew Keay:

*At one time liquidation was the option when a company was insolvent but as corporations legislation has developed, provision has been made for forms of insolvency administration other than liquidation.*¹⁶⁶

Konsep likuidasi dalam penyelesaian utang-piutang korporasi dengan menggunakan hukum kepailitan merupakan opsi. Artinya, penggunaan konsep ini sebaiknya ditinggalkan. Dengan demikian, menurut penulis telah pergeseran konsep,¹⁶⁷ dalam penyelesaian utang piutang korporasi melalui hukum kepailitan.¹⁶⁸ Dalam konsep likuidasi, hukum kepailitan berfungsi sebagai *a collective debt-collection device*, atau *debt collection law* dan merupakan respon dari penyaluran kredit. Fungsi ini berada pada teori *Jackson's creditor bargain*.¹⁶⁹ Namun pada tahun 1980 terjadi perkembangan lain dimana perusahaan dalam keadaan yang masih prospektif dinyatakan pailit dan harus dilikuidasi. Saat inilah penggunaan hukum kepailitan mendapat kritikan yang sangat luas karena hukum kepailitan seharusnya tidak saja melindungi kepentingan ekonomi tetapi juga moral, political, personal, dan masalah-masalah

¹⁶⁶ Andrew Keay, *Insolvency, Personal and Corporate Law and Practice*, John Libbey, Third Edition, 1998, hlm. 2.

¹⁶⁷ Kata-kata konsep berasal dari kata *concept* dalam Bahasa Inggris, yang berarti *gagasan yang bersifat umum* (A.S. Hornby, et.al.(Ed), *The Advance Learner's Dictionary of current English*, Cet. XVIII, London, Oxford University Press, 1973, hlm. 196 dan juga berarti ide tentang sesuatu (W.T. McLeod (Ed), *Collins Gem Learner's Dictionary* (Cet. III, London, Collins Sons & Co. Ltd, 1980, hlm. 121.

¹⁶⁸ Berpedoman pada *structure of Scientific Revolutions*, oleh T.S. Kuhn adanya pergeseran paradigma dalam ilmu pengetahuan (*shifting of paradigm*) dalam konsep juga terjadi pergeseran., yaitu pergeseran konsep dalam hukum kepailitan korporasi.

¹⁶⁹ Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, USA, 1986, hlm. 1-6.

sosial.¹⁷⁰ Dengan demikian menurut penulis terhadap kepailitan korporasi sebenarnya telah terjadi pegeseran konsep. Walaupun masih diberlakukan konsep likuidasi namun konsep ini hanyalah merupakan suatu opsi atau ultimum remedium, atau hanya terhadap kepailitan perseorangan.

Berangkat dari salah satu prinsip dalam hukum kepailitan korporasi yaitu *commercial exit from financial distress*, bagaimana suatu korporasi dapat keluar dari persoalan keuangan yang dialaminya. Pada mulanya persoalan ini dilakukan melalui konsep likuidasi, yaitu dengan membagi-bagikan aset debitor kepada para kreditor secara pro-rata. Konsep tersebut ternyata tidak menguntungkan para kreditor, debitor dan kepentingan lain yang harus dilindungi, maka muncul konsep *corporate rescue*, yang dianggap lebih melindungi banyak kepentingan dan konsep ini menjadi hukum kepailitan korporasi modern. Oleh karena itu, timbul perbedaan kepailitan perseorangan dan kepailitan korporasi. Perlakuan terhadap korporasi harus dibedakan dengan kepailitan perseorangan. Dalam kepailitan perseorangan diberlakukan konsep likuidasi sedangkan untuk kepailitan korporasi diterapkan konsep *corporate rescue*. Di Australia istilah kepailitan, atau *bankruptcy* hanya digunakan untuk kepailitan perseorangan, sedangkan untuk korporasi digunakan istilah *insolvency* karena dalam hukum kepailitan korporasi Australia digunakan bentuk penyelesaian dalam bentuk *insolvency administration*, Likuidasi hanya merupakan opsi, atau pilihan.

Secara teoritis, kepailitan korporasi (perseroan) terdiri dari dua konsep, yaitu konsep likuidasi (*bankruptcy liquidation*) dan konsep *corporate rescue*

¹⁷⁰Roman Tomasic, *Australian corporate Insolvency*, Butterworths, Sydney, Australia, 1993, hlm. 1.

(*bankruptcy reorganization*).¹⁷¹ Hukum kepailitan Singapura menyebutkannya ada empat tipe prosedur kepailitan korporasi (*types of Insolvency procedures*), yaitu (a) *scheme of arrangement*, (b) *the appointment of a receiver and manager out of court*, (c) *a petition for liquidation of company*, dan (d) *a petition for judicial management*. Menurut penulis, keempat bentuk kepaialitan korporasi tersebut masih dapat digolongkan kepada dua bentuk kepailitan korporasi. Bentuk likuidasi yaitu *a petition for liquidation of company*, sedangkan bentuk *corporate rescue* yaitu *a petition for judicial management scheme of arrangement, the appointment of a receiver and manager out of court*. Sama dengan bentuk kepailitan korporasi Ausralia.Di Australia kepailitan korporasi diatur dalam undang-undang perseroan terbatas (*corporate law*).¹⁷² Di Amerika Serikat kepailitan korporasi diatur dalam *Chapter 11 US Bankruptcy Code*,¹⁷³ dan konsep likudasi diatur dalam *Chapter 7 US Bankruptcy Code*.Kedua konsep itu adalah merupakan prosedur, atau hukum acara perdata (*civil procedure*) dalam penyelesaian utang piutang.¹⁷⁴Bentuk likuidasi adalah bentuk awal dari kepailitan korporasi, sedangkan bentuk *corporate rescue* adalah lahir dari reformasi hukum kepailitan, yang dibentuk dari kegagalan konsep likuidasi dalam kepailitan korporasi. Menurut Bradley Hansen konsep likuidasi (*bankruptcy*) telah banyak menimbulkan masalah:

Reorganization and bankruptcy were brought together by the amandments to the 1878 Bankruptcy Act during the great depression. By

¹⁷¹ Michelle J. White, *Corporate Bankruptcy*, makalah yang dimuat di internet, tanpa menyebutkan tanggal penerbitan.

¹⁷²Roman Tomasic, *loc. cit.*

¹⁷³Lihat Thomas J. Salerno, et.al., *loc. cit.*

¹⁷⁴Charles W. Mooney Jr., *Normative Theory of Bankruptcy Law*, University of Pennsylvania Law School, cmooney@law.upenn.edu.

*the late 1920s, a number of problems had become apparent with both the bankruptcy law and receivership.*¹⁷⁵

Menurut Barry E. Adlery et.al. :

*Longstanding theory predicts that an insolvent debtor will file for bankruptcy only when default imminent, even where an earlier filing might have stemmed deterioration of the firms's value.*¹⁷⁶

Berdasarkan penelitian Barry tersebut debitor pailit hanya akan menggunakan hukum kepailitan (likuidasi) jika terdapat keadaan krisis finansial yang sifatnya permanen dan Barry juga menyatakan bahwa *these findings also call into question the belief that bankruptcy practice in the SPIP periode has effectively cured the debt overhang problem. Even for those who believe that modern trend of creditor control in Chapter 11 is a positive one, encouraging eventual optimal disposition of distressed firm, the effects of the trend are self-limited.* Penelitian tersebut juga meragukan kemampuan kepailitan dalam periode SPIP telah menyelesaikan persoalan utang-piutang. Termasuk bagi yang mempercayai bahwa modern trend dalam penerapan *Chapter 11* merupakan suatu yang berguna sangat terbatas sekali.

Corporate rescue sebagai konsep dalam kepailitan korporasi modern bukan tidak mendapat kritikan. Thomas H. Jackson¹⁷⁷ yang membangun konsep likuidasi dimana kepailitan merupakan *debt collection* dalam teori *creditor bargain* mengkritik konsep *corporate rescue*. Jackson menyatakan bahwa ada perbedaan antara kegagalan bisnis dan masalah kepailitan dalam masalah yang akan

¹⁷⁵Makalah Bradley Hansen, *Bankruptcy Law in the United States*, Mary Washington College, yang dimuat di internet tanggal 2 Januari 2010, pukul 17:21

¹⁷⁶Barry E. Adlery et.al., *Theory and Evidence on the Bankruptcy Initiation problem*, barry. Adler@nyu.edu.

¹⁷⁷Thomas H. Jackson, *The Logic and limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, USA, 1986, hlm.209-224 .

diselesaikan. Suatu perusahaan gagal, dalam hal asets-asetnya masih lebih banyak di tempat lain, apakah aset-aset tersebut menjadi milik banyak kreditor dan para pemegang saham, atau aset-aset itu dimiliki oleh satu orang. Persoalan gagal bisnis bukan persoalan kepailitan. Pemecahan masalahnya bukan melalui kepailitan. Oleh karena itu, ketentuan tentang reorganisasi sendiri harus diuji dengan standar apakah aset-aset tersebut dapat memfasilitasi menjadikan aset-aset yang dibekukan itu untuk benar-benar untuk kepentingan pemohon secara berkelompok. Justifikasi *chapter 11* sebagai upaya hukum dimana ketentuan itu harus diuji- apakah perusahaan yang diorganisasi tersebut lebih baik bagi para pemegang hak secara kolektif dari pada mencari alternatif lain terhadap aset-aset debitor. *Key concept* perbedaan antara reorganisasi dan likuidasi adalah dimana dalam reorganisasi aset aset perusahaan dijual kepada para kreditornya sendiri, bukan kepada pihak ketiga. Sebenarnya perbedaan itu bukan terletak pada aset-asetnya untuk kepentingan bersama para kreditor. Aset-aset tersebut juga dapat disimpan di dalam prosedur likuidasi dan jika aset-aset tersebut dijual secara satu unit kepada pihak ketiga. Jadi, pada dasarnya prosedur (konsep) reorganisasi adalah merupakan metode dimana perusahaan yang masih prospektif dijual untuk kepentingan para kreditornya sendiri. Proses ini sama dengan proses dalam likuidasi dimana terdapat dua tahapan. Pertama, aset-aset perusahaan dijual; kedua, utang-utang debitor kepada para kreditor dilunasi dari hasil penjualan aset-aset tersebut. Jadi, tidak ada perbedaan reorganisasi dengan likuidasi.

Dalam *Case v. Los Angeles Lumber Product Co*,¹⁷⁸ menurut Hakim Douglas berdasarkan *absolute priority rule* sebagaimana yang dipertimbangkan dalam perkara tersebut, para kreditor berhak memperoleh jumlah yang kecil dari jumlah seluruh piutangnya menurut prosedur di luar prosedur kepailitan. Bahwa faktanya adanya seluruh aset-aset perusahaan yang masih prospektif yang banyak adalah persoalan yang tidak relevan dengan kepailitan. Hal yang menjadi dasar proses reorganisasi dalam hal fungsinya sebagai *debt collection* adalah aset-aset tersebut lebih besar dari pada utang-utangnya dan kemudian menjadi milik pihak ketiga.

Menurut Delaney sebagaimana dikutip oleh Roman Tomasic,¹⁷⁹ secara teoritis ada beberapa bentuk kepailitan korporasi. Kelompok pertama, kepailitan korporasi merujuk pada adanya kegagalan bisnis, yang secara tradisional memusatkan perhatian pada adanya hubungan antara *debt -ratio, balance sheet* data dan *efficient adjustment approach*. Menurut pendekatan ini hukum kepailitan bertujuan untuk memaksimalkan produk sosial bagi kepentingan semua pihak, terutama dalam hal ketika pada saat yang sama untuk menjamin efisiensi ekonomi nasional dengan mencari jalan keluar perusahaan yang tidak lagi efisien. Sebaliknya sebagaimana yang juga dikutip oleh Tomasic,¹⁸⁰ analisis hukum tentang kepailitan korporasi seperti yang ditulis Prof. Jackson dalam bukunya *The logic and limits of bankruptcy law*, yang mengadopsi pendekatan *debt collection*. Berdasarkan pendekatan ini tujuan hukum kepailitan korporasi adalah untuk

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Roman Tomasic, *op. cit.*, hlm. 14.

¹⁸⁰ *Ibid.*

menjamin supaya aset-aset debitor digunakan untuk memaksimalkan seluruh nilai aset-aset yang ada untuk kepentingan kreditor secara bersama (*as a group*).

Kelompok lain berpendapat bahwa kepailitan korporasi dapat memusnahkan perusahaan yang dalam kesulitan keuangan (*weak company*) dan mempunyai pengaruh produktivitas perusahaan. Para ahli ekonomi berpendapat bahwa kepailitan korporasi harus dilihat sebagai mekanisme untuk mencapai efisiensi atau manfaat yang lebih besar bagi semua sistem.¹⁸¹ Delaney mengkritik teori-teori sebelumnya,¹⁸² berpendapat bahwa kepailitan korporasi sebagai suatu proses yang alamiah untuk memusnahkan korporasi yang tidak efisien dan untuk membentuk kepercayaan bahwa hukum kepailitan korporasi sebagai sistem penyelesaian masalah-masalah teknis yang elah jadi dan tidak menimbulkan masalah. Seperti, ratio utang, sebagai akibat kenaikan bunga dari rekapitulasi. Disamping itu, menurut Delaney teori teori ini cenderung mempercayai bahwa kepailitan korporasi persoalan internal dalam perusahaan yang bersangkutan, bukan merupakan persoalan yang tidak terpisah dari proses, jaringan dan hubungan keweangan yang lebih besar dalam lembaga, seperti perbankan, perusahaan asuransi, pemerintahan dan pasokan produk yang dilakukan di pasar-pasar.¹⁸³

Teori-teori tersebut di atas diaplikasikan dalam Johns Manville Corp Case dimana untuk melepaskan tanggung jawab manejer terhadap perusahaan pailit, manager yang bersangkutan harus menyatakan perusahaannya dalam keadaan pailit. Konsep

¹⁸¹ *Ibid.*, hlm. 15.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

ini disebut sebagai *strategic bankruptcies*.¹⁸⁴ Menurut Delaney untuk mengartikan kasus ini secara utuh, kita harus mengembangkan teori pembuatan keputusan selama krisis bisnis terutama ketika perusahaan dalam keadaan pailit. Oleh karena itu, hukum kepailitan dapat dilihat sebagai proses dimana di dalamnya terlibat lembaga lain yang menggunakan kewenangannya untuk membatasi tindakan terhadap perusahaan yang bersangkutan.¹⁸⁵ Walaupun dalam perkara ini bukanlah merupakan tipe hukum kepailitan, tetapi yang juga melihatnya sebagai ilustrasi yang baik terhadap pendekatan hukum dan ekonomi dalam kepailitan korporasi.¹⁸⁶ Korobkin mempunyai argmentasi bahwa dalam perkara ini memperlihatkan proses kepailitan korporasi merupakan proses yang kaya, rumit dan ungakapan evolusi terhadap pengakuan berbagai nilai-nilai kemanusiaan yang banyak dan rumit.¹⁸⁷ Untuk memahami kepailitan korporasi Korobkin juga mengembangkan konsep *value base account*. Menurut Korobkin dari sudut ekonomi hukum kepailitan merupakan pemecahan persoalan ekonomi untuk penagihan utang. Namun sebaliknya, konsep ini juga dibangun untuk memahami hukum kepailitan sebagai pemecahan persoalan dari *financial distress*, tidak saja sebagai persoalan ekonomi, tetapi juga sebagai persoalan moral, politik, individu dan sosial yang mempengaruhi para pelakunya.¹⁸⁸ Akhirnya, hukum kepailitan harus dijelaskan tidak saja sebagai alat untuk memaksimalkan pengembalian utang kepada kreditor tetapi juga harus dilihat dari kepentingan ekonomi dan

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 16.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

kepentingannya lainnya. Oleh karena itulah *corporate rescue* juga menjadi konsep dalam hukum kepailitan.

D. Undang-Undang Kepailitan Indonesia melampaui Konsep Likuidasi (Non Konseptual)

Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 yang merupakan perubahan terhadap Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 menganut konsep likuidasi dalam penyelesaian utang-utang korporasi. Untuk lebih mempermudah penyelesaian utang-utang swasta sebagai akibat krisis ekonomi pada tahun 1997, maka Undang-Undang ini pun telah merubah konsep dasar kepailitan korporasi. Diantara perubahan itu adalah:

1. Kepailitan Diartikan Sebagai Tidak Membayar Utang (*Not Paying Debts*) Bertentangan Dengan Prinsip *Commercial Exit From Financial Distress*

Dilihat dari latar belakang lahirnya Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, Undang-undang ini memang dikonsepsikan berfungsi sebagai *debt collection* dengan semangat untuk melikuidasi aset-aset debitor sebagai bentuk penyelesaian utang-piutang akibat krisis ekonomi pasca tahun 1997. Krisis ekonomi yang terjadi pada akhir tahun 1997 dan terus berlanjut pada tahun-tahun sesudahnya telah menggoncang negara-negara di seluruh kawasan Asia, yang berakibat pada pula terhadap persoalan nilai tukar mata uang rupiah yang mengalami fluktuasi yang sangat tajam dimana nilai rupiah pada mulanya Rp. 2.400,00 per satu US dollarnya menjadi Rp. 14.000,00 per satu

US dollar. Utang-utang swasta dan pemerintah jumlahnya menjadi membengkak berlipat kali dan diperkirakan akan banyak perusahaan yang akan mengalami kesulitan likuiditas untuk pembayaran utang-utangnya, dan keadaan pailit pun mungkin tidak dapat dihindari,¹⁸⁹ namun persolan ini harus diselesaikan.

Oleh karena besarnya peran dan kebutuhan penyelesaian utang, baik swasta maupun pemerintah, maka upaya yang dinilai sangat mendesak dan diwujudkan, maka perlu untuk menghadirkan perangkat hukum yang dapat diterima pihak-pihak yang terkait dengan penyelesaian utang-piutang tersebut, dengan beberapa asumsi.¹⁹⁰ Pertama adalah bahwa gejolak di pasar uang dapat dikendalikan, apabila perspektif penyelesaian utang-utang dapat dibuat dengan jelas, baik menyangkut bentuk maupun jadwal waktunya. Kedua agar Indonesia secepatnya dapat keluar dari krisis ekonomi ini, maka sangat diperlukan lembaga hukum yang dapat menyelesaikan utang-utang tersebut secara cepat, salah satunya diperlukan hukum kepailitan, disamping melakukan negosiasi untuk restrukturisasi dan penjadwalan utang-utang tersebut. Untuk itu, eksistensi hukum kepailitan sangat dibutuhkan sehingga perubahan terhadap undang-undang kepailitan (*Faillissements Verordening* Stb. 1905 No. 217 jo. 1906 No. 348) perlu dilakukan melalui PERPU No. 1 Tahun 1998, tanggal 22 April 1998 yang selanjutnya telah menjadi Undang-Undang No. 4 Tahun 1998.

¹⁸⁹ Mahkamah Agung, *Kumpulan Putusan Perkara Kepailitan dalam Putusan Kasasi dan PK*, 2000, hlm. 1. Lihat juga Jerry Hoff, *Undang-undang Kepailitan di Indonesia*, Tatanunsa, Jakarta, Indonesia, 2000, hlm. 3,4,5; dan *Majalah Hukum Forum*, 22 November 2002 No. 34, hlm. 22-23.

¹⁹⁰ *Ibid.*, hlm. 3.

Debitor yang memiliki masalah dengan kemampuan untuk memenuhi kewajiban membayar utang dapat menempuh berbagai alternatif penyelesaian. Pertama, ditempuh dengan cara merundingkan permintaan penghapusan utang, baik untuk sebahagian ataupun untuk seluruhnya. Kedua, ditempuh dengan cara menjual sebagian aset ataupun usahanya. Ketiga, ditempuh dengan cara mengubah pinjaman menjadi penyertaan saham. Keempat, ditempuh dengan cara merundingkan permintaan penundaan kewajiban pembayaran utang antara debitor dan kreditor. Kelima, ditempuh dengan melalui proses kepailitan. Hukum kepailitan dipergunakan sebagai ultimun remidium (*the last resort*). Kesatu sampai dengan keempat mirip dengan konsep *corporate rescue*, sedangkan keenam adalah konsep likuidasi.

Dalam sistematika mengandung banyak perbedaan dengan hukum kepailitan yang dianut di negara lain, lembaga hukum PKPU ini ditempatkan setelah pernyataan pailit sehingga lembaga ini hanya sebagai suatu alternatif. PKPU ini tidak banyak diterapkan padahal lembaga inilah yang lebih utama untuk diterapkan dan di tempatkan lebih dahulu dalam sistematika Undang-Undang Kepailitan.¹⁹¹ Oleh karena itulah Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 berada pada konsep likuidasi dimana hukum kepailitan lebih berperan sebagai *debt collection* menurut teori T.H. Jackson.

¹⁹¹Hal ini diambil dari ide ungkapan "*Bankruptcy restructuring should not a first alternative for a trouble company unless there is a potentially irreversible...*" Dalam hal adanya prospek yang baik dari perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan, yang diutamakan adalah melakukan reorganisasi perusahaan. Thomas J. Salerno et.al., *op. cit.*, hlm. 21.

Konsep kepastian untuk penyelesaian utang piutang ini pada prinsipnya lebih melindungi kepentingan pemilik modal/kapitalis, atau pihak yang memiliki kepentingan. Kapitalisme mempengaruhi sistem hukum modern (positivistik) seperti yang dinyatakan David M. Trubek menyatakan :

*Unlike the legal system of other great civilization, European legal organization was highly differentiated. The European state separated law from other aspects of political activity... Legal rules were consciously fashioned and rule making was relatively free of direct interference from religious influences and from other sources of traditional values.*¹⁹²

Selanjutnya dia menyatakan bahwa:

*Weber believes that European law was more rational than legal systems of other civilizations... The failure of other civilizations to develop rational law helps explain why only in Europe could modern, industrial capitalism arise.*¹⁹³

Dalam hubungan ini sebagai *modern legal system* yang positivistik, menurut analisis Weber menjelaskan adanya hubungan kapitalisme dengan *modern legal system*. Dalam hukum yang rasional dan modern yang dapat digunakan untuk kepentingan-kepentingan yang diukur secara pasti. Dalam hal ini legalisme akan mendorong perkembangan-perkembangan kapitalisme melalui penciptaan kondisi yang stabil dan dapat diprediksikan. Weber menyatakan legalisme yang dapat memfasilitasi berlangsungnya sistem kapitalisme. Dilihat dari perspektif ini, hukum kepailitan Indonesia yang dikonsepsi atas prakarsa IMF dan World Bank itu yang lebih berfungsi sebagai *debt collection* dibuat untuk menjamin pengembalian (*assets recovery*) utang-

¹⁹²David M. Trubek, *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*, Yale School Studies in Law and Modernization, No. 4 (tanpa tahun), hlm. 724-725.

¹⁹³*Ibid.*

utang debitor bagi kreditor sebagai pemilik modal terutama kepentingan kreditor asing.

Menurut Undang-Undang Kepailitan Indonesia, baik Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 maupun Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, pernyataan pailit haruslah diartikan sebagai sitaan umum yang bersifat conservatoir dan pihak yang dinyatakan pailit hilang penguasaannya atas harta bendanya.¹⁹⁴ Pengertian pailit bukanlah suatu keadaan dimana debitor berada dalam kesulitan keuangan (*financial distress*) sehingga debitor tidak dapat (mampu) memenuhi seluruh kewajibannya kepada para kreditornya, atau pembayaran utang-utangnya. Selanjutnya, setelah selesai verifikasi utang, jika tidak ada perdamaian atau homologasi perdamaian telah ditolak oleh pengadilan, maka demi hukum harta pailit berada dalam keadaan tidak mampu membayar (*insolvent*). Kemudian aset-aset debitor dilikuidasi untuk pelunasan utang-utang kepada para kreditornya.¹⁹⁵

Konsep kepailitan ini berlainan dengan konsep kepailitan yang danut di banyak negara lain. Menurut konseptor dan para ahli hukum kepailitan Indonesia, konsep ini lebih maju dari konsep hukum kepailitan negara lain.¹⁹⁶ Konsep ini lebih memudahkan dan memastikan undang-undang ini dapat digunakan untuk penagihan utang para investor asing kepada debitor domestik (Indonesia) untuk membayar utang-utangnya dan sekaligus juga untuk menghilangkan pengusaha domestik di negaranya sendiri. Kritik terhadap undang-undang ini baru terjadi ketika yang pailit itu adalah investor

¹⁹⁴E. Suherman, *Failissement (Kefailitan)*, Binacipta, cet. Pertama, Bandung, 1988, hlm. 5.

¹⁹⁵Pasal 185 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

¹⁹⁶Jerry Hoff, *op. cit.*, hlm. 5.

asing itu sendiri. Undang-undang ini patut untuk dicurigai adanya muatan kepentingan investor asing dalam sistem perekonomian di Indonesia sebagai akibat teori globalisasi.

Di negara lain, pailit diartikan sebagai suatu keadaan dimana debitor tidak mampu untuk membayar utang-utangnya sebagai akibat krisis keuangan (*financial distress*). Memang ada ukuran lain, umpamanya debitor yang tidak membayar utangnya secara undang-undang (*statutory demand*) harus dianggap, atau diasumsikan debitor dalam keadaan pailit (*assumed not able to pay/assumed to have been insolvent*),¹⁹⁷ sebagaimana yang akan diuraikan di bawah ini. Ketentuan ini hanyalah merupakan pengecualian. Disamping itu, jika debitor yang pailit itu adalah perusahaan atau korporasi, untuk debitor tersebut tersedia upaya hukum untuk menghindari dilikuidasinya korporasi tersebut seperti melakukan reorganisasi sebagaimana yang diatur dalam *Chapter 11 US Bankruptcy Law* dan lain-lainnya yang merupakan konsep *corporate rescue*. Dalam Undang-Undang Kepailitan konsep ini dianut dalam asas kelangsungan usaha, namun tidak ada penerapannya dalam pasal Undang-Undang Kepailitan, sedangkan PKPU hanya lebih merupakan penangguhan pembayaran utang untuk memberikan kesempatan kepada debitor untuk melakukan usaha perdamaian pem bayaran utang.

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

The first occurrence of a payment default on any financial obligation, rated or unrated, other than a financial obligations subject to a bona

¹⁹⁷Ricardo Simanjuntak, *op. cit.*, hlm. 296.

*fide commercial dispute; an exception occurs when an interest payment missed on the due date is made within the grace period.*¹⁹⁸

Sedangkan pengertian kepailitan menurut ISDA,¹⁹⁹ (*International Swaps and Derivatives Association*) adalah terjadinya salah satu kejadian-kejadian berikutini:

1. Perusahaan yang mengeluarkan surat utang berhenti beroperasi (pailit)
2. Perusahaan tidak solven atau tidak mampu membayar utang
3. Timbulnya tuntutan kepailitan
4. Proses kepailitan sedang terjadi
5. Telah ditunjuknya *receivership*
6. Dititipkannya seluruh aset kepada pihak ketiga.²⁰⁰

Teori keuangan mengasumsikan bahwa sistem kepailitan yang sempurna memberikan manfaat yang cukup berharga bagi perekonomian. Pada umumnya dikenal dua macam biaya yang akan terjadi pada perusahaan yang *pailit*, yaitu *direct cost* dan *indirect cost*.²⁰¹ *Direct cost* merupakan biaya yang langsung dikeluarkan oleh perusahaan tersebut untuk membayar pengacara, akuntan dan tenaga professional lain untuk merestrukturisasi keuangannya yang kemudian akan dilaporkan kepada para kreditor. Selain itu, bunga yang dibayar perusahaan untuk pinjaman selanjutnya yang biasanya jauh lebih mahal juga merupakan *direct cost* dari kepailitan. Sedangkan *indirect cost* merupakan *potensial loss* yang dihadapi perusahaan yang sedang menghadapi

¹⁹⁸ Malleon Steven Jacque, *op. cit.*, hlm. 644.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Wruck 1990, hlm. 421-422; Blecher 1997, hlm. 39-55, dalam John Armour, *The Law and Economics of Corporate Insolvency, a Review*, 2004.

kesulitan keuangan tersebut, seperti kehilangan pelanggan dan supplier, kehilangan proyek baru karena manajemen berkonsentrasi kepada penyelesaian kesulitan keuangan dalam jangka pendek.

Hilangnya nilai perusahaan saat Manager atau Hakim melikuidasi perusahaan yang masih memiliki *Net Present Value* positif juga merupakan *indirect cost* dari kepailitan. Melihat *direct* dan *indirect cost* perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan cukup tinggi, pengadilan kepailitan modern berusaha untuk mempertahankan perusahaan sebagai *going concern* dan menangani tagihan kreditor secepatnya. Hukum kepailitan yang sudah mapan memberikan proteksi bagi kreditor dan juga memberikan mekanisme yang baik untuk menyelesaikan perselisihan antar pihak dengan lebih cepat. Dengan menghilangkan ketidakpastian, sistem kepailitan yang sudah mapan tersebut akan mendorong pengusaha dan perusahaan besar mengambil risiko yang lebih besar lagi. Hal itu juga dapat menurunkan biaya modal dengan cara meminta ahli keuangan untuk menghitung dan memperkirakan bagaimana kreditor dibayar saat terjadi *default*.

Secara umum, pailit disebut *insolvency*, yang berarti *inability to pay creditors*.²⁰² Bagaimanapun pengertian ini tergantung konteks. Istilah yang digunakan dapat mengaju kepada beberapa konsep. Dalam memahami hukum kepailitan ini perlu dipahami perbedaan pengertian; *balance sheet insolvency*, *cash flow insolvency*, *financial distress*, *economic failure*, or *economic distress*), *liquidation*, *reorganisation*, *insolvency proceeding* or

²⁰²The OECD Online defines insolvency as (T)he fact of being unable to pay one's debts or discharge one's liabilities. <http://dictionary.Oed.com>.

bankruptcy.²⁰³ *Balance sheet insolvency* adalah merupakan konsep akutansi. Konsep ini menjelaskan bahwa nilai buku dari aset perusahaan yang bersangkutan lebih kecil dari kewajibannya. Konsep ini pun harus dibedakan dengan *cash flow insolvency*, dimana perusahaan tidak mampu untuk membayar utang-utangnya yang telah jatuh tempo. Dalam hukum Inggris hal ini dapat disimpulkan dari fakta-fakta bahwa perusahaan tersebut gagal untuk membayar utang-utangnya. Ekonomi finansial secara umum digunakan untuk menyatakan *financial distress* untuk merujuk kondisi yang dialami oleh perusahaan yang bersangkutan, yang mempunyai kesulitan dalam membayar utang kepada kreditornya. Walaupun istilah yang digunakan oleh para pengarang, namun secara substansial berarti gagal memenuhi kewajibannya.²⁰⁴

Financial distress merupakan *structure outstandings* kewajiban pembayaran utang dan jumlah aset yang benar-benar ada untuk memenuhi kewajiban itu. Sedangkan istilah likuidasi dan reorganisasi digunakan untuk merujuk kepada akibat yang disebabkan oleh *financial distress*. Secara sederhana, likuidasi pada hakekatnya digunakan untuk merujuk konversi dalam bentuk tunai melalui penjualan aset perusahaan. Dalam hubungan ini harus dibedakan dengan sinonim *winding up* yang digunakan secara umum, walaupun likuidasi merupakan bagian dari proses *winding up* dimana proses ini juga dapat dilakukan dengan prosedur yang lain, seperti melalui *administrative receivership*. Penjualan aset-aset ini juga menjucu kepada pengertian bisnis

²⁰³ Wruck 1990: 421-2; Blecher 1997: 39-55, dalam John Armour, *The Law and economics of corporate insolvency*, a review, 2004,

²⁰⁴ *Ibid.*

yang masih going concern, termasuk penjualan seluruh bisnis dan reputasi dan hak kebendaan lainnya dimana aset-aset tersebut dijual secara damai.²⁰⁵ *Corporate rescue* mengacu kepada restrukturisasi finansial dari perusahaan yang mengalami *financial distress*. *Corporate rescue* ekuivalen dengan *going concern liquidation*. *Solvency* dan *economic viability* adalah kondisi faktual (*factual condition*), sedangkan likuidasi dan *corporate rescue* adalah kejadian faktual (*factual events*). Suatu perbedaan yang fundamental harus dibedakan dalam konsep-konsep hukum korporasi, yang merupakan prosedur kepailitan.

Sebelum diberlakukannya Undang-undang No. 4 Tahun 1998, yaitu undang-undang kepailitan yang lama (*Faillissementsverordening*) Stbl. 1905 No. 217 jo. 1906 No. 348, debitor pailit adalah debitor yang tidak mampu membayar utang-utangnya (*insolven*). Seperti dalam *Liem Djoen Gie dkk v. Hartono Purnawan*.²⁰⁶

Debitor mengajukan permohonan pernyataan pailit karena memiliki utang sebesar Rp. 14.500.000,00 kepada Liem Djoen Gie dan pedagang tekstil di Semarang, Jakarta, Bandung, Majalaya, Cirebon, Magelang, Purwokerto, Tegal dan Yogyakarta. Yang semuanya berjumlah 47 orang sebesar Rp. 93. 842.890,00 utang debitor dipergunakan untuk berdagang tekstil di Pekalongan, namun sejak Tahun 1982 usaha dagang debitor mengalami kerugian dan kemunduran sehingga debitor menanggung beban utang yang sangat besar. Sejak Agustus

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ Putusan Pengadilan Negeri Pekalongan No. 01/Pemb/1983/PN/Pkl yang dikutip dari Siti Amisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, 2008, hlm. 76.

1983 debitor dalam keadaan berhenti membayar utang-utangnya, semata-mata karena debitor tidak memiliki kemampuan lagi untuk membayar utang-utangnya.

Hakim dalam pertimbangannya berpendapat debitor memiliki utang kepada kreditor yang harus dilunasi sebanyak 47 kreditor dengan nilai tagihan Rp. 93.842.890,00. Disamping itu, memiliki piutang terhadap 39 pedagang langganannya sebesar Rp. 9.094.130,00. Kesaksian ahli waris debitor menyatakan dalam kehidupan sehari-harinya keadannya sangat terbatas dan sederhana, sehingga tidak mungkin untuk membantu melepaskan debitor dari ancaman kepailitan. Berdasarkan pemeriksaan setempat oleh pengadilan ternyata barang-barang debitor sangat terbatas dengan nilai yang sangat kecil, sehingga tidak memadai lagi untuk mewujudkan dan melancarkan jalannya perdagangan serta tidak mungkin untuk melunasi pembayaran utang-utangnya kepada para kreditor. Debitor telah pula memberitahukan kepada kantor perdagangan di Pekalongan karena tidak ada keseimbangan antara pendapatan dan pebiayaan usaha perdagangannya debitor telah menutup usahanya sejak 4 Agustus 1983. Terhadap para kreditornya, debitor menyatakan berhenti membayar utang-utangnya. Dengan demikian telah cukup beralasan secara hukum, permohonan pemohon pernyataan pialit yang diajukan debitor dikabulkan.

Jerry Hoff menyatakan bahwa standar kepailitan yang dirumuskan Undang-undang No. 4 Tahun 1998, yang sekarang diatur dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, yang merupakan penyempurnaan dari

Undang-Undang Kepailitan yang lama, yaitu *Faillissement Verordening*, yang memakai standar *insolven* untuk pernyataan pailit. Menurut Jerry Hoff,²⁰⁷ Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 adalah merupakan standar dari keadaan tak mampu membayar utang. Standar ini lebih mudah dari pada standar yang dipergunakan dalam Undang-Undang yang lama (*Faillissements Verordening Stbl. 1905-217 jo. 1906-348*).²⁰⁸ Peraturan tentang *Failisemen* tidak memberikan definisi tentang *failisemen* dan hanya memberikan syarat untuk mengajukan permintaan *failisemen*, yaitu bahwa seseorang telah berhenti membayar. Berhenti membayar ialah kalau debitor sudah tidak mampu membayar atau tidak mau membayar, dan tidak usah benar benar telah berhenti sama sekali untuk membayar, tetapi apabila dia pada waktu diajukannya permohonan pailit berada dalam keadaan tidak dapat membayar utang tersebut (Putusan Pengadilan Tinggi Bandung No. 171/1973/Perd.PTB. tanggal 31 Juli 1973).²⁰⁹ Menurut Peter J.M. Declereq, tidak membayar tersebut tidak perlu diartikan apakah debitor benar-benar tidak mampu melakukan pembayaran utang atau karena tidak mau membayar utang.²¹⁰

Keadaan tidak mampu membayar (*insolvent*) ini merupakan keadaan sebagaimana yang disebutkan dalam pasal 168 , yang menentukan tidak

²⁰⁷ Jerry Hoff, *Undang-Undang Kepailitan di Indonesia*, Tatanusa, Jakarta , 2000, hlm.1.

²⁰⁸ Pendapat inipun dibenarkan oleh Vesna Lasic pada saat seminar dan *workshop bakruptcy and arbitration: the effect of insolvency proceeding on the conduct of arbitration* pada tanggal 8 dan 9 Maret 2004 di Hotel Brobudir, Jakarta, atas pertanyaan penulis berpendapat bahwa syarat ini lebih sempurna syarat kepailitan di negara lain.

²⁰⁹ E. Suherman, *Faillissement (Kefailitan)*, Binacipta, cet. Pertama, Bandung, 1988, hlm. 5

²¹⁰ Peter J.M. Declereq, *Netherlands Insolvency Law, The Netherlands Bankruptcy Act and The most legal Important Legal Concept*, T.M.C. Asser Press, The Haque, hlm. 63. *A Bankruptcy petition has to state facts and circumstances that constitute prima facie evidence that the debtor has ceased to pay its debts. This considered to be the case if there are at least two creditors, one of who, has a claim is due and payable and which the debtor cannot pay, refuses to pay, or simply does not pay.*

mampu (*insolvent*)". Mengenai istilah insolven disini, menurut Setiawan, keadaan tidak mampu ini, haruslah ditafsirkan "Pailit". Perubahan Undang-Undang Kepailitan yang tidak mengandung penilaian insolven diharapkan dapat dengan cepat menyelesaikan utang-utang swasta akibat krisis ekonomi dan mendapat pengaruh dari badan keuangan internasional. Pasal 2 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004²¹¹ juga tidak membedakan kepailitan perseorangan (*individual*) dengan korporasi (*corporate*),²¹² perusahaan Asuransi dan perbankan, dan tidak pula menyaratkan bahwa debitor tersebut dalam keadaan tidak mampu membayar (*insolvent*), debitor dapat dinyatakan pailit jika telah terpenuhi syarat yang ditentukan oleh Undang-Undang.

Berkaitan dengan syarat berhenti membayar, Richard York memiliki pendapat bahwa:

*The Amendment seeks to clarify the trigger for bankruptcy proceedings under the bankruptcy code. Previously, the code stated that a company that stopped paying its debts could be adjudicated bankrupt. There was no requirement that the company be insolvent in accordance with Western notions of insolvency, such as the common law concept of being unable to pay debts as and when they fell due.*²¹³

Menurut Sutan Remy Sjahdeini,²¹⁴ keadaan berhenti membayar atau tidak membayar utang (*not paying debts*) ini haruslah merupakan keadaan yang objektif, yaitu karena keadaan keuangan debitor yang telah mengalami ketidakmampuan (telah dalam keadaan tidak mampu) membayar utang-

²¹¹Sebelumnya diatur dalam Pasal 1 ayat (1) jo. Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998.

²¹³Undang-Undang Kepailitan ini hanya menyaratkan bahwa Debitor yang mempunyai dua atau lebih Kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh tempo dapat ditagih, dinyatakan pailit.

utangnya. Dengan kata lain, debitor tidak boleh hanya sekedar tidak mau membayar utang-utangnya (*not willing to repay his debts*), tetapi keadaan objektif keuangannya memang telah dalam keadaan tidak mampu membayar utang-utangnya (*unable to repay his debts*). Keadaan tidak mampu ini (*insolven*) harus dapat ditentukan secara independen dan objektif dengan melakukan financial audit atau *financial due diligence* oleh kantor akuntan publik yang *independence*. Selanjutnya menurut Sutan Remy Sjahdeini,²¹⁵ rumusan Pasal 1 aya (1) Undang-undang No. 4 Tahun 1998 tidak sejalan dengan asas hukum kepailitan yang diterima secara global. Undang-undang negeri Belanda misalnya sampai sekarang masih tetap mempertahankan rumusan seperti rumusan Pasal 1 ayat (1) Fv tersebut di atas sekalipun undang-undang kepailitan negeri Belanda itu telah mengalami beberapa kali perubahan.

Menurut Ricardo Simanjuntak,²¹⁶ tidak membayar utang (*not paying debts*) diasumsikan sebagai tidak mampu membayar (*assumed not able to pay*) yang mengakibatkan pengadilan menyatakan status pailit kepada debitor. Akan tetapi bila debitor masih mampu, berdasarkan Pasal 144 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, debitor dapat mengajukan usulan perdamaian, jika perdamaian tersebut disetujui oleh para kreditornya, debitor tersebut menjadi tidak pailit. Ketentuan ini sama dengan Hukum Kepailitan Belanda (*Netherlands Insolvency Act*). Ketentuan inipun sama dengan ketentuan hukum kepailitan Singapura dimana unsur ketidakmampuan debitor membayar utang-utangnya tidak harus dibuktikan, namun cukup dengan cara diasumsikan (*assumption not*

²¹⁵*Ibid.*, hlm. 53.

²¹⁶Ricardo Simanjuntak, *Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Kontan Publishing, Jakarta, cet. II, 2011, hlm. 297.

able to pay). Artinya, Pengadilan Tinggi Singapura dapat menjatuhkan pailit berdasarkan debitor mempunyai utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih, walaupun telah ditegur (*statutory demand*) untuk melunasi utangnya, namun debitor tersebut tidak melunasinya. Dengan fakta ini diasumsikan tidak mampu membayar.²¹⁷ *Statutory demand* menjadi ukuran pailit di Singapura. Menurut Kala Anandrajah et.al., sebagaimana yang dikutip Ricardo Simanjuntak, bahwa *the statutory demand procedure is commonly resorted to as means of proving inability of the debtor to pay his debts for the purpose of presenting a creditor's petition.*²¹⁸

Dalam kepailitan korporasi, pailit adalah adanya keadaan ketidak mampuan membayar (*unable to pay*) utang-utang, *atauby insolvency, It means a condition whereby Debtor will not have enough assets to satisfy his creditors.*²¹⁹ Suatu konsep yang berbeda dengan dianut dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Kepailitan menurut Undang-Undang ini adalah sebagai sitaan umum terhadap aset-aset debitor yang tidak membayar utang-utang-utangnya. Kepailitan terjadi karena adanya *liquidity crisis*. Debitor tidak dapat membayar utang-utangnya yang telah jatuh tempo, walaupun aset-asetnya melebihi kewajibannya (*cash flow problem*).²²⁰ Dengan demikian jika telah dinyatakan adanya krisis *cash flow*, keadaan inilah yang menyebabkan suatu perusahaan pailit dalam pengertian hukum kepailitan.²²¹ Menurut *The Australian Corporate Law Reform Act 1992* suatu korporasi dalam keadaan

²¹⁷*Ibid.*, hlm. 296.

²¹⁸*Ibid.*

²¹⁹TH Jackson, *op. cit.*, hlm. 13.

²²⁰*Ibid.*, hlm. 198.

²²¹*Ibid.*

mampu (*solven*).²²² *A person is solvent if, and only if, the person is able to pay all the person's debts, as and when they become due and payable.*²²³

Be able to pay all the person's debts (solven) atau unable to pay debts merupakan menjadi suatu ukuran debitor dalam keadaan pailit. Disini terdapat dua konsep, yaitu *able to pay debts* dan *all debts* (lebih satu kreditor). *Be able to pay the person's debts* adalah merupakan *a key concept in the law of insolvency* (konsep hukum kepailitan).²²⁴ *All debts* merujuk kepada pengertian bahwa kreditor sebagai Pemohon pailit harus dapat membuktikan bahwa utang debitor sebagai Termohon juga mempunyai utang kepada para kreditor yang lain. Ketentuan ini terdapat dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-undang No. 4 Tahun 1998 dan pengertian *all debts* merujuk juga kepada kepentingan para kreditor secara keseluruhan (*common pool problem*).

Untuk mempertimbangkan keadaan insolven ini ada dua ukuran yaitu *Balance sheettest* dan *liquidity* perusahaan yang bersangkutan,

*The concept of "Balance sheet" insolvency is important within the legislation to clearly provide that a company is insolvent when it is liquid but the worth of its assets now and in the future will be insufficient to pay all of the company's liabilities.*²²⁵

Likuiditas adalah :

*Lack of liquidity is not a precondition to a finding of insolvency. Whilst lack of solvency and lack of liquidity are conditions that are often found present together, the presence or absence of ones is not determinative of the presence or absence of the other.*²²⁶

²²² Roman Tomasic, *op. cit.*, hlm. 163.

²²³ *Ibid.*, hlm. 164.

²²⁴ *Ibid.*, hlm. 165.

²²⁵ *Ibid.*

Suatu korporasi pailit (*insolvency*), menurut hukum *Australia Corporate Insolvency* adalah:

*“company is insolvent when it is unable to pay its debts as they fall due from its own resources. Insolvency is not simply a question of whether the company’s liabilities exceed its assets, but rather whether the company’s income and readily realisable assets are sufficient to service its current debts. It involves a chronic lack of liquidity which forces the creditors of the company to seek recovery of their debts through one of three principal forms of insolvency administration (ie receivership, liquidations and schemes of arrangement).”*²²⁷

Selain itu, suatu korporasi dapat dianggap pailit (*Presumption of insolvency*), jika (*The Court must presumed that the company is insolvent if, during or after the 3 months ending on the day when the application was made, the company failed (as defined by s 459F) to comply with a statutory demand ; or*):

1. *Execution or other process issued on a judgement, decree or order of an Australian Court in favour of a creditor of the company was returned wholly or partly unsatisfied ; or*
2. *a receiver, or receiver and manager, of property of company was appointed under a power contained in an instrument relating to a floating charge on such property ; or*
3. *an order was made for the appointment of such a receiver, or receiver and manager, for the purpose of enforcing such a charge ; or*
4. *a person entered into possession, or assumed control, of such property for such a purpose; or*
5. *a person was appointed so to enter into possession or assume control (whether as agent for the chargee or for the company).*²²⁸

Suatu korporasi juga dapat dinyatakan pailit karena tidak dapat memenuhi *statutory demand* sebagaimana yang dimaksud dalam no. 1, termasuk

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Section 459C the Australian Corporate Law Reform Act 1992, yang dikutip dari Roman Tomasic, op. cit., hlm 171.*

perusahaan itu tidak dapat memenuhi kewajibannya untuk membayar utangnya sebesar US \$ 2000,²²⁹ perusahaan ini dianggap tidak mampu membayar utang-utangnya (*unable to pay its debts*) seperti yang dipertimbangkan Hakim Mc.Hugh dalam *FAI Insurances Ltd v. Goldleaf Interior Decorators Pty Ltd.*²³⁰ *Statutory demand*, dalam hukum Australia, menurut *Section 459 E (2) Corporation Law* bahwa *company to pay outstanding debts to that creditor within 21 days of receipt of the statutory demand*. Perusahaan harus dianggap pailit jika tidak membayar outstanding utangnya dalam jangka waktu 21 hari sebagaimana yang ditentukan dalam *statutory demand*. Dengan demikian, insolven adalah merupakan ukuran untuk menentukan debitor dalam keadaan pailit, sebagaimana yang diakui oleh Hikmahanto Juwana yang menyatakan bahwa pihak yang dipailitkan seharusnya mereka yang tidak sehat (*insolven*) secara keuangan.²³¹ Ketentuan yang terdapat dalam *statutory demand* ini dianut pula di negara Singapura.

Menurut Ricardo Simanjuntak,²³² tidak membayar utang (*not paying debts*) diasumsikan sebagai tidak mampu membayar (*assumed not able to pay*) yang mengakibatkan pengadilan menyatakan status pailit kepada debitor. Akan tetapi bila debitor masih mampu, berdasarkan Pasal 144 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, debitor dapat mengajukan usulan perdamaian, jika perdamaian tersebut disetujui oleh para kreditornya, debitor tersebut menjadi tidak pailit. Ketentuan ini sama dengan Hukum Kepailitan Belanda (*Netherlands Insolvency*

²²⁹*Ibid.*, hlm 172.

²³⁰*Ibid.*, hlm. 174.

²³¹Hikmahanto Juwana, "Indonesian Airlines Dimohonkan Pailit," *Media Indonesia*, Sabtu Maret 2003, hlm. 3.

²³²Ricardo Simanjuntak, *op. cit.*, hlm. 297.

Act). Ketentuan inipun sama dengan ketentuan hukum kepailitan Singapura dimana unsur ketidakmampuan debitor membayar utang-utangnya tidak harus dibuktikan, namun cukup dengan cara diasumsikan (*assumption not able to pay*). Artinya, Pengadilan Tinggi Singapura dapat menjatuhkan pailit berdasarkan debitor mempunyai utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih, walaupun telah ditegur (*statutory demand*) untuk melunasi utangnya, namun debitor tersebut tidak melunasinya. Dengan fakta ini diasumsikan tidak mampu membayar.²³³ Statutory demand menjadi ukuran pailit di Singapura. Menurut Kala Anandrajah et.al., sebagaimana yang dikutip Ricardo Simanjuntak, bahwa:

*the statutory demand procedure is commonly resorted to as means of proving inability of the debtor to pay his debts for the purpose of presenting a creditor's petition.*²³⁴

Dilihat dari konsep seperti ini, Undang-Undang Kepailitan telah mempailitkan perusahaan-peusahaan yang masih *solvent* dan prospektif, yang bertentangan dengan prinsip *commercial exit from financial distress* sebagai prinsip utama dalam kepailitan korporasi.

2. Ketidakjelasan Pengertian Utang Memudahkan Debitor Dinyatakan Pailit

Dalam Undang-Undang Kepailitan No. 37 Tahun 2004 disebutkan bahwa debitor yang dipailitkan itu adalah debitor yang tidak membayar utang. Dalam kenyataannya pengertian utang berkembang kepada pengertian di luar pengertian utang yang dimaksud dalam hukum kepailitan, debitor yang tidak memenuhi kewajibannya dalam suatu perjanjian dianggap sebagai utang yang

²³³*Ibid.*, hlm. 296.

²³⁴*Ibid.*

harus dibayar oleh debitor. Utang telah ditafsirkan secara luas bukan saja utang yang timbul dari hubungan perjanjian utang piutang tetapi juga dalam hubungan perjanjian lainnya. Tafsiran utang ini memang muncul dari Undang-Undang No. 4 Tahun 1998.²³⁵

Walaupun Undang-Undang Kepailitan tidak secara tegas memberikan definisi tentang utang, berangkat dari rasio Pasal 1233, 1234, 1239, 1243 dan 1246 KUH.Perdata, maka cukup jelas digambarkan bahwa utang tidak merupakan kewajiban dari perjanjian pinjam meminjam uang, akan tetapi juga berasal dari tindakan ingkar janji (*wanprestasi*) yang memberikan kewajiban kepada pihak yang dirugikan untuk mendapatkan ganti rugi atas akibat *wanprestasi* tersebut. Namun kewenangan pengadilan niaga hanya akan muncul jika kewajiban tersebut dapat dibuktikan secara sumir. Perdebatan tentang definisi utang ini muncul dari perkara kepailitan *Modernland Reality* dan Mahkamah Agung telah memutuskan definisi utang ini, namun masih ada putusan yang menyatakan utang hanya berasal dari kewajiban pinjam meminjam uang.

Berpedoman kepada *US Bankruptcy code*, utang hanya sebatas pengertian *claims*, yaitu *rights to payment* (hak untuk menerima pembayaran) dan *breach of performance if such breach gives rise to rights of payment* (cedra janji terhadap pembayaran sejumlah uang). Berdasarkan kedua pengertian ini, utang adalah sebatas perjanjian utang piutang dan tidak termasuk cedra janji sebagai akibat tidak terlaksananya perjanjian dalam bentuk pekerjaan yang harus dilakukan

²³⁵Jerry Hoff, *op. cit.*, hlm. 18.

oleh debitor, sebagaimana yang terjadi dalam *Chioda Sport Market et.al v. PT Para Bandung Propertindo (PBP)*, tidak dipenuhinya pembayaran sewa menyewa atas toko dalam Bandung Mall yang sedang dibangun oleh PBP selama lima tahun dianggap sebagai utang.²³⁶

²³⁶ Putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusan No. 2/Pailit/1999/P.Niaga/Jkt. Pst.

BAB III

SIKAP MAHKAMAH AGUNG

TERHADAP PAILITNYA PERUSAHAAN YANG *SOLVENT*

A. Mahkamah Agung Membatalkan Putusan Pailit Perusahaan *Solvable* dan *Viable* (Prospektif)

Pengadilan niaga Jakarta Pusat telah mengabulkan permohonan pailit yang diajukan kepada perusahaan yang *solvent* dan prospektif. Perusahaan-perusahaan itu adalah: *Pertama*, Perusahaan ini tidak membayar utang yang timbul dari tidak dipenuhinya suatu perjanjian pembangunan apartemen dan rumah susun. Perkara kepailitan terjadi dalam *Drs. Husein Sani dan Johan Subekti v. PT Modern Land Realit*, dengan alasan-alasan berikut ini.¹

Pada tahun 1996 Termohon sedang membangun sebuah kompleks apartemen atau rumah susun dengan nama atau sebutan Satuan Rumah susun Golf modern berikut segala fasilitas yang diperlukan untuk rumah tinggal terletak di Kotamadya Tangerang Jawa Barat dan sebelum Termohon membangun apartemen atau satuan rumah susun itu, Termohon telah memasarkan apartemen atau rumah susun itu kepada masyarakat dan para Pemohon yang berminat untuk membeli apartemen atau satuan rumah susun yang sedang dibangun itu. Walaupun pembayaran harga apartemen atau rumah susun itu dilakukan secara bertahap atau cicilan akan tetapi untuk dapat membeli apartemen atau rumah susun itu harus dilakukan dengan pesanan dan

¹Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat No. 07/Pailit/1998/PN/Niaga/Jkt.Pst.

pembayaran cicilan itu harus dilakukan dimuka atau sebelum Para Pemohon menerima barang yang akan dibelinya itu, karenanya posisi Pemohon, Drs. Husein Sani dengan jumlah yang telah dikeluarkan Rp. 30.300.547,- dan Johan Subekti dengan jumlah biaya yang telah dikeluarkan Rp. 63.807.934,- dalam hal ini adalah sebagai kreditor, sedangkan Termohon sebagai Debitor dan kewajiban terhadap kreditor lain dengan jumlah Rp. 908.588.707,-

Kemudian antara Termohon dengan masing-masing Pemohon telah dibuat perjanjian pengikatan untuk jual beli satuan rumah susun Golf Modern, akan tetapi kemudian Termohon tidak mampu lagi melanjutkan pembangunan apartemen atau rumah susun Golf modern itu dan dengan surat tertanggal 29 Mei 1998 menanggihkan pembayaran yang telah jatuh tempo yang kemudian disusul dengan surat tertanggal 24 Juli 1998 yang menyatakan bahwa Termohon tidak melanjutkan pembagunan apartemen atau rumah susun Golf modern itu dan kepada para Pemohon, Termohon menawarkan beberapa alternatif akan tetapi tidak dapat disetujui oleh para Pemohon karena dianggap sangat tidak memadai. Oleh karena Termohon tidak dapat lagi menjalankan usahanya dan tidak dapat memenuhi kewajibannya-kewajibannya kepada para Pemohon selaku para kreditornya, maka cukup alasan menurut hukum bagi Termohon untuk dinyatakan dalam keadaan pailit. Pemohon mohon kepada Pengadilan Niaga Jakarta Pusat untuk menyatakan PT Modern Land pailit dengan segala akibat hukumnya.²

²*Ibid.*

Pengadilan Niaga Jakarta Pusat mengabulkan permohonan pailit ini, PT Modern Land dinyatakan pailit dengan segala akibat hukumnya dengan pertimbangan hukum bahwa antara para Pemohon dan Termohon telah disepakati suatu perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun *golf modern* dengan cara mengansur dan untuk itu para Pemohon telah membayar angsuran-angsurannya sesuai dengan waktu dan jumlah yang telah disepakati dan Pemohon Drs. Husein Sani telah membayar angsuran sebesar Rp, 30.300.547,- dan Pemohon Johan Subekti telah membayar angsuran sebesar Rp. 60.893.695,- Termohon secara sepihak telah membatalkan perjanjian perikatan jual beli rumah susun *golf modern* itu dengan alasan bahwa Termohon tidak akan melanjutkan pembangunan satuan rumah susun (apartemen) *golf modern* itu. Dengan dibatalkannya perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun itu, Termohon adalah wajib untuk mengembalikan uang pembayaran yang telah diterima dari Para Pemohon itu, dan oleh karena Termohon belum mengembalikan uang pembayaran yang telah diterima itu, maka Termohon harus dinyatakan telah mempunyai utang kepada masing-masing para Pemohon. Para Pemohon yang telah melakukan prestasinya tidak menuntut tengen prestasi dari Termohon sesuai dengan perjanjian pengikatan jual beli satuan rumah susun *golf modern* itu, akan tetapi tidak menuntut pengembalian uang pembayaran angsuran satuan rumah susun itu yang merupakan utang dari Termohon kepada Para Pemohon. Dengan adanya pembatalan secara sepihak oleh Termohon atas perjanjian pengikatan jual beli rumah susun *golf modern* itu, maka seketika itu juga Termohon wajib

dibayar oleh debitor sebagaimana dimaksud dalam ketentuan ini adalah utang pokok dan bunganya.⁴

Selanjutnya jika ditinjau dari segi tujuan atau maksud diadakannya Undang-Undang ini, maka dalam konsiderans Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 butir e dan f telah dicantumkannya bahwa pertimbangan untuk diadakannya penyempurnaan peraturan kepailitan dalam mengatasi gejolak moneter beserta akibatnya yang berat terhadap perekonomian saat ini adalah penyelesaian utang piutang perusahaan, yang juga sangat diperlukan dalam penyelenggaraan kegiatan usaha dan kehidupan perekonomian pada umumnya. Dengan demikian pengertian utang dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 harus diartikan dalam konteks pemikiran konsiderans tentang maksud diterbitkannya Undang-Undang itu dan tidak dapat dilepaskan kaitan itu dari padanya, yang pada dasarnya menekankan pada pinjaman-pinjaman swasta. Sehingga karenanya tidak meliputi bentuk wanprestasi lain yang tidak berawal pada konstruksi hukum pinjam meminjam uang. Kewenangan absolut pengadilan niaga pada saat ini sebagaimana tercantum dalam Pasal 280 ayat (2) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 adalah memeriksa dan memutus permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang. Sedangkan dalam perkara *in casu*, seanejang mengenai masalah pemeriksaan, pembuktian, dan pembatalan atau ada tidaknya perikatan jual beli antara Pemohon Kasasi dengan para Termohon kasasi beserta segala sanksi hukumnya akibat perbuatan

⁴ *Directory* Putusan Mahkamah Agung RI, Putusan Perdata Khusus, <http://www.mahkamahagung.go.id>

wanprestasi oleh salah satu pihak, pada hakekatnya termasuk dalam ruang lingkup kewenangan hakim perdata di pengadilan negeri, sehingga dalam kasus ini hakim pengadilan niaga (kepailitan) tidak dapat secara langsung otomatis dan sekaligus menyimpulkan atau menyatakan dalam pertimbangan hukumnya bahwa Termohon Kepailitan harus dinyatakan mempunyai utang kepada masing-masing para Pemohon pailit.⁵

Utang telah jatuh tempo dan dapat ditagih sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 belum dipenuhi dalam kasus ini. Syarat ini tidak dapat disimpulkan sekedar dari adanya surat permohonan kasasi tertanggal 24 Juli 1998, surat ini pada hakekatnya merupakan penawaran sepihak mengenai alternatif penyelesaian dari pihak Pemohon kasasi, hal mana belum konsensual dalam perikatan dan yang masih harus dibuktikan. Penentuan tanggal 24 Juli 1998 itu adalah penentuan saat berlakunya sikap Pemohon kasasi untuk tidak lagi melanjutkan pembangunan perumahan, hal mana dengan tidak sendirinya berarti bahwa utang telah jatuh tempo dan dapat ditagih sebagaimana dimaksud Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998.⁶

Putusan kasasi itu dikuatkan dalam pemeriksaan peninjauan kembali, putusan kasasi itu dikuatkan oleh Mahkamah Agung berdasarkan pertimbangan bahwa tidak terdapatnya bukti baru (*novum*) dalam permohonan peninjauan kembali ini yang dapat membatalkan putusan

⁵*Ibid.*

⁶ Putusan Mahkamah Agung RI. No. 03 K/N/1998 tanggal 2 Desember 1998.

kasasi.⁷ Pada saat dikabulkannya permohonan pernyataan pailit oleh Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat itu, Majelis Hakim tidak mempertimbangkan apakah PT Modern Land dalam keadaan mampu membayar utang-utangnya(*solvent*) atau tidak. Permohonan dikabulkan hanya berdasarkan Debitor telah melakukan wanprestasi yang menimbulkan utang yang harus dibayar oleh debitor. Secara normatif, pengabulan permohonan pailit ini tidak ada salahnya, tetapi jika dilihat dari prinsip-prinsip kepailitan, pengabulan permohonan pailit terlihat agak aneh dan tidak wajar. PT Modern Land yang merupakan perusahaan yang bergerak dalam pembangunan apartemen mempunyai kekayaan yang jauh lebih besar dari sekedar membayar kembali sejumlah uang akibat wanprestasi karena tidak dibangunnya apartemen yang telah diperjanjikan. Jika ini terus berlanjut, akan banyak perusahaan yang akan dinyatakan pailit karena tidak membayar utang-utangnya, bukan karena tidak mampu membayar utang.

Kedua, permohonan pailit diajukan terhadap perusahaanasing yang juga sangat *solvent* yang diajukan oleh Kurator perusahaan yang telah dinyatakan pailit oleh pengadilan niaga karena perusahaan ini tidak membayar deviden kepada perusahaan yang telah dinyatakan pailit itu. Perkara kepailitan ini terjadi dalam *PT Asuransi Manulife Indonesia(d/h. PT Asuransi Jiwa Dharmala Manulife) v. Paul Sukran, SH* sebagai Kurator dari PT Dharma Sakti Sejahtera (PTDSS). PT Dharmala Sakti Sejahtera, Tbk. (dalam pailit)

⁷ Putusan Mahkamah Agung RI No. 06/PK/N/1999 tanggal 14 Mei 1999 .

telah dinyatakan pailit.⁸ Sejak PT Dharmala Sakti Sejahtera dinyatakan pailit, maka segala sesuatu yang menyangkut mengenai pengurusan harta kekayaan PT DSS (debitor pailit) sepenuhnya dilakukan oleh Kurator selaku Kurator.⁹ Pemohon bertugas untuk melakukan pengurusan dan / atau pemberesan harta pailit serta berusaha mengumpulkan semua harta kekayaan yang dimiliki oleh PT DSS selaku debitor pailit, termasuk juga dalam upaya memaksimalkan budel pailit itu, untuk selanjutnya dibagikan kepada para kreditornya, sehingga para kreditor dapat memperoleh bagian yang maksimal dari pembagian budel pailit sebagaimana diamanatkan dalam ketentuan Undang-Undang No. 4 Tahun 1998, termasuk pembagian untuk Negara Republik Indonesia selaku kreditor yang dalam hal ini diwakili oleh Badan Penyehatan Perbankan Nasional (BPPN).

Salah satu tugas Pemohon dalam upaya mengumpulkan dan mempertahankan serta memaksimalkan budel pailit itu adalah dengan melakukan penagihan kepada Termohon, sehubungan dengan adanya kewajiban Termohon (PT Asuransi Jiwa Manulife Indonesia) untuk membayarkan deviden tahun buku 1999 berikut bunga-bunganya kepada PT DSS selaku pemilik/pemegang 40% saham pada Termohon yang tercatat untuk tahun buku 1999, sejauh Termohon memperoleh laba dan telah mendapatkan suatu surplus untuk dibagikan kepada pemegang saham untuk tahun pembukuan yang berakhir 31 Desember 1999, sebagaimana yang telah diatur dalam Akta Perjanjian Usaha Patungan

⁸ Lihat Putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 03/PKPU/2000/PN.Niaga.Jkt.Pst.jo. No. 10/PAILIT/2000/PN.Niaga.Jkt.Pst., tanggal 6 Juni 2000,

⁹ Lihat Penetapan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 10/PAILIT/2000/PN.Niaga.Jkt.Pst., jo. No. 03/PKPU/2000/PN.Niaga.Jkt.Pst., tanggal 21 Desember 2000.

tertanggal 10 Juni 1988, yang dibuat dihadapan Ny. Rukmasanti Hardjasatya, S.H., Notaris di Jakarta. Berdasarkan Laporan Keuangan Termohon untuk tahun buku 1999 dan 1998, yang dibuat oleh Ernst & Young selaku Auditor Independen, yaitu: *Consolidated Financial Statement December 31, 1999 and 1998*, telah ditentukan bahwa Termohon yaitu PT Asuransi Jiwa Manulife Indonesia telah mendapatkan surplus dari keuntungan sebesar Rp.186.306.000.000,- (seratus delapan puluh enam milyar tiga ratus enam juta rupiah). Berdasarkan Laporan Keuangan itu dan dengan mengacu kepada pasal X Akta Perjanjian Usaha Patungan, maka deviden yang harus dibagikan kepada para pemegang saham Termohon adalah sebesar Rp.55.891.800.000,- (lima puluh lima milyar delapan ratus sembilan puluh satu juta delapan ratus ribu rupiah) yaitu sebesar $30\% \times \text{Rp.186.306.000.000,-}$

Dengan mengacu kepada pasal X Akta Perjanjian Usaha Patungan, maka PT DSS berhak untuk mendapatkan pembagi deviden beserta bunga - bunganya dengan perincian sebagai berikut: Utang deviden yang harus dibayarkan yaitu $40\% \times \text{Rp.55.891.800.000,-}$ yaitu sebesar Rp.22.356.720.000. (dua puluh dua juta milyar tiga ratus lima puluh enam juta tujuh ratus dua puluh ribu rupiah). Bunga atas deviden yang belum dibayarkan, terhitung sejak tanggal 1 Januari 2000 sampai dengan tanggal 30 April 2002 (2 tahun 4 bulan) dengan perhitungan bunga sebesar 20% (dua puluh persen) per tahun yaitu sebesar Rp.10.433.136.000,- (sepuluh milyar empat ratus tiga puluh tiga juta seratus tiga puluh enam ribu rupiah); Sehingga total kewajiban Termohon kepada Pemohon berjumlah Rp.32.789.856.000,- (tiga puluh dua milyar tujuh

ratusdelapan puluh sembilan juta delapan ratus lima puluh enam ribu rupiah). Untuk melakukan penagihan pembayaran deviden tahun buku 1999 berikut bunga yang merupakan utang Termohon kepada Pemohon itu, maka Pemohonselaku Kurator telah berusaha semaksimal mungkin untuk menagih kepada Termohon, agar penerimaan deviden berikut bunganya dapat dibagikan kepada para kreditor, termasuk pembagian untuk Negara Republik Indonesia selaku kreditor (diwakili oleh BPPN), akan tetapi Termohon dengan berbagai alasan berusaha untuk menghindari dari kewajibannya itu, bahkan sampai Saat diajukannya permohonan pailit ini ke Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Termohon tidak juga melunasi kewajiban a itu. Pengadilan Niaga Jakarta Pusat mengabulkan permohonan pailit itu dengan pertimbangan bahwa terdapat fakta bahwa PT Dharma Sakti Sejahtera sebagai pemegang saham sebesar 40 % belum dibayarkan,¹⁰ dengan demikian PT Manulife Indonesia mempunyai kewajiban untuk membayar deviden yang pada hakekatnya adalah sejumlah utang-utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih.

PT Asuransi Jiwa Manulife mengajukan kasasi terhadap putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat itu dan Mahkamah Agung membatalkan putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat itu berdasarkan pertimbangan bahwa dalam rangka melakukan pengurusan dan atau pemberesan harta pailit, untuk menghadapi di muka Pengadilan, Kurator harus terlebih dahulu

¹⁰ Putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 10/Pailit/2002/PN.Niaga.Jkt.Pst tanggal 13 Juni 2002.

mendapat izin dari HakimPengawas sebagaimana ditentukan dalam Pasal 67 ayat (5) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998.

Olehkarena hal itu tidak dilakukan Kurator, dimana tidak ada izin dari HakimPengawas, makatindakan Kurator PT Darmala Sakti Sejahtera, yang mengajukan permohonan pernyataan pailit terhadap PT Asuransi Jiwa Manulife Indonesia adalah tidak sah. Kurator dalam perkara ini tidak mempunyai kapasitas selaku Pemohon Pailit. Sehingga dengan demikian permohonan pernyataan pailit yang diajukan oleh Pemohon itu harus dinyatakan ditolak. mengenai keberatan kasasi I ad. II. 5. Pemeriksaan terhadap perkara ini tidak dapat dilakukan secara sederhana sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998, sebab harus dibuktikan terlebih dahulu apakah memang ada deviden tahun 1999, apakah terhadap deviden itu RUPS telah memerintahkan untuk dibagikan, apakah pembagian itu telah sesuai menurut keputusan RUPS, dan seterusnya. Meskipun laba bersih perseroan tahun 1999 seperti yang tercantum dalam perhitungan Neraca Laba Rugi yang telah disahkan Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) tanggal 17 Februari 2000, akan tetapi RUPS menerapkan pembayaran deviden dimasa mendatang adalah di luar lingkup permasalahan sampai telah tercapai tingkat *Risk Base Capital* (RBC/tingkat Solvabilitas perusahaan) dan telah memenuhi ketentuan dana cadangan yang ditentukan oleh Menteri Keuangan untuk suatu perusahaan asuransi. Disimpulkan RUPS masih akan menentukan besarnya deviden apabila telah terpenuhi keperluan di atas. Dengan demikian Pasal 62 ayat (2) Undang-

Undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, belum dapat diterapkan dalam kasus ini. Disamping itu, masih ada sengketa antara PT Dharmala Sakti Sejahtera dengan Perusahaan Roman Gold Asset (RGA) mengenai kepemilikan saham, sebab RGA mengklaim bahwa saham PT Dharmala Sakti Sejahtera adalah milik RGA. Dengan demikian, pembuktian dalam perkara ini tidak sederhana, sehingga pemeriksaan terhadap perkara ini harus dilakukan melalui gugatan Perdata pada Pengadilan Negeri, bukan melalui permohonan kepailitan pada Pengadilan Niaga.

Permohonan pailit ini diajukan karena PTAJMI tidak membayar deviden, yang menurut RUPS deviden-deviden itu pembayarannya ditangguhkan atau belum akan dibayar kepada para anggota. Ditinjau dari hukum korporasi atau perseroan terbatas, keputusan RUPS adalah keputusan yang harus dipatuhi oleh para anggotanya dan disini pula ditentukan apakah suatu perseroan akan dipailitkan oleh para anggotanya atau tidak (*voluntary petition*). Berdasarkan pertimbangan ini seharusnya dan adalah wajar Pengadilan Niaga Jakarta Pusat menolak permohonan pailit yang diajukan oleh Kurator PT DSS .

PT Manulife memiliki kekayaan Rp. 1.812 milyar, kewajiban Rp. 1.596 milyar, tingkat solvabilitas/likuiditas Rp. 216 milyar, batas solvabilitas minimum Rp. 129 milyar, kelebihan tingkat solvabilitas Rp. 87 milyar dan rasio Rp. 167,26 %.¹¹ Dengan demikian baik secara hukum dan maupun secara ekonomi perusahaan ini tidak tepat untuk dipailitkan. Menurut Ricardo

¹¹ Pengumuman resmi Dirjen Lembaga Keuangan Depkeu, Jumat 14 Juni 2002 yang diterbitkan di berbagai media massa.

Simanjuntak,¹² bahwa persoalan yang mengganggu komunitas bisnis internasional terhadap Indonesia adalah akibat dipailitkannya PT Manulife Indonesia oleh Pengadilan Niaga bukan terletak pada masih sehat atau tidak sehatnya perusahaan asuransi *joint venture* ini, tetapi sebagai akibat dari tidak benarnya putusan Majelis Hakim Niaga yang menyatakan bahwa perusahaan asuransi itu mempunyai utang dividen kepada salah satu pemegang sahamnya, yaitu PT Dharmala Sakti Sejahtera Tbk (dalam pailit), padahal RUPS perseroan itu telah diputuskan bahwa dividen itu tidak akan dibagikan kepada pemegang sahamnya.

Dengan kalimat lain, dengan telah diputuskannya oleh RUPS bahwa dividen tidak dibagikan, *legal entity* itu tidak mempunyai kewajiban ataupun utang dividen kepada para pemegang sahamnya. Mengenai masalah ketidakpuasan Dharmala Sakti Sejahtera (dalam pailit) terhadap putusan RUPS yang merupakan bagian dari padanya, sehubungan dengan kewajiban pembagian dividen seperti yang telah disepakati dalam perjanjian *joint venture* kedua belah pihak, hal itu tentu saja sesuatu yang harus diuji kebenarannya di pengadilan negeri, bukan di pengadilan niaga. Disamping itu, karena menurut Undang-Undang Perseroan No. 1 Tahun 1995 RUPS mempunyai kekuasaan tertinggi dalam menentukan kebijaksanaan perseroan. Sedangkan persetujuan Hakim Pengawas terhadap pengurusan bodel pailit adalah bersifat relatif,

¹² Ricardo Simanjuntak, "Relevansi Eksekusi Putusan Pengadilan Niaga Dalam Transaksi Bisnis Internasional," *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 22 No. 4 Tahun 2003, hlm. 12-13.

artinya tindakan itu tetap sah karena tindakan itu sifatnya adalah untuk penyelamatan kepentingan para Kreditor.¹³

Ketiga, permohonan pailit diajukan terhadap perusahaan asing yang juga sangat *solvent* oleh konsultan jasa asuransi karena perusahaan ini tidak membayar bonus kepada pemohon yang telah memenuhi target penjualan produk asuransi. Perkara kepailitan ini terjadi terhadap PT Prudential Life telah dimohonkan pailit oleh Mr. Lee Boo Siong, konsultan Jasa Asuransi dan keagenan, dengan alasan-alasan bahwa pemohon adalah seorang konsultan yang bergerak di dalam jasa konsultan asuransi dan keagenan. Pada tanggal 1 Juli 2000 oleh dan antara Pemohon dan Termohon telah dibuat dan ditandatangani *Pioneering agency bonus agreement* tertanggal 1 Juli 2000 (selanjutnya disebut perjanjian keagenan) dimana berdasarkan perjanjian keagenan itu Pemohon sebagai konsultan berkewajiban untuk mengembangkan keagenan dalam memasarkan produk-produk asuransi Termohon, sedangkan Termohon berkewajiban untuk melakukan pembayaran (bonus) kepada Pemohon apabila Pemohon telah memenuhi target sebagaimana yang diatur dalam perjanjian keagenan.

Pemohon telah memenuhi target sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 3 perjanjian keagenan. Hal ini terbukti dari premi yang telah dicapai oleh Pemohon melalui agen-agen yang dimaksud dalam Pasal 2 perjanjian keagenan pada tahun pertama periode Juli 2002 s/d 2003 sebesar Rp. 10.023.480.047,- dan biaya perjalanan sebesar Rp. 130.228.800,- Pada kenyataannya

¹³ Ricardo Simanjuntak, *Kemandirian Tugas Kurator dalam Melakukan Pengurusan dan Pemberesan dalam Kepailitan*, Seminar Sehari, PPH, 2004, hlm. 34.

Termohon belum membayar Bonus rekrument dan Bonus konsistensi kepada Pemohon sebesar Rp. 5.727.702.884,-Termohon bukannya memenuhi kewajibannya yang telah jatuh tempo itu, namun ironisnya justru pada tanggal 20 Juli 2004 Termohon telah memutuskan secara sepihak dengan alasan yang direka-reka oleh Termohon tidak lain merupakan itikad tidak baik dari Termohon untuk lari dari tanggung jawabnya, yang sampai tahun 2013 berjumlah Rp. 360.889.358.108,-Termohon juga memiliki utang/kewajiban kepada kreditor lain, yaitu kepada Hartono Hojana, Liem Lie Sia dan Budiman.Pemohon mohon Pengadilan Niaga Jakarta Pusat menyatakan pailit PT Prudential Life.

Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat mengabulkan permohonan pernyataan pailit itukarena telah terpenuhinya syarat-syarat yang ditentukan dalam Pasal 1 ayat (1) jo. Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 , maka PT Prudential Life harus dinyatakan pailit.¹⁴ Mahkamah Agung dalam putusan tingkat kasasi telah membatalkan putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat itudengan pertimbangan bahwaperjanjian keagenan itu telah dibatalkan oleh PT Prudential Life secara sepihak pada tanggal 20 Januari 2004 dengan alasan Pemohon telah aktif melakukan bisnis *multi level marketing*¹⁵ tidak dapat dibenarkan, sehingga permohonan pailit seharusnya dinyatakan ditolak.

PT Prudential Life ini sebenarnya tidak layak untuk dipailitkan.Perusahaan ini sangat *solvent*.Keuangan PT Prudential pada 31 Desember 2003, tingkat *risk*

¹⁴Putusan No. 13/Pailit/2004/PN.Niaga.Jkt.Pst, tanggal 21 April 2004.

¹⁵Putusan Mahkamah Agung No. 08 K/N/2004 tanggal 7 Juni 2004.

based capital-nya mencapai 255%, jauh melampaui ketentuan Departemen Keuangan sebesar 100%. Sementara itu, total pendapatan premi pada 2003 tumbuh 114% jika dibanding pada 2002, dari Rp 477 miliar menjadi lebih dari Rp 1 triliun. Prudential life sangat solvent dengan rasio kecukupan modal terhadap risiko/RBC mencapai 225 persen (Departemen Keuangan menetapkan RBC minimal 100 persen). Total kekayaannya diakhir tahun 2003- mencapai Rp1,575 triliun. Namun, Pengadilan Niaga memutuskan hanya karena memiliki sengketa yang belum dicapai kesepakatan. Padahal, nilai sengketa berdasarkan *Pioneering Bonus Agreement* pun jauh dari total kekayaannya, yakni cuma sekitar Rp1,4 miliar, Undang-Undang Kepailitan tak mensyaratkan hanya perusahaan yang sakit yang dapat dikabulkan permohonan pailitnya. Sebab, adanya Undang-Undang Kepailitan justru sebagai alat paksa agar para debitor mematuhi kewajiban membayar utang dengan dibayang-bayangi ancaman kepailitan jika mengabaikannya.

Secara substansi, tidak diatur hanya Menteri Keuangan (Menkeu) yang dapat mengajukan permohonan pailit perusahaan Asuransi telah dikoreksi RUU Kepailitan (jika debitor perusahaan asuransi dan reasuransi, permohonan pailit hanya dapat dilakukan oleh Menkeu). Tujuannya, menyempurnakan prinsip perlindungan kepentingan umum yang telah diatur dalam Undang-Undang Kepailitan yang berlaku sekarang, yaitu hak khusus permohonan pailit terhadap bank dan perusahaan efek.

Ditinjau dari syarat-syarat yang ditentukan undang-undang, putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat tidak ada salahnya, ketidak wajaran terlihat karena PT

Prudential Life adalah perusahaan asuransi yang mempunyai yang melebihi kewajibannya yang harus dibayar. Namun ditinjau dari sistem hukum kepailitan yang dianut dalam Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 pernyataan pailit itu dapat dipahami seandainya PT Prudential life dapat menyelesaikan kewajibannya setelah pernyataan pailit bila PT Prudential life berniat untuk melakukan pembayaran, atau PT Manulife dapat mengajukan permohonan PKPU untuk melawan permohonan pernyataan pailit itu. Disamping itu, bila dipahami bahwa pernyataan pailit tidaklah berarti kiamat bagi PT Prudential Life, atau pernyataan pailit itu bukanlah berarti pailit dalam arti insolven, karena insolven benar-benar baru terjadi setelah Debitor tidak melakukan perdamaian (pembayaran/penulis) setelah pernyataan pailit itu sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 168 Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 .

Disamping itu, tata cara pemenuhan prestasi para pihak dalam perjanjian asuransi memang berbeda jika dibandingkan dengan perjanjian biasa lainnya. Pada perjanjian asuransi kewajiban dari pihak tertanggung harus dipenuhi terlebih dahulu dalam bentuk pembayaran premi pada saat perjanjian asuransi itu ditanda tangani atau disepakati oleh para pihak. Sementara itu, disisi lain kewajiban (prestasi) perusahaan asuransi sebagai penanggung belum harus dilaksanakan (belum jatuh tempo) hingga potensi resiko yang beban penanggulangnya dipertanggung jawabkan kepada perusahaan asuransi itu terjadi. Artinya, selama resiko itu tidak terjadi, maka kewajiban dari perusahaan asuransi terhadap tertanggung belum timbul, atau hanya dengan memegang

polis asuransi si tertanggung belum dapat dikategorikan sebagai kreditor dari penanggung itu.

Keempat, perusahaan yang menjalankan bisnisnya di bidang penyiaran televisi. Perusahaan ini juga masih *solvent*. Perusahaan ini dinyatakan pailit karena tidak melakukan pembayaran/pelunasan atas *Subordinated Bonds*. Kepailitan ini terjadi dalam *PT Cipta Televisi Pendidikan Indonesia v. Crown Capital Global Limited* di Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, dengan alasan-alasan. Pada tanggal 20 Desember 1996, telah diadakan danditandatangani *Subordinated Bond Purchase Agreement* (Perjanjian Pembelian Surat Utang Jangka Panjang Subordinasi) oleh dan antara Termohon, PT Bhakti Investama sebagai *Placement Agent* (Agen Penempatan) dan *Arranger* (Pengatur) sebagaimana telah dilegalisasi dibawah No. 6567/Leg/1996/Duplo tertanggal 17 Januari 1997 oleh Sulaimansjah, SH., Notaris di Jakarta (*Subordinated Bond Purchase Agreement*) yang pada pokoknya berisikan pengaturan akan penerbitan US\$ 53,000,000.- *Subordinated Bonds in bearer form* (Surat Utang Jangka Panjang Subordinasi dalam bentuk atas unjuk) yang jatuh waktu pada tahun 2006. Pada tanggal 27 Desember 2004 telah diadakan danditandatangani *Debt Sale and Purchase Agreement* (Perjanjian Jual Beli Utang) oleh dan antara *Filago Limited* dan Pemohon (*Debt Sale and Purchase Agreement*), di mana pada pokoknya diketahui bahwa *Filago Limited* sebagai pemilik dari *Subordinated Bonds* (Surat Utang Jangka Panjang Subordinasi) yang diterbitkan berdasarkan *Subordinated*

Bond Purchase Agreement, telah menjual *Subordinated Bonds* yang merupakan kepemilikannya kepada Pemohon. Selanjutnya Filago Limited telah juga menyerahkan Sertifikat Surat Utang Jangka Panjang Subordinasi dalam bentuk atas unjuk, sebagaimana diterbitkan oleh Pemohon di Jakarta pada tanggal 24 Desember 1996 dengan serial: TPI-SB No. 0001 sampai dengan serial: TPI-SB No. 0001 sampai dengan serial TPI-SB No. 0053 (Sertifikat Surat Utang Jangka Panjang) kepada Pemohon. Dengan adanya penyerahan itu maka berdasarkan Pasal 613 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Pemohon merupakan Kreditor sah dari Termohon yang notabene merupakan penerbit *Subordinated Bonds* sebagaimana dibuktikan dengan Sertifikat Surat Utang Jangka Panjang. Dengan demikian telah jelas faktanya bahwa berdasarkan elaborasi itu di atas Pemohon saat ini adalah Kreditor Termohon dan Termohon adalah Debitor Pemohon berdasarkan Utang yang saat ini masih terutang sehingga memenuhi unsur Pasal 1 angka 2 dan 3 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

Sesuai dengan *Subordinated Bond Purchase Agreement jo. Debt Sale and Purchase Agreement* jo. Sertifikat Surat Utang Jangka Panjang, diketahui secara jelas dan tegas bahwa maturity due (tanggal jatuh waktu pembayaran/ pelunasan Surat Utang Jangka Panjang) adalah 24 Desember 2006. Dengan demikian, pada tanggal jatuh waktu itu berkewajiban untuk melakukan pembayaran/pelunasan atas *Subordinated Bonds* kepada Pemohon selaku pemegang dan/atau pemilik dari Sertifikat Surat Utang Jangka Panjang sebesar US\$53,000,000.- (lima puluh tiga juta Dollar Amerika Serikat), namun, pada

tanggal itu (i.e. 24 Desember 2006) Termohon telah tidak melakukan pembayaran apapun sehubungan dengan Surat Utang Jangka Panjang itu kepada Pemohon. Berdasarkan uraian itu di atas, telah terbukti bahwa Termohon setidaknyanya memiliki satu utang yang telah jatuh waktu dan demiki dapat ditagih.

Dengan adanya hak Pemohon atas utang itu di atas, Pemohon melalui kantor hukum DNC telah memberikan pernyataan lalai kepada Termohon sehubungan dengan kegagalan Termohon dalam melakukan kewajiban berdasarkan *Subordinated Bond Purchase Agreement jo. Debt Sale and Purchase Agreement* jo. Sertifikat Surat Utang Jangka Panjang. Pernyataan mana dituangkan dalam Surat DNC Ref.: DNC/204-20/08/XII/431 tanggal 24 Desember 2008 perihal *Sommative and Letter of Demand* dan Surat DNC Ref.: DNC/204-20/09/I/019 tanggal 20 Januari 2009 perihal *Sommative and Letter of Demand II*. Pernyataan lalai sebagaimana diterangkan di atas pada akhirnya ditanggapi oleh Termohon melalui kuasa hukumnya dari kantor hukum Hotman Paris & Partners berdasarkan Surat Ref.: 0013/88.01/ANT- tanggal 23 Januari 2009 perihal Tanggapan. Namun demikian, Termohon tetap tidak melakukan pembayaran/pelunasan utang kepada Pemohon yang pokoknya sebesar US\$ 53,000,000.- (lima puluh tiga juta Dollar Amerika Serikat) di luar bunga, denda dan/atau biaya lainnya.

Permohonan pailit itu telah dikabulkan oleh Pengadilan Niaga Jakarta Pusat PT Cipta Televisi Pendidikan Indonesia dinyatakan pailit karena persyaratan

pernyataan pailit telah terpenuhi.¹⁶ PT Cipta Televisi Pendidikan Indonesia mengajukan permohonan kasasi. Pada tingkat kasasi, Mahkamah Agung mengabulkan permohonan kasasi dari para Pemohon Kasasi: PT Cipta Televisi Pendidikan Indonesia, dan kawan-kawan dan membatalkan putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan menolak permohonan pernyataan pailit dari Pemohon Pailit: CrownCapital Global Limited.¹⁷

Pada pemeriksaan peninjauan kembali, Mahkamah Agung telah menolak permohonan peninjauan kembali yang diajukan CrownCapital Global Limited,¹⁸ dengan pertimbangan hukum bahwa Termohon di persidangan menyangkal adanya utang Termohon kepada Pemohon dengan mendalilkan bahwa utang telah dibayar lunas oleh Termohon pada tanggal 27-12-1996 via transfer BNI '46 sesuai bukti T.1, T.1-1 dan T-2, berupa surat keterangan dari Bank BNI '46 selaku *Paying Agent* yang dibenarkan oleh pihak Bank BNI '46 selaku *Paying Agent* atas pembayaran dimaksud serta dikuatkan oleh keterangan saksi Ir. Budi Rustanto yang didengar keterangannya di bawah sumpah di persidangan dan Erwin Richad Anderesen, SE., yang didengar keterangannya tanpa disumpah.

Dalam laporan keuangan Termohon tahun 2007 dan 2008 tidak tercantum adanya tagihan 53 (lima puluh tiga) surat bond (obligasi) kepada Termohon dan surat-surat bond itu telah dikonversi menjadi loan yang kreditornya adalah Santoro Corporation, tetapi *Judex Facti* dalam putusannya halaman 56 tanpa alasan menurut hukum serta merta menyimpulkan bahwa tidak tercantumnya

¹⁶ Putusan Pengadilan Niaga No. 52/Pailit/2009/PN.Niaga-Jkt.Pst. tanggal 14 Oktober 2009.

¹⁷ Putusan Mahkamah Agung No. 834/Put.Sus/2009 tanggal 15 Desember 2009

¹⁸ Putusan Mahkamah Agung No. 038 PK/Pdt.Sus/2010 tanggal 22 Maret 2010.

tagihan dalam laporan tahunan itu diperkirakansengaja dihapus/dihilangkan oleh Termohon mengingat masalah itu menjadidomein Termohon.

Persoalan pokok dalam perkara ini adalah sejauh mana eksistensiutang yang masih dalam konflik itu yang semula terjadi sekitar bulanApril dan Mei 1993 sebesar USD.50.000.000 merupakan transaksi pinjamanuang dari BIA (*Brunei Investment Agency*) kepada Chase Manhattan BankNA, Singapore (T-4.1 dan T-4-2) yang hingga akhir bulan Desember 1996membengkak menjadi USD. 53.000.000 dalam bentuk surat bondberdasarkan perjanjian penerbitan bond tanggal 20 Desember 1996 hinggaditerbitkannya surat bond itu oleh Termohon pada tanggal 24 Desember1996 sebanyak 53 lembar masing-masing senilai USD. 1.000.000 yang didalamnya ditulis jatuh tempo tanggal 24 Desember 2006 (P-4). Bahwakemudian surat bond itu dibeli oleh *Pregerine Fixed Income, Ltd* selakupemegang surat bond dengan mentransfer uang sebesar USD 53.000.000 kerekening Termohon pada tanggal 26 Desember 1996, dan selanjutnya padatanggal 27 Desember 1996 Termohon membayar lunas dengan mentransferuang itu sebagai pelunasan kepada *Pregerine Fixed Income, Ltd* viaBank BNI '46 sesuai bukti T.1, T.1-1, dan T.2, tetapi asli surat bond yangtelah dikembalikan oleh *Pregerine Fixed Income, Ltd* kepada Termohonmasih dalam penguasaan Pemohon, akan tetapi 53 surat Bond itudibuat sedemikian rupa seolaholahbelum dibayar lunas oleh Termohon, kemudian muncul lagi perusahaanlain yang bernama *Filago Limited* dan *Crown Capital Global Limited* yangmenggunakan 53 surat Bond dimkasud untuk menagih utang aquo pada *PTCipta Televisi Pendidikan Indonesia*.

Eksistensi adanya utang a quo ternyata masih dalam konflik sebab masih diperdebatkan dan dipermasalahkan, bahkan tentang sejauhmanakeberadaan utang itu kini masih sedang diperkarakan di PengadilanNegeri Jakarta Pusat (No.376/Pdt.G/2009/PN.Jkt.Pst) serta melalui prosespidana atas masih dikuasainya asli surat-surat bond itu oleh Pemohonmerupakan serangkaian fakta atau keadaan yang terungkap di persidangan yang menunjukkan bahwa keberadaan utang dalam perkara ini sifatnyakompleks dan tidak sederhana, cukup rumit dan sulit pembuktiannya yang memerlukan ketelitian dan pembuktian yang tidak sederhana pula, sehingga tidak layak dibahas atau diperiksa di Pengadilan Niaga tetapi seharusnya diperiksa melalui proses perkara perdata biasa di Pengadilan Negeri.

Seperti yang disebutkan di atas, persoalan pokok dalam perkara ini adalah sejauh mana eksistensi utang yang masih dalam konflik itu yang semula terjadi sekitar bulan April dan Mei 1993 sebesar USD. 50.000.000 merupakan transaksi pinjaman uang dari BIA (Brunei Invesment Agency) kepada Chase Manhattan Bank NA, Singapore (T-4.1 dan T-4-2) yang hingga akhir bulan Desember 1996 membengkak menjadi USD. 53.000.000 dalam bentuk surat bond berdasarkan perjanjian penerbitan bond tanggal 20 Desember 1996 hingga diterbitkannya surat bond itu oleh Termohon pada tanggal 24 Desember 1996 sebanyak 53 lembar masing-masing senilai USD. 1.000.000 yang di dalamnya ditulis jatuh tempo tanggal 24 Desember 2006 .

Kemudian surat bond itu dibeli oleh Pregerine Fixed Income, Ltd selaku pemegang surat bond dengan mentransfer uang sebesar USD 53.000.000 ke

rekening Termohon pada tanggal 26 Desember 1996, dan selanjutnya pada tanggal 27 Desember 1996 Termohon membayar lunas dengan mentransfer uang itu sebagai pelunasan kepada Pregerine Fixed Income, Ltd via Bank BNI '46 sesuai bukti T.1, T.1-1, dan T.2, tetapi asli surat bond yang telah dikembalikan oleh Pregerine Fixed Income, Ltd kepada Termohon masih dalam penguasaan Pemohon, akan tetapi 53 surat Bond itu dibuat sedemikian rupa seolah-olah belum dibayar lunas oleh Termohon, kemudian muncul lagi perusahaan lain yang bernama Filago Limited dan Crown Capital Global Limited yang menggunakan 53 surat Bond dimaksud untuk menagih utang aquo pada PT Cipta Televisi Pendidikan Indonesia. Dengan rumitnya permasalahan utang dalam perkara ini memang seharusnya perkara ini diselesaikan terlebih dahulu di pengadilan perdata. Dalam perkara kepailitan ini juga tidak dipermasalahkan apakah PT Cipta Televisi Pendidikan Indonesia dalam keadaan *solvent* atau *insolvent*. Pengadilan Niaga PT Cipta Televisi Pendidikan Indonesia dipailitkan karena tidak membayar utang tanpa mempertimbangkan kelayakan dalam mempailitkan suatu korporasi dan tidak mempertimbangkan akibat lain dari kepailitan ini, seperti adanya kepentingan tenaga kerja dalam kepailitan ini.

Kelima, perusahaan yang bergerak dalam bisnis telekomunikasi selular dan merupakan perusahaan yang sangat strategis dalam bisnis telekomunikasi. Pailitnya perusahaan ini menarik perhatian banyak pihak termasuk pihak pemerintah karena perusahaan ini adalah satu-satunya BUMN milik pemerintah yang bergerak dalam industri strategis telekomunikasi,

kondisi perusahaan ini juga sangat *solvent*. Perusahaan ini dipailitkan oleh Pengadilan Niaga Jakarta Pusat karena tidak membayar *Purchase Order* yang menimbulkan utang yang telah jatuh tempo. Kepailitan ini terjadi dalam *PT Telekomunikasi Selular v. PT Prima Jaya Informatika*.¹⁹

Pemohon pailit adalah perusahaan yang bergerak di bidang Teknologi Informasi, di antaranya sebagai distributor dan penjualan vouchertelepon selular dan kartu perdana telepon selular, yang berkedudukan di Jakarta Utara dan berkantor di Graha MIK, Lantai 8, Taman Perkantoran Kuningan, Jalan Setiabudi Selatan Kav.16-17, Jakarta Selatan-12920. Dalam melakukan kegiatan usahanya telah melakukansuatu perikatan hukum dengan Termohon Pailit, sebagaimana ternyata dari Perjanjian Kerjasama tentang Penjualan Produk Telkomsel antara PT Telekomunikasi Selular dan PT Prima Jaya Informatika No. PKS Telkomsel: PKS.591/LG.05/SL-01/VI/2011, No. PKS Prima Jaya Informatika: 031/PKS/PJI-TD/VI/2011, tanggal 01 Juni 2011, dimana telah disepakati PT Prima Jaya Informatika telah ditunjuk untuk mendistribusikan Kartu Prima Voucher Isi Ulang. Berdasarkan ketentuan Pasal 5.1 Perjanjian Kerjasama tentang Penjualan Produk Telkomsel antara PT Telekomunikasi Selular dan PT Prima Jaya Informatika No. PKS Telkomsel: PKS.591/LG.05/SL-01/VI/2011, No. PKS Prima Jaya Informatika: 031/PKS/PJI-TD/2011, tanggal 01 Juni 2011, telah disepakati Perjanjian Kerjasama ini berlaku selama 2 (dua) tahun terhitung sejak tanggal perjanjian ini ditandatangani.

¹⁹ Perkara pailitnya PT Telkomsel ini menjadi perhatian dan termasuk yang diawasi UKP4 suatu lembaga yang berada di bawah Presiden.

Berdasarkan ketentuan Pasal 7.2 Perjanjian Kerjasama tentang Penjualan Produk Telkomsel antara PT Telekomunikasi Selular dan PT Prima Jaya Informatika No. PKS Telkomsel: PKS.591/LG.05/SL-01/VI/2011, No. PKS Prima Jaya Informatika: 031/PKS/PJI-TD/VI/2011 tanggal 01 Juni 2011, PT Telkomsel berkewajiban untuk menyediakan Voucher Isi Ulang bertema khusus olah raga dalam jumlah sedikit-dikitnya 120.000.000 (seratusdua puluh juta) yang terdiri dari Voucher Isi Ulang Rp 25.000,00 (dua puluh lima ribu Rupiah) dan voucher isi ulang Rp 50.000,00 (lima puluh ribu Rupiah) setiap tahun untuk dijual oleh PT Prima Jaya Informatika; 6 Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 7.3 Perjanjian Kerjasama tentang Penjualan Produk Telkomsel antara PT Telekomunikasi Selular dan PT Prima Jaya Informatika No. PKS Prima Jaya Informatika: 031/PKS/PJI-TD/VI/2011 tanggal 01 Juni 2011, PT Telkomsel berkewajiban untuk menyediakan perdana. Kartu Prabayar bertema khusus olah raga dalam jumlah sedikit-dikitnya 10.000.000,- (sepuluh juta) setiap tahun untuk dijual oleh PT Prima Jaya Informatika.

Adapun mekanisme pengajuan dan pengambilan alokasi produk telah ditetapkan sejak awal oleh Termohon Pailit, dan selanjutnya kewajiban masing-masing pihak sebagaimana kesepakatan dalam perjanjian dimaksud telah berjalan lancar tanpa ada masalah. Kemudian di awal tahun kedua berjalannya dimaksud, Pemohon Pailit kembali telah menyampaikan Purchase Order No. PO/PJI-AK/VI/2012/00000027, tanggal 20 Juni 2012, berjumlah Rp 2.595.000.000,- (dua milyar lima ratus sembilan puluh lima juta rupiah), yang ditujukan kepada Termohon Pailit, dengan perincian sebagai berikut.

Kartu Perdana Prima sebanyak 200.000 dengan harga @ Rp.1.000,- jumlah 200.000.000,-; Voucher nominasi 25.000,- sebanyak 80.000,- dengan harga @ Rp.24.000, jumlah Rp.1.920.000.000,-; Voucher nominasi 50.000,- sebanyak 10.000,- dengan harga @ Rp.47.500,00 jumlah Rp.475.000.000,00; Berikutnya pada tanggal 21 Juni 2012, Pemohon Pailit telah pula menyampaikan Purchase Order No. PO/PJI-AK/VI/2012/00000028, tertanggal 21 Juni 2012, berjumlah Rp. 3.025.000.000,00 (tiga milyar dua puluh lima juta Rupiah), dengan perincian sebagai berikut: Kartu Perdana Prima sebanyak 200.000,- dengan harga @ Rp.24.000,- jumlah Rp.2.160.000.000,-; Voucher nominasi 50.000,- sebanyak 10.000,- dengan harga @ Rp.47.500,- jumlah Rp.665.000.000,00; 9 Bahwa berdasarkan Surat PT Telkomsel tanggal 27 Maret 2012 No.0032/ MK.01/SL.06/III/2012, Perihal: Mekanisme Pengajuan dan Pengambilan Alokasi, kembali telah ditentukan sebagai berikut: PT Prima Jaya Informatika mengajukan *Purchase Order* (PO) dilakukan selambat-lambatnya pada hari Rabu maksimal pukul 10.00 Wib. Purchase order yang dikirim selanjutnya akan dilakukan proses *approval*, PT Prima Jaya Informatika dapat melakukan pembayaran setelah mendapat informasi bahwa PO yang diajukan sudah *approval*; Pembayaran atas PO itu dilakukan pada hari Senin paling lambat pukul 12.00 Wib dan pengambilan barang dilakukan maksimal 2 (dua) hari setelah pembayaran PO dan selama ini mekanisme itu di atas yang sejak awal telah dilaksanakan oleh Pemohon Pailit di dalam pengambilan Alokasi Kartu Perdana dan Voucher Kartu Prima dari Pemohon Pailit.

Atas pengiriman Purchase Order-Purchase Order itu Termohon Pailit telah menerbitkan sebagai berikut: a. Untuk Purchase Order No. PO/PJI-AK/VI/2012/00000027, tanggal 20 Juni 2012, Termohon Pailit telah menerbitkan penolakan melalui Electronic Mail (E-Mail) tertanggal 20 Juni 2012 yang pada pokoknya menyatakan sampai saat ini kami belum menerima perintah selanjutnya mengenai pendistribusian produk PRIMA, maka bersama ini kami belum dapat memenuhi permintaan alokasi itu; b. Untuk Purchase Order No. PO/PJI-AK/VI/2012/00000028, tanggal 21 Juni 2012, Termohon Pailit telah menerbitkan penolakan melalui Electronic Mail (E-Mail) tertanggal 21 Juni 2012, (bukti PP-8), yang pada pokoknya menyatakan menghentikan sementara alokasi produk Prima. Dengan demikian, atas Purchase Order No. PO/PJI-AK/VI/2012/00000027, tanggal 20 Juni 2012 akhirnya menimbulkan utang sebesar Rp. 2.595.000.000,00 (dua milyar lima ratus sembilan puluh lima juta Rupiah) yang telah jatuh tempo pada tanggal 25 Juni 2012 berikut untuk Purchase Order No. PO/PJI-AK/VI/2012/00000028, tanggal 21 Juni 2012 sebesar Rp 3.025.000.000,- (tiga milyar dua puluh lima juta rupiah) jatuh tempo pada tanggal 25 Juni 2010, sehingga total tagihan Rp 5.260.000.000,00 (lima milyar dua ratus enam puluh juta Rupiah).

Pemohon Pailit telah berusaha untuk melakukan penagihan atas utang-utang itu di atas kepada Termohon Pailit, dengan menyampaikan peringatan pertama dan terakhir (somasi) kepada Pemohon Pailit, pada tanggal 28 Juni 2012 No. 022/P/KC/VI/2012, untuk melaksanakan Perjanjian Kerjasama tentang Penjualan Produk Telkomsel antara PT Telekomunikasi Selular dan PT Prima

Jaya Informatika No. PKS Telkomsel: PKS.591/LG.05/SL-01/VI/2011, No. PKS Prima Jaya Informatika: 031/PKS/PJI-TD/VI/2011 tanggal 01 Juni 2011, tetapi sampai dengan permohonan Pailit ini didaftarkan pada Pengadilan Niaga Jakarta Pusat, Termohon Pailit tidak pernah membayar utang-utangnya. Pemohon mohon agar PT Telekomunikasi Selular dipailitkan.

Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat,²⁰ telah mengabulkan permohonan pernyataan pailit dari Pemohon Pailit terhadap PT Telekomunikasi Selular karena memang telah terpenuhinya syarat-syarat untuk dikabulkannya permohonan pailit yang diajukan oleh Pemohon Pailit. PT Telekomunikasi Selular mengajukan permohonan kasasi berdasarkan alasan-alasan bahwa penolakan terhadap Purchase Order No. PO/PJI-AK/VI/2012/00000027, tanggal 20 Juni 2012 dan Purchase Order No. PO/PJI-AK/VI/2012/00000028, tanggal 21 Juni 2012 adalah didasarkan oleh Kegagalan Termohon Kasasi dalam memenuhi Perjanjian Kerjasama Tentang Penjualan Produk Telkomsel No. PKS 591/LG.05/SL-01/VI/2011 dan PKS Prima Jaya Informatika No. 031/PKS/PJI-TD/VI/2011 tanggal 1 Juni 2011. Pengadilan Negeri Jakarta Pusat menyatakan bahwa tidak/belum adanya *Aproval* dari Termohon Pailit atas persetujuan *Purchase Order* yang diajukan oleh Pemohon tidak berakibat, Termohon Pailit tidak berkewajiban menyerahkan barang yang diperjanjikan dengan Pemohon pun begitu pula alasan Termohon yang meminta evaluasi perjanjian terhadap Pemohon Pailit karena bersifat sepihak.

²⁰Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat No.48/ Pailit/2012/PN.Niaga.Jkt.Pst tanggal 14 September 2012.

Pemberian hak atau penunjukan Termohon Kasasi sebagai mitra retail untuk menjual produk dari Pemohon Kasasi adalah berdasarkan Perjanjian Kerjasama tentang Penjualan Produk Telkomsel yang disepakati antara PT Telekomunikasi Selular (in casu Pemohon Kasasi) dan PT Prima Jaya Informatika (in casu; Termohon Kasasi) No. PKS Telkomsel: PKS.591/LG.05/SL-01/VI/ 2011 atau No. PKS Prima Jaya Informatika No. 031/PKS/PJI-TD/V1/2011 tanggal 1 Juni 2011 (selanjutnya disebut "Perjanjian Kerjasama"). Sebagai suatu perjanjian/perikatan yang sah maka berdasarkan Pasal 1338 KUH. Perdata Jo. Pasal 1340 KUH. Perdata perjanjian itu berlaku sebagai undang-undang yang mengikat Pemohon Kasasi dan Termohon Kasasi, seperti yang diatur sebagai berikut: Pasal 1338 KUH. Perdata dan Pasal 1340 KUH. Perdata. Berdasarkan ketentuan Pasal 7.3 disepakati bahwa Pemohon Kasasi terikat untuk menyediakan perdana kartu Prabayar bertema khusus olah raga dalam jumlah sedikit-dikitnya 10.000.000 (sepuluh juta) kartu setiap tahun untuk dijual oleh Termohon Kasasi, yang memberikan pengertian bahwa Termohon Kasasi mempunyai kewajiban untuk menjual sedikit-dikitnya 10.000.000 (sepuluh juta) perdana kartu Prabayar bertema khusus olah raga itu dalam setiap tahunnya, dalam masa dua tahun perjanjian itu.

Sejak Perjanjian Kerjasama itu disepakati, dari tanggal 1 Juni 2011 hingga 1 tahun berikutnya, bulan Juni 2012, Termohon Kasasi tidak memenuhi kewajibannya untuk mencapai target penjualan 10.000.000 (sepuluh juta) perdana kartu prabayar itu dimana hingga 31 Mei 2012 Termohon Kasasi

hanya mampu menjual sejumlah 524.000 (lima ratus dua puluh empat ribu) perdana kartu prabayar atau hanya 8% (delapan persen) dari target sales plan sampai dengan akhir Mei 2012 sebesar 6.732.415 (enam juta tujuh ratus tiga puluh dua ribu empat ratus Limabelas) perdana kartu prabayar, sales plan mana telah disepakati oleh Pemohon Kasasi dan Termohon Kasasi di dalam Perjanjian Kerjasama. Fakta itu secara tegas telah disampaikan oleh saksi faktadi bawah sumpah yang diajukan oleh Pemohon Kasasi, Herdin Hasibu dalam persidangan pemeriksaan permohonan pailit. Berdasarkan putusan kasasi No. 852 K/Pdt.Sus/2010 dalam kasus permohonan pailit yang diajukan oleh PT Pertamina Dana Ventura terhadap PTEurocapital Peregrine Securities menyatakan bahwa sikap tindak Judex Facti yang menolak dan atau tidak memberikesempatan yang sama kepada Pemohon Kasasi untuk mengajukan bantahan atas dalil-dalil jawaban Termohon Kasasi yang diserahkan melampaui batas waktu sidang untuk acara jawaban, merupakan pelanggaran atas asas yang berlaku dalam hukum acara perdata in casu asas *Audi et Alteram Partem*. Berdasarkan Mahkamah Agung Republik Indonesia dan putusan Mahkamah Agung No. 667 K/Sip/1973 tanggal 28 Agustus 1974 juncto putusan Mahkamah Agung No. 454 K/Pad/1991 tanggal 29 Januari 1993 juncto putusan Mahkamah Agung no. 516 K/Sip/1995 tanggal 27 Juni 1997, bahwa putusan pengadilan yang melanggar asas *audi et alteram partem* yang dianut dalam hukum acara pengadilan (perdata) adalah batal dan tidak memiliki kekuatan hukum. Berdasarkan Pasal 6.4 dari Perjanjian Kerjasama secara jelas diatur tentang hak dari Pemohon Kasasi untuk

membatasi, mengurangi atau memberhentikan pasokan dalam hal terjadinya wanprestasi oleh pihak Termohon Kasasi, sebagai berikut: Dalam hal MITRA melakukan pelanggaran atau penyimpangan dari yang telah disepakati terkait dengan Perjanjian Kerjasama ini, TELKOMSEL dapat membatasi, mengurangi, atau memberhentikan pasokan salah satu atau keseluruhan jenis Produk Telkomsel yang dijual atau dipasarkan oleh Mitra.

Selain dari Kegagalan Dalam Menjual Produk Telkomsel, Termohon Kasasi Juga Gagal Dalam Memenuhi Kewajibannya Untuk Membangun Suatu Komunitas Yang Berbasis Penggemar Olah Raga (Komunitas Prima) Yang Menjadi Target dari Penjualan Kartu Produk Telkomsel. Berdasarkan Pasal 8.4 dan Pasal 8.7 Perjanjian Kerjasama disepakati bahwa Termohon Kasasi wajib untuk membangun Komunitas Prima yang berbasis penggemar olah raga dengan jumlah anggota sebanyak 10.000.000 dalam 1 tahun.

Pada tingkat kasasi Mahkamah Agung berpendapat bahwa alasan-alasan kasasi itu dapat dibenarkan,²¹ Judex Facti/Pengadilan Niaga Jakarta Pusat itu, ternyata Judex Facti telah salah menerapkan hukum, oleh karena apakah benar telah ada utang Termohon kepada Pemohon dalam perkara ini memerlukan pembuktian yang tidak sederhana oleh karena dalil Pemohon tentang adanya utang Termohon kepada Pemohon ternyata dibantah oleh Termohon, sehingga tidak memenuhi ketentuan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 8 ayat (4) Undang-Undang No.37 Tahun 2004; Oleh karena dalam perkara ini tentang kebenaran adanya utang Termohon Pailit

²¹Putusan Mahkamah Agung No. 704 K/Pdt.Sus./2012 tanggal 21 November 2012.

kepada Pemohon Pailit memerlukan adanya suatu pembuktian yang rumit, dan tidak sederhana sehingga permohonan pailit dari Pemohon tidak memenuhi ketentuan Pasal 8 ayat (4) itu di atas sehingga penyelesaiannya harus dilakukan melalui Pengadilan Negeri dan bukan ke Pengadilan Niaga.

Perusahaan negara yang bergerak dalam pembuatan pesawat udara telah dinyatakan pailit oleh pengadilan niaga Jakarta Pusat atas permohonan pailit yang diajukan oleh para karyawannya karena tidak membayar gaji karyawannya. Perusahaan ini dalam keadaan *solvent* dan tempat bekerja banyak karyawan. Kepailitan ini terjadi dalam *PT Dirgantara Indonesia (Persero) v. Heriyono, dkk.* Para pemohon itu adalah 1. Heryono, bertempat tinggal di Fokker Raya No. 39 RT.02/03, Cimahi, 2. Nugroho, bertempat tinggal di Jalan Taruna No. 7 RT.05/02, Ujung Berung, 3. Sayudi, bertempat tinggal di Perum Bukit Berlian C-15 RT.02/25, Kartamulya Padalarang.

Para Pemohon adalah termasuk dari 6.561 orang pekerja yang diputuskan hubungan kerjanya oleh Termohon berdasarkan Putusan Panitia Penyelesaian Perselisihan Perburuhan Pusat (selanjutnya disebut Putusan P4 Pusat) No.142/03/02-8/X/PHK/1-2004 tanggal 29 Januari 2004 yang telah berkekuatan hukum tetap dengan No. Urut 332, 1742 dan 2082 dari lampiran Putusan P4P No.142/03/02-8/X/PHK/1-2004 tanggal 29 Januari 2004 itu. Kewajiban Termohon untuk membayar kompensasi pensiun kepada para Pemohon adalah merupakan utang Termohon kepada para Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 6 Undang-Undang No.

37 Tahun 2004.

Dengan tidak dilakukannya pembayaran oleh Termohon, walaupun utang itu telah jatuh tempo dan dapat ditagih, maka Termohon menurut Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 dapat dinyatakan pailit. Pemohon mengajukan permohonan pailit terhadap PT Dirgantara Indonesia kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Pengadilan Negeri Jakarta Pusat²² menegabulkan permohonan pailit itu dan menyatakan PT Dirgantara Indonesia (Persero) pailit dengan segala akibat hukumnya, berdasarkan pertimbangan bahwa dengan telah terpeuhinya ketentuan Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, yaitu dengan telah terpeuhinya persyaratan mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, maka permohonan pernyataan pailit dapat dikabulkan.

PT Dirgantara Indonesia (Persero) mengajukan kasasi ke Mahkamah Agung berdasarkan bahwa *Judex Facti* telah salah dalam penerapan hukum mengenai kapasitas hukum para Termohon Kasasi (dahulu para Pemohon) dengan menyatakan bahwa para Termohon Kasasi dapat mengajukan permohonan Pailit sebagaimana dimaksud Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan beserta penjelasannya. Pertimbangan hukum *judex facti* pada halaman 55 putusan *a quo* yang pada pokoknya menyatakan bahwa, PT Dirgantara Indonesia (Persero) tidak termasuk dalam kategori sebagai BUMN yang bergerak di bidang kepentingan publik yang seluruh modalnya dimiliki negara dan tidak terbagi atas saham sebagaimana yang dimaksudkan dalam

²²Putusan Pengadilan niaga Jakarta Pusat No. 41/Pailit/2007/PN.Niaga/Ikt.Pst. tanggal 4 September 2007.

penjelasan Pasal 2 ayat(5) Undang-Undang Kepailitan dan PKPU sehingga dengan demikian paraPemohon mempunyai kapasitas hukum untuk mengajukan permohonan Pailit terhadap Termohon PT Dirgantara Indonesia (Persero). Pertimbangan hukum *judex facti* itu adalah jelas salah menerapkan atau melanggar hukum yang berlaku, khususnya mengenai ketentuan Pasal 2 ayat (5) jo Penjelasan Pasal 2 ayat (5) Undang-Undang Kepailitan, dengan alasan-alasan sebagai berikut. Dengan demikian pula dapat disimpulkan bahwa terhadap PT Dirgantara Indonesia (Persero) tidak dapat dimohonkan pailit oleh pihak manapun kecuali Menteri Keuangan.

Judex facti telah salah dalam penerapan hukum mengenai utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih sebagaimana dimaksud Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. *Judex facti* telah salah dalam penerapan hukum mengenai definisi utang sebagaimana dimaksud Pasal 1 angka 6 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Utang adalah kewajiban yang dinyatakan atau dapat dinyatakan dalam jumlah uang baik dalam mata uang Indonesia maupun mata uang asing, baik secara langsung maupun yang akan timbul di kemudian hari atau kontingen, yang timbul karena perjanjian atau Undang-Undang dan yang wajib dipenuhi oleh Debitor dan bila tidak dipenuhi memberi hak kepada Kreditor untuk mendapat pemenuhannya dari harta kekayaan Debitor. Mengacu pada Pasal 1 angka 6 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 itu, maka jumlah uang yang dituntut oleh para Termohon Kasasi (dahulu para Pemohon) harus pasti. 1.2. Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Kepailitan itu bahwa yang disebut utang adalah

berupa uang dalam jumlah tertentu didasarkan kepada adanya perjanjian atau ketentuan Undang-Undang yang wajib dipenuhi oleh Debitor. Sedangkan didalam putusan P4P yang dimaksud yang dijadikan dasar tuntutan para Termohon Kasasi sama sekali tidak terdapat jumlah uang tertentu yang merupakan kewajiban dari Debitor.

Mahkamah Agung mengabulkan permohonan kasasi yang diajukan oleh PTDI dan membatalkan putusan Pengadilan niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, dengan pertimbangan hukum bahwa alasan-alasan itu dapat dibenarkan,²³ oleh karena *judex facti* telah salah menerapkan hukum dengan pertimbangan Pasal 2 ayat (5) Undang-Undang No.37 Tahun 2004 menyatakan bahwa dalam hal Debitor adalah Badan Usaha Milik Negara yang bergerak dibidang kepentingan publik, maka permohonan pernyataan pailit hanya dapat diajukan oleh Menteri Keuangan. Badan Usaha Milik Negara yang bergerak dibidang kepentingan publik, sesuai dengan penjelasan Pasal 2 ayat (5) Undang-Undang No.37 Tahun 2004, adalah badan usaha milik negara yang seluruh modalnya dimiliki Negara dan tidak terbagi atas saham. Pemohon Kasasi I / PT Dirgantara Indonesia (Persero) adalah badan usaha milik negara (BUMN) yang keseluruhan modalnya dimiliki oleh Negara, yang pemegang sahamnya adalah Menteri Negara BUMN qq Negara Republik Indonesia dan Menteri Keuangan RI qq Negara Republik Indonesia). Perusahaan Perseroan / Persero, menurut Pasal 1 angka 2 Undang-Undang No.19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara, adalah badan

²³Putusan Mahkamah Agung No. 075/PK/Pdt.Sus/2007 tanggal 22 Oktober 2007.

usaha milik negara berbentuk perseroan terbatas yang modalnya terbagi dalam saham yang seluruhnya dimiliki oleh Negara RI, atau badan usaha milik negara berbentuk perseroan terbatas yang modalnya terbagi dalam saham yang paling sedikit 51 % sahamnya dimiliki oleh Negara RI .

Modal Pemohon Kasasi I/Termohon atas saham yang pemegangnya adalah Menteri Negara BUMN qq Negara RI dan Menteri Keuangan RI qq Negara RI adalah untuk memenuhi ketentuan Pasal 7 ayat(1) dan ayat (3) Undang-Undang No.1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas yang mewajibkan pemegang saham suatu perseroan sekurang-kurangnya dua orang, karena itu terbaginya modal atas saham yang seluruhnya dimiliki oleh Negara tidak membuktikan bahwa Pemohon Kasasi I /Termohon adalah badan usaha milik negara yang tidak bergerak dibidang kepentingan publik. Dalam Lampiran Peraturan Menteri Perindustrian RI No.03/MIND/PER/4/2005 (bukti T33) disebutkan bahwa PT Dirgantara Indonesia adalah objek vital industri, dan yang dimaksud dengan objek vital industri adalah kawasan lokasi, bangunan /instalasi dan atau usaha industri yang menyangkut hajat hidup orang banyak, kepentingan Negara dan/atau sumber pendapatan Negara yang bersifat strategis (Pasal 1 angka 1 Peraturan Menteri Perindustrian RI No.03/M- IND/ PER/4/2005 tanggal 19 April 2005). Oleh karena itu, Pemohon Kasasi I /Termohon sebagai badan usaha milik negara yang keseluruhan modalnya dimiliki oleh Negara dan merupakan objek vital industri, adalah badan usaha milik Negara yang bergerak di bidang kepentingan publik yang hanya dapat dimohonkan pailit oleh Menteri Keuangan sebagaimana dimaksud oleh Pasal

2 ayat (5) Undang-Undang No.37 Tahun 2004. Pasal 50 Undang-Undang No.1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara melarang pihak manapun untuk melakukan penyitaan terhadap antara lain uang atau surat berharga, barang bergerak dan barang tidak bergerak milik Negara, sehingga kepailitan yang menurut Pasal 1 angka 1 Undang-Undang No.37 Tahun 2004 merupakan sita umum atas semua kekayaan Debitor Pailit, apabila kekayaan Debitor Pailit itu adalah kekayaan Negara tentunya tidak dapat diletakkan sita, kecuali permohonan pernyataan pailit diajukan oleh Menteri Keuangan selaku Wakil Pemerintah dalam kepemilikan kekayaan negara yang dipisahkan dan bendahara umum negara (Pasal 6 ayat (2) huruf a jo Pasal 8 Undang-Undang No.17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara).

Pailitnya perusahaan yang *solvent* dan prospektif itu di pengadilan niaga bertentangan dengan konsep dan prinsip-prinsip hukum kepailitan korporasi, terutama prinsip *commercial exit from financial distress* dan konsep likuidasi.

B. Kreditor Memilih PKPU untuk Menagih Utang Korporasi Pailit

Ada perkembangan baru yang terjadi di Indonesia, PKPU diajukan oleh kreditor.²⁴ Jika PKPU ini diajukan dengan iktikad baik untuk menghindari pailit, penggunaan PKPU ini mengikuti perkembangan baru dalam kepailitan korporasi. Kreditor-kreditor ini lebih memilih PKPU daripada mengajukan

²⁴Lihat Pasal 222 (3) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 menyatakan: Kreditor dapat mengajukan PKPU terhadap debitor, ketentuan ini sama dengan *Chapter 11 US Bankruptcy Code*, ketentuan ini berlainan dengan Undang-Undang No. 4 Tahun 1998, yang dapat mengajukan PKPU hanya Debitor.

permohonan pailit. Disini, ada berbagai motif kreditor lebih memilih PKPU dari pada kepailitan, diantaranya untuk menghindari iktikad buruk dari kreditor dalam menggunakan lembaga kepailitan, *endings* atau penyelesaian akhir utang-utang melalui proses kepailitan kepailitan itu sendiri tidak menguntungkan bagi kreditor, terutama pada saat likuidasi atau pemberesan budel pailit. Dalam hal ini, mungkin jalan yang lebih baik adalah menggunakan upaya hukum PKPU.

Adanya kecenderungan penggunaan PKPU menjadi pilihan oleh para kreditor karena debitor yang *solvent* tidak membayar utangnya juga dapat dihubungkan dengan *asas kelangsungan usahayang* dianut Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 untuk lebih mengedepankan PKPU yang mempunyai roh perdamaian dan pailit merupakan *ultimum remidium* apabila usaha damai tidak dapat dilaksanakan. Sebaliknya, PKPU jika digunakan dengan iktikad tidak baik, PKPU dapat menjadi instrumen untuk mempercepat dipailitkannya debitor. Oleh karena itu, PKPU belum seutuhnya menjadi instrumen untuk menerapkan *corporate rescue* sebagai konsep dalam penyelesaian utang-utang korporasi. Sedangkan *asas kelangsungan usaha* sama dengan *corporate rescue* dan berbeda dengan PKPU, tetapi asas ini tidak menjadi norma hukum dalam rumusan pasal-pasal Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

Dipilihnya PKPU ini oleh Kreditor dapat dilihat dalam *PT Bank Central Asia, Tbk. PT Arpeni Pratama Ocean Line, Tbk.* PT Bank Central Asia, Tbk suatu perseroan terbatas yang didirikan menurut hukum negara Republik

Indonesia, yang berkedudukan di Jakarta mengajukan permohonan PKPU terhadap PT Arpeni Pratama Ocean Line, Tbk.

Pada tanggal 19 Juli 2011 telah didaftarkan permohonan pernyataan pailit terhadap Termohon PKPU oleh PTAsuransi Cental Asia yang terdaftar di bawah register perkara No. 48/Pailit/PN.Niaga. Jkt. Pst, namun demikian berdasarkan Pasal 229 ayat (3) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, permohonan PKPU ini terlebih dahulu harus diputus. Berdasarkan Akta Perjanjian Kredit No. 33 tanggal 30 April 2008 yang dibuat dihadapan Veronika Nataadmadja, SH di Jakarta dimana Pemohon PKPU telah memberikan fasilitas kredit lokal (Rekening Koran) dengan jumlah yang tidak melebihi Rp. 50.000.000.000,- (lima puluh milyar rupiah) kepada Termohon PKPU untuk keperluan penambahan modal kerja dan perjanjian No. 33 ini telah mengami beberapa kali perubahan. Eksistensi utang Termohon PKPU kepada Pemohon PKPU telah pula diakui secara tegas oleh Termohon PKPU dalam Laporan Auditor independen atas laporan Keuangan Konsolidasi PT Arpeni Pratama Acean Line, Tbk untuk tahun yang berakhir pada tanggal-tanggal 31 Descmber 2010 dan 2009.

Berdasarkan Perjanjian Kredit itudi atas, tanggal jatuh waktu atas fasilitas kredit Termohon PKPU itu adalah sampai dengan tanggal 30 September 2010.Oleh karena sampai dengan tanggal jatuh tempo itu, Termohon PKPU belum juga membayar kewajibannya atas pokok utang, bungan, dan denda sebagaimana yang telah diperjanjikan, maka Pemohon PKPU telah menyampaikan surat-surat peringatan.Pada tanggal 26 April 2011 jumlah

utang pokok Termohon PKPU kepada Pemohon PKPU yang sudah jatuh waktu dan dapat ditagih adalah sebesar Rp. 55.679.041.247,-berdasarkan uraian itudi atas terbukti secara sederhana Termohon PKPU mempunyai utang kepada Pemohon PKPU yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih, Termohon PKPU juga mempunyai utang kepada Pemohon PKPU sejumlah Rp. 100.000.000.000,- yang timbul dari obligasi dan sejumlah USD 9,000,000,- yang timbul dari USD Guaranteed Secured Notes. PT Arpeni PratamaOcean Line, Tbk mempunyai kewajiban kepada kreditor-kreditor lainnya. Berdasarkan surat-surat Pemohon PKPU, Termohon PKPU sudah tidak dapat lagi melanjutkan membayar utang-utangnya yang sudah jatuh waktu dan dapat diagih kepada Pemohon PKPU

Pemohon PKPU dengan ini mengajukan permohonan PKPU terhadap Termohon PKPU untuk membarikan kesempatan kepada Termohon PKPU untuk mengajukan rencana perdamaian yang pada pokoknya berisi penawaran penyelesaian kewajiban Termohon PKPU kepada Pemohon PKPU dalam suatu koridor hukum yang jelas dan pasti. Pemohon mengajukan permohonan PKPU kepada Pengadilan Niaga Jakarta Pusat.

Pengadilan Niaga Jakarta Pusat²⁵ mengabulkan permohonan PKPU untuk paling lama 45 (empat puluh lima) hari terhitung sejak putusan ini diucapkanberdasarkan pertimbangan sebagai berikut bahwa ketentuan Pasal 229 ayat (3) dan Pasal 225 (3) dihubungkan dengan asas kelangsungan usaha sebagai asas Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 dapat diambil pengertian

²⁵Putusan Pengadilan Niaga Pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanggal 24 Agustus 2011 No. 23/PKPU/2011/PN.Jkt.Pst

bahwa maksud diadakannya Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 untuk lebih mengedepankan PKPU yang mempunyai roh perdamaian dan pailit merupakan ultimum remidium apabila usaha damai tidak dapat dilaksanakan sehingga dalam beberapa pasal dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 perintah untuk melakukan perdamaian antara debitor dengan kreditornya kendatipun debitor sudah dinyatakan pailit.

Pasal 229 ayat (4) menyebutkan bahwa permohonan PKPU yang diajukan setelah adanya permohonan pailit yang diajukan terhadap debitor agar dapat diputus terlebih dahulu sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) wajib diajukan dalam sidang pertama pemeriksaan permohonan pailit. Dalam Pasal 229 ayat (3) apabila permohonan pailit dan PKPU diperiksa pada saat yang bersamaan maka permohonan PKPU harus diputus terlebih dahulu. Dengan demikian juga filosofi PKPU dihubungkan dengan waktu perintah Pasal 225 ayat (2) dan (3) dalam hal permohonan PKPU diajukan oleh debitor, maka pengadilan paling lambat dalam waktu 3(tiga) hari harus mengabulkan permohonan PKPU dan apabila permohonan PKPU diajukan oleh kreditor maka pengadilan dalam jangka waktu 20 hari harus mengabulkan permohonan PKPU itu, artinya PKPU mendapatkan prioritas untuk difahulukan pemeriksaannya dan akan diputus terlebih dahulu dari pada perkara pailitnya sedangkan pemeriksaan perkara pailit adalah 60 hari sehingga kata-kata untuk diputus terlebih dahulu dalam Pasal 229 ayat (4) itu tidak perlu ada karena jangka waktu penanganan perkara PKPU lebih pendek dari pada perkara

pailit, yang otomatis perkara PKPU selalu akan diputuskan terlebih dahulu dari perkara pailit karena pailitnya dihentikan.

Dengan demikian dalam kondisi apapun jika ada permohonan PKPU yang diajukan bersamaan dengan atau dalam perkara pailit baik itu dalam satu majelis hakim yang sama atau dalam majelis yang berbeda maka perkara PKPU harus diputus terlebih dahulu sehingga karenanya pasal 229 ayat (4) tidak dapat diterapkan terhadap kreditor. Jika ketentuan pasal 229 ayat 4 itu dibaca secara letterlijke sebagaimana dalil kuasa PT Asuransi Central Asia dalam kasus aquo maka jika kuasa Termohon pailit (PT Arpeni) dalam jawabannya ternyata mengajukan PKPU maka PKPU itu harus ditolak oleh hakim karena yang bersangkutan hadir pada sidang kedua tanggal 3 Agustus 2011 sehingga filosofi perdamaian dan asas kelangsungan usaha menjadi tidak punya makna. Dengan demikian ketentuan Pasal 229 ayat (4) itu harus dibaca sebagai pada kesempatan pertama tersebut ditujukan kepada debitor pailit yang dalam posisi sebagai Termohon pailit agar secepatnya debitor mengambil sikap untuk mengajukan PKPU atau tidak jagang sampai terjadi debitor sebagai Termohon pailit baru mengajukan permohonan PKPU pada saat perkara pailit sudah mendekati putusan dan ketentuan itu bukan untuk kreditor.

Kreditor memilih PKPU dari pada mengajukan permohonan pailit kepada perusahaan yang tidak membayar utang. Permohonan PKPU ini terjadi dalam

*PT Bank Mandiri v. PT Berlian Laju Tanker, Tbk.*²⁶ PT Bank Mandiri mengajukan permohonan PKPU terhadap PT Berlian Laju Tanker, Tbk.

Pada Tahun 2009 antara Pemohon PKPU dan Termohon PKPU telah ditandatangani perjanjian kredit Investasi No. KP-CRO/013/PK-KI/2009 yang dituangkan dalam Akta No. 36 tanggal 27 Mei 2009 yang dibuat dihadapan James Herman Rahardjo, SH, Notaris di Jakarta Pusat, dengan limit kredit sebesar Rp. 500.000.000.000,- (lima ratus milyar rupiah) dan Termohon PKPU memperoleh fasilitas kredit dari Pemohon PKPU untuk pembiayaan fixed asset berupa 6 (enam) unit kapal yaitu untuk kapal-kapal KM Kunti, KM Bramani, KM Gas Sumatera, KM Gas Jawa, KM Pradapa dan KM Ontari. Terhadap fasilitas fasilitas kredit yang diterima oleh Termohon PKPU itu, Termohon PKPU memberikan agunan berupa grosse Akta Hipotek dan Kuasa untuk menjual yang sepenuhnya menjadi jaminan atas terpenuhinya kewajiban-kewajiban Termohon PKPU kepada Pemohon PKPU.

Berdasarkan ketentuan Pasal 10 ayat 2 perjanjian kredit telah diatur mengenai pembayaran kembali fasilitas kredit jo surat PT Bank Mandiri (Pesero) Tbk., No. CBG.CB2/D06.085/2009 tanggal 18 Juni 2009. Berdasarkan ketentuan itu, Termohon PKPU terikat untuk melakukan pembayaran angsuran triwulanan kepada Pemohon PKPU sesuai dengan jadwal dan jumlah pembayaran yang diatur dalam Pasal 10 ayat 2 perjanjian kredit jo. Surat PT Bank Mandiri (Persero) Tbk., No. CBG.CB2/D06.085/2009 tanggal 18 Juni 2009 perihal penyesuaian jadwal angsuran pokok kredit investasi dan juga

²⁶ Putusan PKPU Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 27/PKPU/2012/PN.Niaga.Jkt.Pst Tanggal 3 Juli 2012.

pembayaran bunga atas fasilitas kredit sesuai ketentuan Pasal 5 perjanjian Kredit serta biaya-biaya sesuai ketentuannPasal 6 dan Pasal 7 perjanjian kredit.Tagihan yang telah jatuh tempo dan harus dibayar oleh Termohon PKPU pada triwulan pertama tahun 2012 jatuh tempo tanggal 29 Februari 2012 adalah berupa angsuran pokok sebesar Rp. 25.000.000.000,- (dua puluh lima milyar) yang Termohon PKPU hanya dibayarkan sebesar Rp. 369.270.230,89 yaitu dibayar pada tanggal 29 Pebruari 2012, 28 Maret 2012, 25 April 2012 dan 25 Mei 2012. Pembayaran ini jelas tidak sesuai dengan kesepakatan yang telah diperjanjikan dalam perjanjian kredit dan telah tertunggak dan jatuh tempo.

Selain itu, Termohon PKPU juga menunggak pembayaran angsuran yang telah jatuh tempo pada triwulan kedua tahun 2012, jatuh tempo pada tanggal 29 Mei 2012, adalah berupa anguran pokok sebesar Rp. 25.000.000.000,- , yang oleh Termohon PKPU sama sekali belum dilakukan pembayaran kepada Pemohon PKPU, sebagaimana telah diperjanjikan dalam perjanjian kredit. Tindakan Termohon PKPUitu juga bertentangan dengan ketentuan Pasal 18 ayat (2) pejanjian kredit.Atas wanprestasi atas pembayaran dari Termohon PKPU itu, Pemohon PKPU telah berulang kali mengingatkan dan mengirimkan surat-surat dan somasi kepada Termohon PKPU agar segera melakunan pembayaran kepada Pemohon PKPU, akan tetapi Termohon PKPU tidak dapat memenuhi kewajibannya sesuai dengan pernjanjian kredit bahkan terkesan Termohon PKPU tidak beriktikad baik karena telah

mengajukan *debt standstill* melalui pengadilan Negara Singapura, untuk melindungi diri dari tagihan-tagihan para kreditornya.

Pemohon PKPU telah mengirim somasi kepada Termohon PKPU tertanggal 2 Maret 2012, 26 Maret 2012, dan 9 April 2012. Pada tanggal 22 Mei 2012, Pemohon PKPU kembali mengirim surat tertanggal 22 Mei 2012 yang menegaskan posisi kewajiban bunga, angsuran pokok, tunggaka dan denda masih belum terselesaikan dan sudah jatuh tempo serta tagihan yang akan jatuh tempo berikutnya, sesuai dengan ketentuan Pasal 20 ayat 1 dan 2 perjanjian kredit, Termohon PKPU telah memenuhi ketentuan untuk dapat dinyatakan wanprestasi dan seluruh tagihan telah menjadi jatuh tempo dan harus dibayar sekaligus dan seketika, oleh karenanya Pemohon PKPU mengirim surat tertanggal 30 Mei 2012 tentang pernyataan lalai/wanprestasi (*default*) Pemohon PKPU telah menyatakan Termohon PKPU lalai/wanprestasi dan seluruh fasilitas kredit menjadi jatuh tempo wajib untuk dilunasi sekaligus, sebagaimana yang ditentukan Pasal 1238 KUH. Perdata. Sesuai pula dengan ketentuan Pasal 10 ayat 1 butir b perjanjian kredit, semakin tegas menunjukkan Termohon PKPU harus dan wajib membayar kembali/melunasi secara sekaligus dan seketikasampai dengan tanggal 8 Juni 2012, Termohon PKPU memiliki kewajiban yang telah jatuh tempo sebesar Rp. 250.622.185.247,29, yang terdiri dari utang pokok sebesar Rp. 249.630.729.796,11, utang denda Rp. 991.455.451,18, jumlah mana yang masih akan terus bertambah sampai seluruh utang dibayar lunas.

Dengan lewatnya batas waktu yang dibeikan Pemohon PKPU sebagaimana dijelaskan di atas tanpa diterimanya pembayaran sesuai dengan jadwal dan jumlah yang telah diperjanjikan dan tidak adanya pembayaran lunas dari Termohon PKPU membuktikan bahwa utang Termohon PKPU kepada Pemohon PKPU membuktikan bahwa utang Termohon PKPU kepada Pemohon PKPU telah jatuh tempo dan dapat ditagih serta telah memenuhi unsur Pasal 222 ayat (3) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Pemohon mengajukan permohonan PKPU kepada Pengadilan Niaga Jakarta Pusat.

Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat telah mengabulkan permohonan PKPU itu berdasarkan pertimbangan bahwa permohonan Pemohon PKPU terhadap PKPU telah memenuhi ketentuan Pasal 222 ayat (1), (2) dan (3) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, oleh karenanya beralasan hukum bagi Majelis Hakim untuk mengabulkan permohonan PKPU ini untuk sementara yaitu 45 (empat puluh lima) hari dihitung sejak putusan PKPU ini diucapkan;

PT Bank Mandiri v. PT Berlian Laju Tanker, Tbk.,²⁷ permohonan PKPU dikabulkan hanya berdasarkan pertimbangan normatif yang terdapat dalam Pasal 222 ayat (1), (2) dan (3) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Selanjutnya, dua dari perkara PKPU itu, permohonan PKPU dinyatakan tidak dapat diterima, yaitu dalam *PT Putra Sejati Indomakmur v. PT Pertamina Hulu Energi Raja Tempirai dan PT Golden Spike Energy Indonesi* dengan pertimbangan sampai dengan permohonan a quo, JOB

²⁷ Putusan PKPU Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 27/PKPU/2012/PN.Niaga.Jkt.Pst tanggal 3 Juli 2012.

Pertamina-Golden Spike Indonesia Ltd qq Para Termohon belum menyelesaikan kewajibannya sebesar USD 1.215.918 (satu juta dua ratus lima belas ribu sembilan ratus delapan belas koma tujuh puluh delapan sen dollar Amerika Serikat), hal ini membuktikan bahwa utang JOB Pertamina-Golden Spike Indonesia Ltd qq Para Termohon kepada Pemohon telah jatuh tempomdan dapat ditagih dan disamping pihak JOB Pertamina-Golden Spike Indonesia Ltd qq Para Termohon memiliki utang yang sudah jatuh tempo dan dapat ditagih kepada Pemohon sebagaimana disebutkan di atas, Pihak JOB Pertamina-Golden Spike Indonesia Ltd qq Para Termohon juga memiliki utang kepada para Kreditor lain, diantaranya: PT Lemtek Konsultan Indonesia dan PT Global Pasific Energy.

Putra Sejati Indomakmur v. PT Pertamina Hulu Energi Raja Tempirai dan PT Golden Spike Energy Indonesia permohonan PKPU dinyatakan tidak diterima dengan pertimbangan dimana Para Termohon telah melakukan kerja sama dalam bentuk *Joint Operation Boddy-Production sharing Contract* untuk mengeksplorasi di Blok Raja dan Pendopo di Sumatera Selatan dimana pihak JOB Pertamina-Golden Spike Indonesia Ltd qq Para Termohon memiliki utang yang sudah jatuh tempo dan dapat ditagih kepada Pemohon sebagaimana disebutkan di atas, Pihak JOB Pertamina-Golden Spike Indonesia Ltd qq Para Termohon juga memiliki utang kepada para Kreditor lain, diantaranya: PT Lemtek Konsultan Indonesia dan PT Global Pasific Energy.

Berdasarkan empat permohonan PKPU yang diajukan oleh kreditor itu, satu diantaranya permohonan PKPU dikabulkan oleh Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat menerapkan konsep *corporate rescue*, yaitu dalam *PT Bank Central Asia, Tbk v. PT Arpeni Pratama Ocean Line, Tbk.*, berdasarkan pertimbangan ketentuan Pasal 229 ayat (3) dan Pasal 225 ayat (3) dihubungkan dengan asas kelangsungan usaha sebagai asas Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 dapat diambil pengertian bahwa maksud diadakannya Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 untuk lebih mengedepankan PKPU yang mempunyai roh perdamaian dan pailit merupakan *ultimum remedium* apabila usaha damai tidak dapat dilaksanakan sehingga dalam beberapa pasal dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 perintah untuk melakukan perdamaian antara debitor dengan kreditornya kendatipun debitor sudah dinyatakan pailit. Putusan PKPU ini merupakan putusan yang lebih maju dari pada putusan PKPU yang diajukan kreditor yang hanya berdasarkan alasan yang sangat normatif.

C. Mahkamah Agung Melakukan Terobosan Hukum (*Legal Breakthrough*) Menerapkan Asas Kelangsungan Usaha terhadap Perusahaan yang Masih *Solvable* dan *Viable* (Prospektif)

Mahkamah Agung dalam putusan peninjauan kembali (PK) dalam *PT Citra Jimbaran Indah Hotel v. Ssangyong Engeneering & Construction Co. Ltd.* telah melakukan terobosan hukum (*legal breakthrough*) terhadap Undang-Undang No. 4 Tahun 1998. Terobosan hukum adalah merupakan *Judge made*

law,²⁸ atau penemuan hukum yang biasa dilakukan oleh hakim dalam penerapan hukum. Undang-undang lebih ditafsirkan tidak secara tekstual tetapi lebih kepada keadilan dan kemanfaatan. Walaupun *judge law* ini biasa dilakukan dalam tradisi *common law*, namun di Indonesia Mahkamah Agung dapat pula melakukan *judge made law* ini.

Terobosan hukum dalam perkara kepailitan ini dilakukan untuk membatalkan putusan pailit terhadap perusahaan yang solvable dan masih mempunyai prospektif. Ssangyong Engineering & Construction Co. Ltd. mengajukan permohonan pailit terhadap PT Citra Jimbaran Indah Hotel. Berdasarkan *Construction contract* yang telah disepakati tanggal 28 Oktober 1991 atas suatu hotel atau resort hotel yang dikenal dengan nama Bali Intercontinental Resort, Termohon telah menyetujui untuk membayar kepada Pemohon uang sejumlah US \$ 75,558,774.50. Pemohon telah melaksanakan pembangunan hotel sesuai dengan perjanjian konstruksi dan suatu masa (*defect liability period*) telah dilalui karenanya Termohon menerbitkan sertifikat penyelesaian (*certificate of completion*), yang menyatakan Pemohon telah menyelesaikan pembangunan hotel dan diterima dengan baik oleh Termohon. Pemohon telah melaksanakan prestasi kepada Termohon dan karenanya timbul kewajiban Termohon untuk melunasi seluruh pembayaran kepada Pemohon, namun pada kenyataannya Termohon tidak melunasi seluruh pembayaran itu.

²⁸ Malcolm D.H. Smith and Kevin s. Pose, *Legal proces, Commentatory and Materials*, CBC Casebodes, Sydney, fifth edition, 1998, hlm 562. *There is not doubt that historically judges did make law, at least in sense formulating it. Even now when they are against innovation, they have never formally abrogated theirs power : their attitude is : we could if we would but we think it better not. Most commentators therefore start from the assumption that English judges are law maker and that real question is weather they should not make law with more verve than they do.*

Pemohon telah sedikitnya sebanyak 3 (tiga) kali menegur atau mensomasi Termohon, akan tetapi tetap tidak mau membayar utangnya kepada Pemohon. Setelah berupaya menagih piutangnya selama lebih kurang 3 (tiga) tahun, akhirnya atas iktikad baik dari Pemohon, maka pihak Termohon yaitu dengan cara membayar angsuran sebagaimana dituangkan dalam perjanjian khusus (*payment of agreement*) yaitu mengatur jadwal pembayaran utang sebagaimana itu dalam surat permohonan. Akan tetapi perjanjian yang telah disepakati tidak juga dilaksanakan oleh Termohon.

Berdasarkan *Payment Agreement*, Termohon mengakui berutang kepada Pemohon sejumlah Rp. 7,362,610.84 (Tujuh juta tiga ratus enam puluh dua ribu enam ratus sepuluh dollar Amerika dan delapan puluh empat sen).

Dengan *payment agreement* itu Pemohon telah memberikan keringanan pembayaran utang kepada Termohon berupa Penghapusan bunga dari pokok utang seperti yang telah diakui oleh Termohon dalam *payment agreement*, sehingga jumlah sisa utang Termohon yang masih harus dibayar adalah sebesar Rp. 3.920.371.00 (tiga juta sembilan ratus dua puluh ribu tiga ratus tujuh puluh satu dollar Amerika Serikat). Jumlah sisa utang itudi atas harus dibayarkan kepada Pemohon dalam 11 (sebelas) kali angsuran.

Termohon dan Pemohon berdasarkan *payment agreement* telah sepakat dan setuju bahwa dalam hal Termohon tidak menepati atau tidak melaknakan pembayaran utang kepada Pemohon sebagaimana yang telah diatur dan disepakati serta dituangkan dalam lampiran 2 *payment agreement*, maka

~~Termohon menjadi tidak berhak atas pemotongan bunga sebagaimana~~

dimaksud dalam angka 5 payment agreement, ternyata Termohon tidak membayar utangnya sebagaimana telah diatur dalam payment agreement. Termohon hanya membayar 5 (lima) kali angsuran pertama yang seluruhnya sebesar US \$ 1.500,000.00 (Satu juta lima ratus ribu dollar Amerika). Berdasarkan uraian itudi atas, utang Termohon kepada Pemohon sebesar Rp. US \$ 5,979,663.06

Dengan tidak dilunasinya pembayaran secara angsuran sebagaimana yang telah disepakati dalam payment agreement, maka berdasarkan ketentuan angka 5 payment agreement itu secara serta merta telah jatuh waktu dan dapat ditagih oleh Pemohon. Selain kepada Pemohon, Termohon juga mempunyai utang-utang kepada pihak lain sebagai berikut. Utang kepada PT Bank Bumi Daya (Persero) yang beralamat di jalan Imam Bonjol No. 61 Jakarta. Utang kepada PT Bank Negara Indonesia, Tbk yang berlamat di Jalan Jenderal Sudirman Kav.1 Jakarta.

Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan putusan No. 41/PAILIT/1999/PN.Niaga/Jkt.Pst Tanggal 26 Juli 1999 telah menolak permohonan pailit yang diajukan oleh Ssangyong Engineering & Construction Co. Ltd., itu dengan pertimbangan bahwa bunga (interest) yang tertulis dalam payment agreement bukan bunga dalam arti rente akan tetapi bersifat ganti kerugian (*schade*) karena muncul dan dihitung setelah debitor melakukan prestasi. Berdasarkan pertimbangan itu pengadilan berpendapat bahwa oleh karena hubungan hukum yang menjadi dasar permohonan ~~pernyataan pailit adalah bukan suatu hubungan hukum pinjam meminjam~~

uang, maka permohonan pernyataan pailit dari Pemohon harus ditolak, yang perlu dipertimbangkan adanya kreditor lain selain Pemohon.

Ssanyong Engineering & Construction Co. Ltd. mengajukan permohonan kasasi ke Mahkamah Agung. Mahkamah Agung RI dalam putusan kasasi Mahkamah Agung RI No. 027 K/N/1999 Tanggal 14 September 1999 telah mengabulkan permohonan kasasi itu. Adapun yang menjadi alasan pengajuan permohonan kasasi: Pertama, Pengadilan Niaga telah salah menerapkan hukum tentang hubungan hukum dan utang sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998. Pengadilan Niaga berpendapat bahwa hubungan hukum yang timbul dalam perkara ini adalah hubungan hukum kontrak pekerjaan bangunan bukan hubungan pinjam meminjam uang dan oleh karena itu utang yang timbul pun adalah bukan utang yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998. Pendapat pengadilan niaga itu jelas berlainan, karena meskipun hubungan hukum yang terjadi dalam perkara ini adalah hubungan hukum pemborongan pekerjaan hotel, namun karena Termohon sebagai pemilik pekerjaan tidak membayar/tidak memenuhi kewajibannya membayar sejumlah uang sesuai yang diperjanjikan karena Pemohon telah melaksanakan pemborongan/pekerjaan yang merupakan kewajibannya, maka kewajiban Termohon itu menjadi utang Termohon. Pengertian utang menurut doktrin ilmu hukum maupun menurut undang-undang adalah kewajiban yang dinyatakan atau dapat dinyatakan dalam jumlah uang baik dalam mata uang Indonesia maupun mata uang asing, baik yang timbul secara langsung atau

tidak langsung karena perjanjian atau undang-undang yang wajib dipenuhi oleh debitor dan bila dipenuhi memberikan hak kepada kreditor untuk mendapatkan pembayarannya dari harta kekayaan debitor.

Pengadilan Niaga telah salah menerapkan hukum tentang bunga. Pengadilan niaga berpendapat bahwa bunga yang terdapat pada *payment agreement* bukan bunga dalam arti rente akan tetapi bersifat ganti kerugian (*schade*) karena menurut dan dihitung setelah debitor melakukan wanprestasi. Pertimbangan inipun keliru karena bertentangan dengan penjelasan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998. Pengadilan niaga telah salah menerapkan hukum tentang adanya 2 (dua) kreditor dimana dalam perkara ini selain Pemohon yang menjadi kreditor dari Termohon, juga PT Bank Negara Indonesia dan PT Bank Bumi Daya. Adapun yang menjadi pertimbangan hukum Mahkamah Agung mengabulkan untuk mengabulkan permohonan Pemohon karena syarat untuk dipailitkan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998: Pertama, telah terpenuhinya unsur utang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998. Secara umum, utang (*debt*) adalah janji absolut untuk membayar sejumlah uang tertentu (*to pay a certain some of money*) pada waktu yang telah ditentukan (*on a certain date*) tetapi juga sebagai kewajiban untuk membayar sejumlah uang kepada orang lain (*an obligation of one person to pay another*). Dengan demikian utang in casu yang berupa kewajiban Termohon membayar sejumlah uang kepada Pemohon sebagai pembayaran sisa nilai pekerjaan pembangunan Hotel Bali

Inter Continental Resort adalah utang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 1998.

Utang itu telah jatuh tempo. Menurut kesepakatan antara Pemohon dan Termohon telah ditentukan jadwal pembayaran, jika jadwal itu tidak dipenuhi, Pemohon berhak untuk mengakhiri perjanjian itu. Pemohon telah menegur Termohon untuk memenuhi isi kesepakatan itu, namun Termohon tidak memenuhinya. Meskipun akhir dari penjadwalan itu akan berakhir pada tanggal 30 Juli 1999, namun karena jadwal pembayaran cicilan itu tidak ditepati, maka utang Termohon telah jatuh tempo dan dapat ditagih. Termohon merupakan Debitor PT Bank Negara Indonesia dan PT Bank Bumi Daya. Termohon mengajukan pemeriksaan peninjauan kembali (PK) ke Mahkamah Agung. Mahkamah Agung dalam putusan peninjauan kembalinya pada tanggal 1 November 1999 No. 024 PK/N/1999 telah membatalkan putusan Mahkamah Agung tanggal 14 September 1999 No. 027 K/N/1999 dan putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanggal 26 Juli 1999 No. 41/Pailit/1999/PN.Niaga/Jkt.Pst dan menolak permohonan pailit dari Pemohon. Adapun yang menjadi Pertimbangan hukum dalam pemeriksaan PK bahwa Majelis Hakim kasasi telah melakukan kesalahan berat karena telah mengabaikan bunyi penjelasan umum dari makna yang terkandung dalam PERPU No. 1 Tahun 1989 yang telah ditetapkan menjadi Undang-undang No. 4 Tahun 1998 dimana secara esensial ditentukan bahwa kepailitan penerapannya harus dilakukan/diselesaikan secara adil dalam arti memperhatikan kepentingan perusahaan sebagai debitor atau kepentingan

kreditor secara seimbang. Potensi dan prospek dari usaha Debitor harus pula dipertimbangkan pula secara baik. Jika Debitor masih mempunyai potensi dan prospek, sehingga merupakan tunas-tunas yang masih dapat berkembang seharusnya masih diberi kesempatan untuk hidup dan berkembang. Oleh karena itu penjatuhan pailit merupakan ultimum remidium". Debitor pailit memiliki usaha hotel berbintang lima bernama Hotel Bali Intercontinental resort berlokasi di kawasan Wisata Pulau Bali. Kawasan itu selama terjadi krisis ekonomi dan keuangan relatif tidak terpengaruh, justru sebaliknya telah menuai keuntungan-keuntungan/advantages dan benefits dari kurs nilai tukar antara rupiah dan dollar Amerika Serikat. Potensi dan prospek itu telah dimiliki oleh debitor, hal ini terbukti dengan adanya keberatan dari para kreditor lainnya yaitu dari Bank Negara Indonesia dan Bank Bumi Daya yang merasa kepentingannya dirugikan jika debitor pailit dijatuhkan pailit.

Piutang yang dimiliki oleh PT Bank Bumi Daya dan PT Bank Negara Indonesia adalah kurang lebih Rp. 610.000.000.000,- (Enam ratus sepuluh milyar). Piutang para kreditor lainnya itudi atas merupakan suatu jumlah yang jauh lebih besar jika dibandingkan dengan piutang Pemohon pailit yang berjumlah US \$ 5,979,863.06 (lima juta sembilan ratus tujuh puluh sembilan ribu delapan ratus enam puluh tiga dollar Amerika dan enam sen). Dengan adanya keberatan dari bank itudi atas Debitor/Termohon pailit telah diadakan restrukturisasi menunjukkan bahwa usaha Debitor masih mempunyai potensi dan prospek untuk berkembang dan selanjutnya dapat memenuhi kewajibannya kepada seluruh Kreditor di kemudian hari dan oleh karena itu

Debitor/Termohon pailit bukan merupakan *a Debitor is hopelessly in debt*. Berdasarkan *construction contract* antara Pemohon pailit dan Debitor pailit ternyata kewajiban debitor pailit semula adalah sebesar Rp. US \$ 75,558,774.50 (tujuh puluh lima juta lima ratus lima puluh delapan ribu tujuh puluh tujuh empat dollar dan lima puluh sen) sedangkan sisa utang sekarang US \$ 5,979,863.06 (lima juta sembilan ratus tujuh puluh sembilan ribu delapan ratus enam puluh tiga dollar dan enam sen) menunjukkan debitor telah memenuhi sebagian besar kewajibannya dan selayaknya diberi kesempatan melunasi sisa kewajibannya secara wajar. Dalam hal ini walaupun terbukti telah mempunyai utang yang telah jatuh tempo dapat ditagih, tetapi debitor masih mempunyai keyakinan untuk memberdayakan kembali usahanya debitor dapat memohon PKPU²⁹ dan berdasarkan pasal 217 Undang-undang Kepailitan apabila permohonan pailit dan permohonan PKPU diajukan pada saat yang bersamaan, maka permohonan PKPU harus diputuskan terlebih dahulu, hal inilah yang membedakannya dengan chapter 11 US bankruptcy code dalam restrukturisasi utang dan organisasi itu.

Perlunya lembaga PKPU dan *Chapter 11* dalam sistem hukum kepailitan, sejalan dengan pendapat beberapa penulis yang prinsipnya meragukan manfaat dari hukum kepailitan dalam mengatasi masalah seputar hal kreditor-debitor dan masalah insolvensi debitor. Upaya-upaya mengatasi atau menolong perusahaan dalam kesulitan keuangan juga dapat ditengarai dari diterbitkannya *principles for multy-bank workouts* atau *statement of*

²⁹ Ricardo Simanjuntak, *op. cit*, hlm. 12.

principles for a global approach to multi-creditor workouts, pada Tahun 2000 yang disusun oleh INSOL International yang dinaungi oleh INSOL Lender Group. Pada dasarnya ke-7 prinsip yang dituangkan dalam paduan itu adalah hasil pengamatan yang telah berlangsung selama kurang lebih 30 tahunan, yang akhirnya mengantarkan para kreditor dan lembaga keuangan internasional yang tergabung dalam INSOL itu, pada suatu keyakinan bahwa sebagai kreditor mereka : *...can achieve better returns through supporting an orderly and expeditious rescue or workout of a business in financial difficulty than by forcing it into formal insolvency.*³⁰

Sebagaimana yang telah diuraikan, hukum kepailitan korporasi (perseroan) Indonesia tidak mengenal konsep seperti yang diatur dalam *chapter 11 US bankruptcy code*, karena, perusahaan yang dinyatakan pailit atau yang sedang dimohonkan pailit dapat mengajukan permohonan PKPU sebagai upaya hukum untuk melawan permohonan pailit yang diajukan oleh Kreditor, jika Debitor itu memang dalam keadaan solven. Adanya prospek yang baik, adanya iktikad baik serta sikap kooperatif dari Debitor tidak dapat dijadikan pertimbangan untuk tidak mengabulkan permohonan pailit oleh hakim niaga. Namun dalam putusan kembali (PK), Mahkamah Agung dalam putusan No. 024/PK/N1999 dalam *PT Citra Jimbaran Indah Hotel v.Ssangyong Engineering & Construction Co. Ltd* telah mengabulkan permohonan peninjauan kembali dengan pertimbangan bahwa potensi dan prospek dari usaha Debitor harus pula dipertimbangkan pula secara baik. Jika Debitor

³⁰ *Statement of Principles for A Global Approach to Multy-Creditor Workouts-INSOL International-London, 2000, hlm.4.*

masih mempunyai potensi dan prospek, sehingga merupakan tunas-tunas yang masih dapat berkembang seharusnya masih diberi kesempatan untuk hidup dan berkembang. penjatuhan putusan pailit merupakan ultimum remidium. Disamping itu, terhadap Debitor/Termohon pailit telah diadakan restrukturisasi menunjukkan bahwa usaha Debitor masih mempunyai potensi dan prospek untuk berkembang dan selanjutnya dapat memenuhi kewajibannya kepada seluruh Kreditor di kemudian hari dan oleh karena itu Debitor/Termohon pailit bukan merupakan *a Debitor is hopelessly in debt*.

Pendapat Majelis peninjauan kembali pada Mahkamah Agung ini telah banyak mendapat kritikan oleh para Ahli Hukum Kepailitan di Indonesia, karena hukum kepailitan Indonesia tidak mempunyai prinsip demikian dan putusan ini dinilai tidak merupakan standar putusan hukum kepailitan. Dalam hal ini, walaupun terbukti telah mempunyai utang yang telah jatuh tempo dapat ditagih, tetapi debitor masih mempunyai keyakinan untuk memberdayakan kembali usahanya debitor dapat memohon PKPU³¹ dan berdasarkan Pasal 217 Undang-undang Kepailitan apabila permohonan pailit dan permohonan PKPU diajukan pada saat yang bersamaan, maka permohonan PKPU harus diputuskan terlebih dahulu. Hal inilah yang membedakannya dengan *Chapter 11 US Bankruptcy Code* dalam restrukturisasi utang dan organisasi itu.

Kritikan terhadap putusan Mahkamah Agung dalam pemeriksaan peninjauan kembali dapat dilihat dari dua sisi yang berbeda. Dari sisi

³¹ Ricardo Simanjuntak, *op. cit.*, hlm. 12.

sengketa itu terlebih dahulu harus diselesaikan melalui pengadilan perdata. Disini Mahkamah Agung menggunakan syarat pembuktian sederhana sebagai *clausule escape* untuk melindungi dampak langsung dari suatu permohonan pailit terhadap perusahaan-perusahaan yang masih *solvable* dan *viable*. Perusahaan-perusahaan ini sebenarnya juga tidak layak untuk dinyatakan pailit.

Dalam yurisprudensi Nederland,³² disebutkan bahwa penagih utang yang mohon pailit cukup menunjukkan secara summir dasar-dasar gugatannya bahwa persyaratan itu telah ada dan terpenuhi. Bahkan putusan-putusan Hoge Raad³³ lebih lanjut menyatakan bahwa dalam permohonan pailit itu belum perlu disebutkan jumlah utang yang pasti (eksak). Kepastian ini nanti baru pasti jumlah utangnya dalam tahap rapat verifikasi setelah putusan pailit dijatuhkan. Dengan demikian, cukuplah secara sumir dapat dinyatakan bahwa fakta-fakta atau keadaan-keadaan dimana si pengutang itu memang mempunyai utang dan bahwa ia telah berhenti membayar kembali.

Pengertian secara sumir atau secara sederhana haruslah dilihat secara kasuistis dalam setiap perkara, apakah memang secara mudah dapat dibuktikan terpenuhinya syarat-syarat untuk mengajukan permohonan kepailitan. Karenanya kemudahan atau kesederhanaan pembuktian ini menjadi kriteria untuk menilai apakah persyaratan-persyaratan kepailitan telah terpenuhi, sehingga proses pemeriksaan perkara dapat diputuskan secara cepat.

³²Putusan Hoge Raad tanggal 20 Mei 1998, NJ.1989, 676.

³³*Ibid*, tanggal 15 November 1985, NJ.1986, 154 dan Putusan tanggal 18 April 1986, NJ.1986, 530.

Adanya banyak hal yang dapat menyebabkan pemeriksaan perkara dan pembuktiannya tidak dapat dilakukan secara mudah, sederhana dan cepat. Salah satu hal diantaranya adalah apabila terdapat perjanjian yang timbal balik, dimana kedua belah pihak (*kreditor dan debitor*) masing-masing mempunyai hak dan kewajiban yang timbal balik dan harus dipenuhi, misalnya jual-beli. Penjual berkewajiban untuk menyerahkan barangnya dan berhak atas pembayaran harga barangnya, tetapi sebaliknya juga pembeli berkewajiban untuk membayar harga barang dan berhak atas penyerahan barang yang bersangkutan. Dalam hal ini, dapat terjadi bahwa pembeli melakukan gugatan terhadap penjual untuk menyerahkan barang, tetapi kemudian pihak penjual mengajukan eksepsi bahwa gugatan itu belum waktunya untuk diajukan atau tidak dapat diajukan oleh si pembeli, sebab pembeli itu sendiri justru belum memenuhi prestasinya, yaitu harus membayar harga barang. Disini pihak penjual itu mengajukan *exceptio non adimpleti contractus*. Kedua belah pihak akan mendapat kesempatan yang sama untuk didengar dan saling melakukan pembuktian, atas dasar prinsip *Audi et alteram partem*. Dalam proses pembuktian demikian akan dapat terjadi berbagai upaya hukum, misalnya gugatan rekopensi, intervensi masuknya pihak ke-III, penyitaan, dan sebagainya sehingga proses pembuktiannya dimungkinkan akan dapat kompleks.

Atas dasar hipotesa demikian maka apabila dalam suatu proses permohonan pailit, ternyata pihak termohon mengajukan *exceptio non adimpleti contractus* sehingga eksistensi adanya utang itu sendiri masih dapat diperdebatkan

(bukan sekedar tentang besarnya utang), dan pengadilan dapat menerima alasan itu, maka fakta dan keadaan atau eksistensi utang itu tidak dapat dibuktikan secara mudah dan sederhana (sumir). Lain halnya, apabila yang diperdebatkan itu hanyalah tentang jumlah besarnya utang, sedangkan adanya atau eksistensi, utangnya itu sendiri sudah jelas terbukti dan tidak dipermasalahkan, maka dalam hal demikian tidak terbuka kemungkinan untuk mengajukan *exceptio non adimpleti contractus*.

Besar-kecilnya jumlah utang itu dapat ditentukan dalam rapat verifikasi atau rapat pencocokan utang, sesudah debitor dinyatakan pailit dalam putusan hakim.³⁴ Apabila jumlah utang, menurut majelis kasasi perbedaan jumlah utang tidak dapat diselesaikan lewat verifikasi dan harus diselesaikan melalui pengadilan negeri (Pengadilan perdata), tetapi sebaliknya dalam *PT Alcarindo Prima (AP) v. Pulung Copper Works, I.TD*, majelis kasasi menyatakan bahwa perbedaan utang itu dapat diselesaikan dalam rapat verifikasi.

Dalam beberapa perkara suatu utang dianggap tidak dapat dibuktikan secara sederhana karena majelis hakim sulit untuk meposisi para pihak sebagai kreditor dan debitor, misalnya bila Termohon pailit mengajukan suatu *exceptio non adimpleti contractus*, seperti dalam *Waskita Karya (WK) v. PT Mustika Princess Hotel (MPH)*. Karena terlihat adanya indikasi bahwa Pemohon dan Termohon Pailit masing-masing berkedudukan sebagai debitor dan kreditor, maka utang tidak lagi dapat dibuktikan secara sederhana.

³⁴ Undang-Undang No. 4 Tahun 1998, Pasal 104 dan seterusnya.

Untuk membuktikan adanya Kreditor lain, dalam prakteknya, tidak selalu ditandai dengan hadirnya kreditor lain itu dipersidangan, tetapi juga adanya piutang yang dimiliki oleh kreditor lain kepada Termohon pailit, seperti dalam *Royal Bank of Canada v. PT Ometraco Corporation*, RBC dianggap tidak dapat membuktikan adanya kreditor lain karena bukti yang diajukan hanya berupa facility agreement dan salinan putusan Mahkamah Agung.

Dalam *Tim Likuidasi PT Bank Astria Raya v. PT Multi Citi Agung*, surat Bank Indonesia yang membuktikan adanya kreditor lain, majelis hakim kasasi berpendapat cukup sederhana untuk membuktikan adanya kreditor lain. Contoh lain, dalam *Drayton Kiln, ltd (DK) v. PT Dekormas Mulia Industries*, hakim berpendapat bahwa kreditor lain yang masih dalam penjadwalan dapat merupakan bukti adanya kreditor lain. Kemungkinan lain, dalam *PT Bank Artha et.al v. Cheng Basuki* adanya tanggapan dari kreditor lain di persidangan merupakan bukti adanya kreditor lain. Tetapi sebaliknya, dalam *PT Nikko Securities Indonesia (NSI) v. PT Pujiadi Pretice Limited, Tbk*, sangkalan kreditor lain, juga dapat membuktikan tidak adanya kreditor lain. Menurut penulis, persyaratan dapat dibuktikan secara sederhana ini dapat pula disalahgunakan, apabila perkaranya rumit dan hakim yang menangani perkara yang bersangkutan tidak menguasai hukum mengenai apa yang disengketakan, hakim yang bersangkutan akan cenderung menyatakan permohonan pailit tidak dapat diterima dengan alasan pembuktiannya tidak sederhana. Dengan demikian syarat ini telah digunakan oleh Mahkamah

Agung RI sebagai *clause escape* untuk membatalkan putusan pailit yang tidak tepat.

Penerapan *non adimpleti contractus* dapat ditemukan pula dalam PT Pupuk Indonesia Holding Company dan anak usaha, yaitu PT Pupuk Sriwijaya Palembang (PSP) yang mengajukan permohonan pailit terhadap PT Sri Melamin Palembang (SMR).³⁵ Permohonan pailit diajukan oleh pemohon berdasarkan alasan bahwa PT Pupuk Indonesia dan PT Pupuk Sriwijaya menyatakan bahwa PT Sri Melamin telah tidak membayar utangnya sebesar Rp. 72,11 dan US \$ 6,4 juta berdasarkan perjanjian penyediaan bahan baku dan utilitas serta penyerahan off gas per 27 Desember 2007. PT Sri Melamin Rejeki membantah telah melakukan wanprestasi karena perjanjian penyediaan bahan baku dan utilitas serta penyerahan off gas, PT Pupuk Indonesia terlebih dahulu harus memberikan bahan baku off gas itu. PT Sri Rejeki tidak dapat menyediakan off gas karena PT Pupuk Indonesia tidak mensuplai bahan bakunya. PT Sri Melamin Rejeki menilai PT Pupuk yang telah pula melakukan wanprestasi, untuk ini telah mengajukan pembatalan perjanjian yang disertai dengan tuntutan ganti rugi ke Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) pada tanggal 31 Agustus 2012. Merujuk pada eksepsi *non adimpleti contractus itu*, maka proses pembuktian utang tidak menjadi sederhana lagi.

Permohonan pailit itu telah ditolak oleh Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat pada 21 Desember 2012 dengan putusan No.

³⁵ Putusan Mahkamah Agung No. 45 K/Pdt.Sus/2013 yang didownload dari direktori putusan-putusan Mahkamah Agung RI .

64/PAILIT/2012/PN.Jkt.Pst dengan pertimbangan menyatakan eksepsi *non adimpleti contractus* yang diajukan oleh Termohon Pailit tidak dapat diterima dan menyatakan permohonan pailit ditolak dengan pertimbangan bahwa permohona pailit ini tidak dapat dibuktikan secara sederhana karena masih ada sengketa terkait jumlah utang dan siapa yang sebenarnya harus berprestasi. Disamping itu, perjanjian menyebutkan sengketa harus diselesaikan terlebih dahulu di Badan Arbitrase Indonesia (BANI). Atas putusan Pengadilan niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat itu, PTPupuk Indonesia dan PT Pupuk Sriwijaya mengajukan kasasi.

Pada pemeriksaan tingkat kasasi, Mahkamah Agung mengabulkan permohonan pailit yang diajukan oleh PTPupuk Indonesia Holding Company dan PT Pupuk Sriwijaya itu dengan pertimbangan bahwa tidak dikabulkannya permohonan pailit karena utang tidak sederhana adalah tidak dapat dibenarkan karena berita acara rekonsiliasi utang piutang PTPupuk Sriwijaya dengan PTSMR tanggal 13 Oktober 2010 secara jelas merupakan bukti adanya utang yang dapat ditagih dan jatuh tempo. Masalah tidak diakuinya berita acara itu, bukanlah merupakan masalah. Klausula arbitrase yang terdapat dalam bukti P.3 perjanjian antara Pemohon dan Termohon (Pasal 17) sesuai dengan ketentuan Pasal 303 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tidak menghalangi suatu permohonan pailit. Menurut Otto Hasibuan,³⁶ Putusan Mahkamah Agung itu adalah putusan yang kurang dipertimbangkan (*onvoldoende gemotiveerd*), karena bukti utang yang tidak pernah ditanda

³⁶<http://www.hukumonline.com>, Akses 8 Juli 2013 jam 12:50.

tangani direktur Termohon, sehingga syarat adanya utang tidak terpenuhi, sedangkan tentang klausule arbitrase bukanlah merupakan dalil bantahan Termohon dan yang menjadi bantahan Termohon adalah utang Termohon rumit dan membutuhkan pembuktian yang tidak sederhana.

Sikap Mahkamah Agung RI terhadap pailitnya perusahaan-perusahaan *solvent* dan *viable* itu dimana Mahkamah Agung membatalkan putusan-putusan pengadilan niaga dengan berbagai pertimbangan, termasuk putusan yang menerapkan asas kelangsungan usaha, yang berasal dari konsep *corporate rescue* tidak menjadi kaedah hukum yang mengikat bagi pengadilan niaga karena sistem hukum Indonesia tidak menganut sistem *precedent*, dimana putusan Mahkamah Agung menjadi putusan yang mengikat (*binding*) bagi pengadilan yang di bawahnya, sehingga sampai sekarangpun pengadilan niaga dapat mempailitkan perusahaan yang *solvable*, dan *viable*, tanpa merasa ada kejanggalan disana. Kondisi ini dapat dibenarkan dalam kaca mata paradigma legisme hukum, atau hukum modern, namun tidak dapat dibenarkan dari kaca mata paradigma *post modern*.

BAB IV

CORPORATE RESCUE MENJADI KAEDAH HUKUM DALAM KEPAILITAN KORPORASI

A. *Corporate Rescue* sebagai Kaedah Hukum dalam Hukum Kepailitan Korporasi di Beberapa Negara

Andrew Godwin,¹ membagi kategori penerapan *corporate rescue* dalam kaedah hukum dalam beberapa model pilihan; *Pertama*, model *corporate rescue* dimana suatu negara dapat memilih atau mensyaratkan apakah akan mengadopsi *debtor-in possession* (DIP) model atau tidak. *Kedua*, model yang dipilih akan mencerminkan permasalahan politik, sosial dan ekonomi suatu negara, yaitu untuk menjamin hak-hak debitor dan kreditor, terutama kreditor yang dijamin, untuk menjamin hak-hak *stakeholders* selain debitor dan kreditor, seperti hak-hak tenaga kerja, peranan dari pihak manajemen yang masih aktif dalam *corporate rescue*. Peranan pihak pengadilan dan kewenangannya dalam pengawasan, dalam hal apa pemerintah dapat melakukan intervensi dan memainkan peranannya dalam proses *corporate rescue*, dan bagaimana menetapkan peranan pihak-pihak yang terkait. *Ketiga*, banyaknya permasalahan yang lebih luas yang harus ditangani dalam mempertahankan daya saing ekonomi dan investasi asing. *Keempat*, untuk keberhasilan menerapkan hukum kepailitan dan *corporate rescue* perlu untuk membentuk bagian kerangka kerja yang komprehensif terhadap hukum yang

¹Andrew Godwin, *Corporate Rescue in Asia, Trend and Chalanges*, Article in *Sydney Law Review*, March, 2012.

berhubungan dengan permasalahan yang terkait, termasuk kewajiban dan tanggung jawab direksi, administrator/pengurus, peranan dan kewenangan pengadilan dan prioritas aset yang menjadi jaminan. *Corporate rescue* pada prinsipnya adalah *continued operation of business*, atau merupakan asas kelangsungan usaha sebagaimana yang dikenal dalam Undang-Undang Kepailitan Indonesia, sebagai bentuk alternatif dari likuidasi. Berikut ini adalah bentuk-bentuk *corporate rescue* di berbagai negara.

1. *Reorganization dalam Chapter 11 US Bankruptcy Code*

Di Amerika Serikat, kepailitan korporasi diatur dalam *Chapter 11* dan *Chapter 7 US Bankruptcy Code*.² Kedua konsep itu adalah merupakan hukum acara perdata (*civil procedure*) dalam penyelesaian utang piutang korporasi.³ Bentuk likuidasi (*Chapter 7*) adalah bentuk awal dari kepailitan korporasi, sedangkan bentuk *corporate rescue* (*Chapter 11*) adalah lahir dari reformasi hukum kepailitan, yang dibentuk dari kegagalan konsep likuidasi dalam kepailitan korporasi. Bradley Hansen,⁴ menguraikan bahwa konsep *reorganization* dalam hukum kepailitan Amerika pertama kali diperkenalkan dalam *The 1898 Bankruptcy Act (railroad reorganization)*. Undang-Undang ini dirancang untuk membantu para kreditor untuk melikuidasi aset-aset debitor pailit, juga memberikan kemungkinan menerapkan reorganisasi. Konsep ini menggantikan konsep *receivership* (kurator) dalam hukum kepailitan.

²Thomas J. Salerno, et.al., *The Executive Guide to Corporate Bankruptcy Law*, BeardBooks, Washinton, D.C., 2001

³Charles W. Mooney Jr., *Normative Theory of Bankruptcy Law*, University of Pennsylvania Law School, cmooney@law.upenn.edu.

⁴Bradley Hansen, *Bankruptcy Law in the United State*, Mary Washington College, Jurnal Internasional yang dimuat di <http://eh.net/encyclopedia/article/hansen,bankruptcylaw.us>, Posted 2010-02-01, 17:21.

Pada tahun 1938 hukum kepailitan Amerika memperkenalkan bentuk kepailitan perseorangan dan bisnis. Undang-Undang Kepailitan memberikan pilihan permohonan dalam bentuk *voluntary* dan *involuntary* dan memberikan kemungkinan debitor untuk memilih likuidasi atau *readjustment of their debts*. Sehingga pada tahun 1978 dikenal *Chapter 7* dan *11 US Bankrutcy Code*. Disamping itu, tujuan kepailitan modern adalah untuk memberikan kemungkinan kepada debitor bangkit kembali (*fresh start*) dan utang-utang kepada kreditor harus terbayar (*to be repaid*). Hal ini disebabkan perdebatan filosofi, atau ratio legis tentang hukum kepailitan hanya sekitar persoalan perlindungan kreditor atau debitor dan *automatic stay* menjadi hal yang esensial untuk membekukan semua bentuk penagihan utang (*freezes all debt-collecion aciivity*) dan memaksa kreditor-kreditor dan pihak-pihak yang berkepentingan untuk menunggu putusan pengadilan dalam perkara kepailitan secara adil dan berimbang.

Dalam hubungan itulah, pada abad ke 21 ketika ekonomi Amerika mengalami krisis telah memaksa sebahagian besar perusahaan besar menggunakan *Chapter 11 (reorganization)*.⁵ Rencana reorganisasi harus mendapat persetujuan dari pengadilan dilakukan dengan langkah: ⁶*Pertama*, Rencana reorganisasi diajukan oleh debitor; *kedua*, rencana reorganisasi disetujui oleh kreditor atas usulan debitor; dan *ketiga*, rencana reorganisasi disahkan atau tidak disahkan oleh pengadilan.

⁵*Ibid.*

⁶Philip L. Kunkel, et.al., *Bankruptcy: Chapter 11 Reorganizations*, Jurnal Regents of the University of Minnesota, 2009.

Dalam reorganisasi Debitor (terdiri dari pihak manajemen dan para pemegang saham sebagai pemilik) diberi kewenangan untuk mengurus perusahaan dan meneruskan bisnisnya. Jika perlu mengganti pihak manajemen perusahaan. Bisnis perusahaan dilakukan berdasarkan *the business Judgement rule*. Konsep ini disebut *Debitor In possession (DIP)*. DIP mempunyai kewenangan⁷ disamping meneruskan bisnis DIP dan dapat mengenyampingkan transaksi-transaksi tertentu yang terjadi sebelum permohonan reorganisasi diajukan. Untuk melakukan hal ini dilakukan dengan dua acara, yaitu untuk seluruh jenis kreditor dan untuk kelompok pemegang saham yang mempunyai hak suara untuk menentukan prosedur mana yang akan dilakukan. Para kreditor harus menerima setidaknya apa yang menjadi haknya jika perusahaan dilikuidasi dan aset-aset debitor dibagi-bagikan menurut urutan-urutan aturan hak prioritas.

Pola pelunasan utang melalui *Chapter 7 dan 11* sangat berbeda. Berdasarkan *Chapter 7* pemegang hak prioritas dan pemegang hak tanggungan cenderung menerima pelunasan secara penuh, dengan demikian kreditor lain dan pemegang saham tidak mendapat apa-apa. Dengan menggunakan *Chapter 11* setiap jenis kreditor dan pemegang saham akan sama memperoleh pembayaran yang menjadi bagiannya. Misalnya, reorganisasi akan menjadikan perusahaan menambah aset-asetnya dari pada dilikuidasi. *Chapter 11* merupakan pola dimana para kreditor dan manager memperoleh distribusi nilai yang lebih.

⁷*Ibid.*

U.K., Perancis, dan Jerman telah mengadopsi perkembangan baru ini dalam prosedur kepailitan untuk memberdayakan reorganisasi ini. Bagaimanapun secara substansial prosedur ini berbeda dari *Chapter 11* dan juga berbeda satu sama lain. Di ketiga negara ini, sebelum pailit manager diberi sedikit kewenangan untuk melakukan reorganisasi proses dibandingkan dengan *Chapter 11*. Dalam hal ini, apakah manager akan memilih prosedur likuidasi atau reorganisasi, pengadilan atau pejabat yang ditunjuklah yang akan menentukan. Jika reorganisasi yang dipilih, pejabat yang bersangkutan akan merumuskan rencana reorganisasi.

Secara empiris dari data-data penelitian, tingkat pengembalian utang-utang dengan menggunakan *reorganization (chapter 11)* ini lebih baik dari pada menggunakan likuidasi (*Chapter 7*).⁸ Banyak penelitian empiris yang memusatkan penelitiannya pada penyelesaian utang piutang dengan menggunakan reorganization yang mengenyampingkan aturan *absolute priority* dengan memastikan pelunasan utang, menurut penelitian Franks and Torous 1989 et.al.,⁹ telah terjadi pelanggaran *absolute priority* sebesar $\frac{3}{4}$ dari reorganisasi perusahaan besar. Dalam reorganisasi, kreditor konkuren mendapat pelunasan utang sekitar 50 % dan 70%. Termasuk, rata-rata jangka waktu pengembalian utang 1-2 tahun. Bukti lain menunjukkan bahwa *chapter 11* bukan merupakan bentuk dari pembinaan perusahaan pailit. Hasil penelitian Hotchin pada Tahun 1995 menemukan bahwa hanya kira-kira 1/3

⁸Michelle J. White, *Corporate Bankruptcy*, artikel Internasional yang di *down load* di internet tanggal 17 Februari 2012, hlm. 4 .

⁹*Ibid.*

dari perusahaan yang menjalani reorganisasi restrukturisasi keuangannya menjadi semakin buruk hanya dalam beberapa tahun.¹⁰

Dalam konsep *corporate rescue* diterapkan konsep *debtor in possession*, dimana perusahaan masih berada di bawah kendali manajer perusahaan. Pengendalian perusahaan oleh manajer tersebut melebihi operasi manajemen perusahaan yang bersangkutan, yaitu dalam ruang lingkup proses reorganisasi perusahaan yang bersangkutan. Debitor diberi hak eksklusif untuk selama 120 hari untuk mengajukan rencana reorganisasi dan dengan tambahan 60 hari untuk memperoleh persetujuan yang akan mengikat berbagai tuntutan dan kepentingan. Sebagaimana yang dideokumentasikan oleh Weis dan Wruck.¹¹ Setidak-tidaknya sampai dengan sekarang, hakim biasanya memperpanjang jangka waktu yang ditentukan tersebut. Ketentuan ini berakibat penting bukan saja buat manajer tetapi juga bagi para pemegang saham, yang berhak atas perolehan aset-aset debitor dalam kepailitan.

2. *Petition for Judicial Management* dalam Hukum Kepailitan di Singapura

Di Singapura, jika suatu perusahaan tidak dapat membayar utang-utangnya ketika utang-utang tersebut jatuh tempo, kreditor-kreditornya dapat mengajukan permohonan ke pengadilan bahwa aset-aset debitor diurus oleh *judicial manager* (inilah yang disebut dengan *petition for judicial management*), atau mengajukan permohonan untuk dilikuidasi. Upaya hukum likuidasi ini menutup kemungkinan bagi perusahaan tersebut untuk bangkit

¹⁰*Ibid.*

¹¹Barry E. Adlora et.al., *Theory and Evidence on the Bankruptcy Initiation Problem*, barry. Adler@nyu.edu.

kembali, maka dilakukanlah *restrukturisasi* dan *rescheduling* utang-utangnya. Untuk ini, perusahaan tersebut dapat mengajukan permohonan ke pengadilan untuk menunjuk *judicial manager* untuk mengurus aset-aset debitor pailit.¹² Penunjukan ini dengan tujuan: *Pertama*, mempertahankan semua atau sebagian usaha perusahaan *going concern*; *Kedua*, melakukan persetujuan antara perusahaan dan para kreditornya; *Ketiga*, meningkatkan nilai hasil penjualan aset-aset perusahaan jika harus dilikuidasi. Selama penunjukan *judicial manager* ini, perusahaan tidak akan dilikuidasi dan para kreditor pemegang hak jaminan tidak dapat melaksanakan haknya atas aset-aset debitor.

3. *Company Voluntary Agreement (CVA)* dalam Hukum Kepailitan di United Kingdom dan Australia

Company Voluntary Agreement (CVA) adalah bentuk *corporate rescue* yang diterapkan di UK/Inggris. CVA diatur dalam *Insolvency Act 1986* dan adalah merupakan mekanisme dimana para direksi dan para kreditornya bekerja sama untuk menyelamatkan perusahaannya.¹³ Perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan melakukan persetujuan dengan para kreditornya untuk menghindari likuidasi. Proposal CVA dapat diajukan oleh direksi kepada kreditor dan pemegang sahamnya. Disamping itu, Administrator dan liquidator dapat pula mengajukan CVA ini. Salinan proposal CVA didaftarkan ke pengadilan dan pengadilan tidak terlibat dalam pembuatan persetujuan tersebut. CVA yang

¹²Misalnya, di Singapura diatur dalam Part VIIIA the Company Act 1987 dan English Insolvency Act 1986.

¹³John Flood et. al., *The Professional Restructuring of Corporate Rescue: Company Voluntary Arrangements And The London Approach*, ACCA, Research Report 45, London, 1995 .

telah disetujui oleh kreditor dan pemegang saham mempunyai akibat hukum. Perusahaan tidak perlu untuk membuktikan bahwa perusahaan tersebut dalam keadaan tidak dapat membayar utangnya, atau mungkin tidak dapat membayar utangnya. Dengan demikian CVA dapat digunakan untuk penyelamatan perusahaan.

4. *Scheme of Arrangement* Dalam Hukum Kepailitan di Beberapa Negara

Hukum kepailitan di Singapur menyebutkannya ada empat tipe prosedur kepailitan korporasi (*types of Insolvency procedures*), yaitu (a) *scheme of arrangement*, (b) *the appointment of a receiver and manager out of court*, (c) *a petition for liquidation of company*, dan (d) *a petition for judicial management*. Konsep *corporate rescue* diterapkan dalam *a petition for judicial management scheme of arrangement*, *the appointment of a receiver and manager out of court*, konsep ini sama dengan bentuk kepailitan korporasi Australia.¹⁴

Di Singapura, pengertiannya lebih dekat dengan *Debtor in possession* (DIP) dalam model reorganisasi seperti yang diterapkan dalam *Chapter 11 US Bankruptcy Code*. Menurut *section 210 Companies Act*, pengadilan dapat memerintahkan rapat kreditor untuk mempertimbangkan rencana perdamaian antara perusahaan dan para kreditornya. Pengadilan dapat menyetujui rencana perdamaian jika disetujui tiga perempat dari suara para kreditor. Berdasarkan

¹⁴Barry E. Adlery et.al., *loc. cit.*

persetujuan pengadilan syarat-syarat yang telah dipejanjikan tersebut akan mengikat semua kreditor.¹⁵

Schemes of arrangement,¹⁶ adalah juga bentuk lain untuk menghindari perusahaan yang dalam kesulitan keuangan untuk dilikuidasi, dengan melakukan reorganisasi. Konsep ini mirip dengan *chapter 11 US Bankruptcy Code* dengan konsep *corporate rescue* atau reorganisasi. Likuidasi perusahaan hanya akan menghasilkan pembagian deviden yang kecil; restrukturisasi (*arrangement*) mungkin merupakan cara untuk memaksimalkan nilai kekayaan perusahaan. Dengan melakukan restrukturisasi utang perusahaan dapat meneruskan bisnisnya, memungkinkan menyetatkan keuangan perusahaannya, keuntungan mungkin akan menghasilkan keuntungan, yang akan dapat mengurangi utang-utang debitor kepada para debitornya.¹⁷ Dengan melanjutkan bisnisnya diharapkan perusahaan dapat keluar dari kesulitan keuangan.

Dalam *schemes of arrangement*, perusahaan (debitor) dapat melakukan berbagai bentuk persetujuan. *Pertama*, dengan moratorium pembayaran utang yang ditetapkan dalam jangka waktu tertentu, memungkinkan untuk menghentikan seluruh tagihan utang kepada debitor, debitor bebas dari likuidasi supaya debitor melanjutkan bisnisnya dan berbisnis lebih efektif lagi. *Kedua*, melakukan restrukturisasi utang dengan persetujuan pengurangan utang. *Ketiga*, melakukan persetujuan dimana debitor harus membayar utangnya secara

¹⁵*Ibid.*

¹⁶*Scheme is a policy or plan adopted in relation to certain business interests or bodies. Scheme of arrangement is a reorganisation of a company's capital structure or rescheduling of its debt, following a period of financial difficulties. The purpose is to meet the demands of creditors while avoiding liquidation. (lihat Concise Australian Legal Dictionary, Butterworths, second edition, 1998).*

¹⁷*Ibid.*, hlm. 348.

angsuran (instalments). *Keempat*, melakukan pengaturan tentang pembebasan bunga untuk jangka waktu tertentu, supaya debitor dapat melakukan bisnisnya dan keluar dari masalahkeuangannya. *Kelima*, memberikan keuntungan kepada kreditor dalam bisnis debitor, seperti melakukan *debt for equity swap*. Terakhir, melakukan rekonstruksi perusahaan, seperti menjual perusahaan kepada pembeli yang dapat melakukan injeksi modal dan keahlian.

Scheme of arrangement,¹⁸ dilakukan melalui prosedur; *Pertama*, debitor membuat pernyataan yang memuat akibat dari persetujuan antara debitor dan kreditor dan posisi keuangan perusahaan, yang dikirimkan kepada para kreditor. *Kedua*, salinan atau kopi dari pernyataan itu dikirim kepada ASC paling lambat 14 hari sebelum pernyataan itu dibawa ke pengadilan. *Ketiga*, pengajuan permohonan kepada pengadilan untuk meminta persetujuan rapat kreditor. Jika disetujui dalam jangka waktu 14 hari diberitahukan kepada kreditor untuk rapat kreditor. Proposal haruslah disetujui oleh mayoritas kreditor. Untuk penentuan ini dilakukan dengan voting, jika *voting* tidak tercapai dapat dilakukan dengan penetapan pengadilan melalui sidang. Pengadilanlah yang menentukan apakah proposal tersebut dilakukan secara adil dan benar serta beriktikad baik. Penetapan pengadilan ini didaftarkan di ASC, sebelum ini dilakukan *scheme* ini belum berlaku.

Selanjutnya, perbankan adalah korporasi yang tunduk kepada hukum korporasi dan hukum perbankan. Menempatkan bank dalam keadaan pailit haruslah dilakukan sangat berhati-hati, karena bank adalah lembaga kepercayaan, sehingga

¹⁸ *Ibid.*

kepercayaan itulah yang harus dijaga. Dalam hal ini, ketentuan kepailitan bank mempunyai dua tujuan; Pertama, aturan-aturan tersebut ditujukan untuk memberikan kesempatan untuk menyelamatkan bank yang bersangkutan dan untuk menghindari dilikuidasinya bank yang bersangkutan. Kedua, aturan-aturan tersebut haruslah melindungi baik kekayaan (aset) bank yang bersangkutan dari penggelapan dan untuk menjamin hak-hak yang sama bagi kreditor-kreditor bank yang bersangkutan.¹⁹ Untuk mencapai tujuan tersebut, administrasi prosedur kepailitan bank di beberapa negara di yurisdiksi Eropah, yang berlainan dengan di yurisdiksi Amerika Serikat dan Canada dimana administrasi prosedur kepailitan bank dianggap sebagai suatu fungsi yudisial. Di beberapa yurisdiksi diberlakukan administrasi prosedur kepailitan yang khusus yang termasuk ke dalam hukum perbankan, seperti di Austria, Luxemburg, Belanda dan Swiss. Sedangkan yurisdiksi yang lain, kepailitan bank termasuk ke dalam yurisdiksi administrasi prosedur kepailitan di peradilan umum, seperti di Inggris. Sedangkan di Perancis, kepailitan bank diatur oleh dua ketentuan, yaitu di bawah ketentuan hukum perbankan dan hukum kepailitan pada umumnya.²⁰

Prosedur kepailitan menurut aturan khusus perbankan diterapkan di Austria, Laxemberg, Belanda dan Swiss. Walaupun diatur di dalam aturan perbankan, di negara-negara ini pun prosedur kepailitan bank juga berbeda-

¹⁹Eva H.G. Hupkes, *Legal Aspect of Bank Insolvency, A Comparative Analysis of Western Europe, the United States and Canada*, Kluwer Law International, The Hage/London, Boston, 2000, hlm. 49.

²⁰*Ibid.*, hlm. 67.

beda.²¹ Berdasarkan hukum perbankan Austria, permohonan pailit dapat diajukan oleh bank yang bersangkutan, atau oleh Menteri Keuangan dan atau menempatkan bank yang bersangkutan di bawah pengawasan administrasi dan penangguhan pemenuhan semua kewajiban-kewajibannya.²² Di Luxemburg, terhadap bank yang mengalami kesulitan keuangan, pengadilan dapat memerintahkan penangguhan semua kewajiban dan menunjuk satu orang atau lebih Auditor.²³ Di Belanda, pengadilan menunjuk satu orang atau lebih Administrator pengadilan dan menempatkannya di dalam manajemen bank yang bersangkutan.²⁴ Sedangkan di Swiss, tanggung jawab prosedur kepailitan bank dilakukan oleh pengadilan dan SFBC. Jika SFBC menetapkan bahwa keadaan bank menunjukkan membahayakan kepentingan deposan bank, SFBC dapat menutup bank yang bersangkutan dan melarang bank itu untuk melakukan transaksi pembayaran apapun. Sama dengan di negara Eropah yang disebutkan di atas, SFBC tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan penangguhan untuk melindungi bank terhadap tuntutan yang akan dilakukan jika bank tersebut tidak dapat lagi memenuhi kewajibannya. Dalam hal ini, pengadilanlah yang berwenang untuk melakukan penangguhan pemenuhan semua kewajiban bank itu. Oleh karena itu, intervensi pengadilan menjadi penting ketika SFBC memerintahkan penangguhan semua kewajiban bank yang bersangkutan.²⁵

²¹ *Ibid.*, hlm. 68.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, hlm. 69.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, hlm 70.

Kepailitan bank berdasarkan hukum kepailitan umum, terdapat beberapa perbedaan penerapan hukum kepailitan dalam kerangka kepailitan dan likuidasi bank.²⁶ Di Inggris, seketika permohonan pailit diajukan, penangguhan dilaksanakan. Dengan penangguhan ini, tidak mungkin laku untuk melakukan penutupan bank yang bersangkutan.²⁷ Di Perancis, berdasarkan hukum Perancis, penerapan hukum perbankan dan hukum kepailitan dilakukan bersamaan. Komisi Perbankan Perancis dapat terlibat dalam dua hal, yaitu Komisi dapat mencabut izin bank yang bersangkutan dan menunjuk likuidator, atau membekukan izin operasional bank yang bersangkutan, menunjuk Administrator sementara.²⁸ Pencegahan agar bank tidak pailit dapat dilakukan dengan bantuan negara adalah merupakan suatu alternatif (opsi) hanya dalam keadaan tertentu jika bank yang bersangkutan benar-benar dalam keadaan kesulitan dan mempunyai dampak sistemik yang serius.²⁹ Akhirnya, untuk menghindari pailitnya bank dapat dilakukan reorganisasi, divestigasi kepemilikan dan bantuan likuiditas dari Pemerintah.³⁰

Di Inggris (UK), *Scheme of arrangement* ini juga diatur dalam section 425 Company Act 1985 dan di Hongkong diatur dalam section 166 Companies Ordinance. Terhadap *Scheme of arrangement* ini dapat dijatuhi hukuman oleh pengadilan ketika setelah disetujui oleh sebagian besar kreditor dan didaftarkan di Kantor pendaftaran perusahaan. Persetujuan ini mengikat semua kreditor.

²⁶*Ibid.*, hlm. 74.

²⁷*Ibid.*, hlm. 75.

²⁸*Ibid.*, hlm. 77.

²⁹*Ibid.*, hlm. 83.

³⁰*Ibid.*, hlm. 83, 88, 96.

Menurut *The Bankruptcy Act 1966*, hanya individual yang dapat dipailitkan, sedangkan *insolvent company* yang akan dilikuidasi atau melakukan *Administration (company agreement)*. Seseorang atau debitor dapat menyatakan dirinya pailit dengan mengajukan permohonan kepada *Official receiver*, yaitu ITSA (*The Insoveny and Trustee Service Australia*). Seseorang juga dapat pailit setelah kreditor permohonan untuk penyitaan aset debitor kepada Pengadilan Federal Australia. Kreditor untuk mengajukan permohonan ini disyaratkan bahwa debitor memiliki utang sebesar Aus \$ 5,000. Semua permohonan ini diajukan kepada ITSA dengan informasi penting tentang aset dan kewajibannya. Permohonan pailit dapat dinyatakan tidak dapat diterima sampai dengan persyaratan ini dipenuhi. Sedangkan untuk perusahaan yang *insolvent*, dilakukan *administration* dengan menunjuk *bankruptcy trustee* (pada umumnya juga dilakukan oleh *Official Trustee*). Trustee melakukan verifikasi semua kewajiban debitor, memeriksa laporan keuangan debitor pailit, mengeluarkan biaya kepailitan dan membagi-bagikan harta pailit dan membagibagikan deviden kepada kreditor jika ada.

Di Australia kepailitan korporasi diatur dalam undang-undang perseroan terbatas (*corporate law*).³¹ Dalam hukum kepailitan Australia, konsep *corporate rescue* ini diterapkan juga dalam empat bentuk³² *scheme of arrangement (Voluntary Administration)*, *appointment of a receiver*, *company administrator dan mortgagee in possession*. Ada dua bentuk *scheme of*

³¹Roman Tomasic, *Australian Corporate Insolvency*, Butterworths, Sydney, Australia, 1993, hlm. 1. Lihat juga Philip Lipton and Abraham Herzberg, *Understanding Company Law*, LBC, NSW, 1998, hlm. 689- 717.

³²Mallesons Stephen Jaques, *Australian Finance Law*, Longman Australia Pty Limited, Third Edition, Australia, 1994, hlm. 633-654.

arrangement yaitu dalam bentuk formal yang melibatkan pengadilan dan dalam bentuk kontrak informal antara perusahaan dan para kreditornya. Tujuan dari kedua bentuk ini untuk memperoleh persetujuan yang mengikat dari para kreditor perusahaan secara hukum bagi para kreditornya dengan merubah dan menyesuaikan hak-hak tersebut untuk memperoleh manfaat dari pada pengajuan likuidasi ke pengadilan. Esensi dari persetujuan ini adalah melanjutkan eksistensi perusahaan. Sebagai salah satu implementasinya adalah dalam bentuk melanjutkan bisnis perusahaan untuk mengantisipasi keuntungan atau penjualan semua aset perusahaan sesuai dengan harga pasar yang wajar dalam rangka membantu perusahaan keluar dari kesulitan pada saat itu.

Receivership, penunjukan *receivership* dalam bentuk ini agak berbeda dengan penunjukan *receivership* dalam likuidasi, penunjukan disini untuk melanjutkan bisnis perusahaan oleh para pemegang hak tanggungan (*secured creditor*). Kewenangan *receiver* timbul dari penunjukan oleh para pemegang hak tanggungan tersebut. *Mortgagee in possession*³³ dimana para kreditor pemegang hak tanggungan mengambil alih perusahaan (melanjutkan bisnis) dalam rangka pelunasan utang-utang debitor korporasi dan sedangkan *company administrator* dimana *administrator* ditunjuk untuk menjalankan bisnis perusahaan karena perusahaan dalam keadaan *insolvent* (pailit) untuk jangka waktu yang pendek, dengan tujuan agar perusahaan tersebut menjadi *solvent* dalam menjalankan bisnisnya. Dengan penunjukan administrator ini perusahaan masuk ke dalam

³³*Mortgagee in Possession* adalah konsep yang mirip dengan *Creditor in Possession*. Jika dalam DIP perusahaan masih dalam penguasaan debitor untuk melanjutkan bisnisnya, maka dalam CIP, bisnis perusahaan dilanjutkan dimana penguasaan para kreditornya dan untuk kepentingan para kreditornya secara kolektif.

deed of company arrangement. *Deed* ini adalah merupakan persetujuan antara perusahaan dengan para kreditornya yang dalam keadaan tertentu persetujuan ini akan mengikat kreditor lainnya yang tidak ikut dalam kompromi tersebut. Bentuk ini mirip dengan *scheme of arrangement*. Dalam persetujuan ini perusahaan dapat melakukan negosiasi pengurangan utang, penundaan pembayaran utang untuk masa yang ditentukan.

Perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan dapat menggunakan prosedur ini untuk menghindari likuidasi. Tujuan dari Administrasi ini adalah untuk memaksimalkan kesempatan bagi perusahaan yang melanjutkan bisnisnya, atau jika kelanjutan usaha tersebut tidak memungkinkan, maka bentuk ini untuk mewujudkan pengembalian yang lebih baik bagi para kreditor dan para pemegang saham jika perusahaan itu harus segera dilikuidasi. Di dalam banyak keadaan, pengadilan mengadopsi suatu pendekatan yang non teknis. Dalam *Larson Investment Pty v. Murray River F.M. Pty Ltd*,³⁴ Hakim Gray menerapkan pendapat yang lebih kaku. Menurut hakim Gray suatu permohonan untuk melakukan likuidasi yang diajukan oleh kreditor perusahaan tersebut harus terlebih dahulu dilakukan dengan *Voluntary Administration*. Jika suatu perusahaan berada dalam *Administration*, permohonan likuidasi diperiksa melalui sidang. Jika permohonan itu memenuhi syarat dan jika itu untuk kepentingan kreditor perusahaan yang bersangkutan, maka *Voluntary Administration (VA)* harus dilanjutkan dari pada perusahaan tersebut harus dilikuidasi. Sebagai akibat dari *Voluntary Administration* ini yang paling penting adalah bisnis perusahaan,

³⁴Anderw Keay, *op. cit.*, hlm. 276.

kekayaan dan semua masalah perusahaan berada dalam pengawasan *Administrator*.

VA ini dibuat tanpa melibatkan pengadilan, VA disetujui Administrator yang ditunjuk dalam lima hari setelah penunjukan itu, Administrator harus mengatur rencana rapat kreditor untuk membahas prospek bisnis perusahaan dan kepentingan perusahaan untuk melaksanakan *deed of company arrangement* dengan perusahaan dan para kreditornya. Disini mungkin saja persetujuan disepakati, atau mungkin perusahaan itu dilikuidasi, dengan usulan pendapat hukum (*legal opinion*) yang harus disampaikan pada rapat kreditor kedua.

Bentuk yang sama dengan *Voluntary Agreement* ini adalah *Deeds of company arrangement*, yaitu suatu persetujuan antara debitor dan kreditor untuk restrukturisasi utang-utang perusahaan dalam keadaan insolven. *Deed*³⁵ ini masuk ke dalam hukum korporasi dan merupakan prosedur yang dilakukan untuk menghindari pailit (*another insolvency administration*). Tujuannya adalah:³⁶ Pertama, *maximises the chances of a company, or as much as possible of its business continuing in existence; or kedua, if it is not possible for the company or its business to continue in existence- results in a better return for the company's creditors and members than would result from an immediate winding up of the company*. Jadi, konsep ini sama dengan sama dengan konsep *corporate rescue* dalam *chapter 11 US Bankruptcy code*. Jika deed ini disetujui

³⁵*Deedis instrumen that has been signed, sealed, and delivered that passed an interest, right, or property creates an obligation binding on some person, or is an affirmation or confirmation of something that passes an interest, right, or property. Deed of arrangement isa deed providing for the arrangement of a debtor's affair with a view to the payment, in whole or part, of the debtor 's debts. (Concise Australian Legal Dictionary, Butterworths, second edition, 1998).*

³⁶Roman Tomasic, *Australian Corporate Insolvency Law*, Butterworth, Sydney, 1993, hlm. 138.

oleh kreditor, diharapkan deed ini diartikan sebagai rekonstruksi perusahaan. Namun hal ini harus dinyatakan bahwa suatu deed tidak berfungsi sebagai alat rekonstruksi tetapi adalah sebagai alat untuk memaksimalkan tagihan utang bagi para kreditornya bahwa *Deed* ini merupakan dasar untuk melakukan *corporate rescue*.³⁷ Dalam *Roder Zelt-UndHallenkontruktionen GMBH v. Rosedown Park Pty Ltd, von Doussa J*,³⁸ berpendapat dalam putusannya bahwa *deed* ini merupakan suatu rezim dan hak-hak yang baru dan kewajiban bagi para kreditor dan perusahaan yang agak berbeda dari biasanya. *Deed of company* ini lebih baik dari *scheme of arrangement* berdasarkan hukum korporasi Australia karena lebih murah dan lebih cepat serta lebih fleksibel dan juga banyak pilihan dalam penyelesaian masalah bagi para kreditor.

Jika para kreditor memutuskan bahwa perusahaan harus dilikuidasi atau jika perusahaan itu gagal untuk memenuhi pelaksanaan seperti yang telah dijanjikan dalam *deed*, atau para kreditor memutuskan dua-duanya, yaitu menghentikan *deed* dan melikuidasi perusahaan, administrator yang telah ditunjuk dalam *deed* tersebut menjadi likuidator. Dalam keadaan yang demikian suatu keputusan untuk melikuidasi perusahaan dianggap telah terjadi dan pernyataan pailit tidak diperlukan. Selanjutnya, likuidator berkewajiban mengumumkan dalam surat kabar nasional bahwa perusahaan dalam likudasi. Ketentuan seperti ini juga sama dengan ketentuan yang terdapat dalam *chapter 11 dan 7 US Bankruptcy code*.

³⁷*Ibid.*, hlm. 327.

³⁸*Ibid.*, hlm. 327-328.

Disamping itu di Australia dikenal juga bentuk lain, yaitu *Mortgagee in possession*. *Mortgagee in possession* adalah where the secured property in a mortgage or charge is real property a mortgagee, chargee, as an alternative to opportunity a receiver to realise such security, may seek to enter into possession of that real property.³⁹ Disini, aset-aset debitor pailit dikuasai oleh pemegang hak tanggungan.

5. *Pre-Prebankruptcy Proceeding (Mandat Ad Hoc)* dalam Hukum Kepailitan di Perancis

Pre-prebankruptcy proceeding adalah konsep yang juga untuk menghindari likuidasi. Bentuk ini dikenal di Perancis, yang tidak memerlukan ketentuan yang diatur dalam suatu ketentuan hukum, hanya memerlukan persetujuan dari dewan komisaris, yang di China juga mengenal bentuk ini, yang dikenal dengan *restructuring or conciliatory agreement*, persetujuan ini dilakukan antara debitor dan kreditor dan disetujui oleh mayoritas kreditor dan disahkan oleh pengadilan.⁴⁰

6. *Deepening Insolvency*⁴¹ dalam Hukum Kepailitan di Amerika Utara

Deepening insolvency adalah suatu konsep dimana direksi dan komisaris perusahaan dipertanggung jawabkan atas utang-utang perusahaan berdasarkan prinsip *fiduciary duty* agar perusahaan tersebut tidak dilikuidasi. Bentuk ini

³⁹Mallesons Stephen Jaques, *op. cit.*, hlm. 650.

⁴⁰ Mark Hoogland, "Recent Trends in International Chapter 11 Cases, Pragmatic Reorganizations," *Texas International Law Journal* Vo. 41, hlm. 145; Theodoor Bakker et. al *loc. cit.*

⁴¹ Uraian ini diambil dari Dianne F. Coffino And Charles H. Jeanpreu, "Delaware Hits the Brakes: The Effect of Gheewalla and Trenwick on Creditor Claims," *Jurnal Internasional*, 1980.

dilakukan berdasarkan perjanjian antara kreditor dan perusahaan dalam penyelesaian utang (*seeking recovery*) di kemudian hari. Konsep mengandung *corporate rescue*. Perkembangan ini terjadi pada Tahun 1990 untuk merespon banyaknya perusahaan-perusahaan yang mengalami pailit. Kreditor mulai mempergunakan argumentasi bahwa komisaris dan para manajer debitor perusahaan mereka dapat secara langsung bertanggung jawab kepada para kreditornya berdasarkan hukum *fiduciary duty* atas keputusan yang dibuat jika perusahaan, walaupun dalam keadaan *solvent*, menjalankan usahanya dalam *zone of insolvency*. Putusan Pengadilan *Delaware Chancery* dalam perkara *Credit Lyonnais* menyatakan bahwa jika perusahaan dijalankan dalam keadaan *insolvent*, dewan direksi tidak saja sebagai agen dari resiko yang muncul, tetapi mempunyai kewajiban terhadap perusahaan, artinya para kreditor mempunyai hak untuk menggugat berdasarkan *fiduciary duty* para direksi dan manajemen.⁴²

Perluasan hak-hak kreditor tidak berhenti disitu, jika argumen yang diajukan dan diterima oleh pengadilan bahwa para direksi, karyawan perusahaan yang terafiliasi, peminjam dan konsultan merupakan subjek yang harus bertanggung jawab terhadap perusahaan (Untuk kepentingan para kreditor) yang ikut mengambil keputusan untuk melanjutkan bisnis perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan dengan cara menambah pinjaman. Teori baru pertanggung jawaban inilah yang disebut *deepening insolvency*.⁴³ Walaupun konsep ini belum diterima secara universal, konsep ini akan mengenyampingkan kewajiban likuidasi dalam kepailitan. Selanjutnya karena

⁴²*Ibid.*

⁴³*Ibid.*

pengaruh teori baru ini terhadap pengelolaan perusahaan dan perlindungan yang dilakukan oleh kreditor melalui kontrak, pengadilan Delaware dan pengadilan lainnya mulai memikir ulang persoalan pokok tuntutan ini. Baru-baru ini Pengadilan Tinggi Delaware secara tegas menyatakan bahwa kreditor tidak dapat secara langsung menuntut berdasarkan pelanggaran *fiduciary duty*, apakah perusahaan dalam keadaan insolven, atau dijalankan di dalam *zone of insolvency*. Kreditor mempunyai legal standing untuk melakukan tuntutan derivatif terhadap *breach of duty* terhadap perusahaan seketika perusahaan menjadi insolven karena kreditor merupakan *stakeholders*. Disamping itu, perbuatan melawan hukum dalam *deepening insolvency* secara meyakinkan tidak diakui dalam putusan pengadilan Delaware.

Deepening Insolvency adalah juga merupakan konsep alternatif dari konsep likuidasi perusahaan, perusahaan yang mengalami kesulitan keuangan dapat melanjutkan bisnisnya dengan bantuan tambahan pinjaman. Konsep ini diterapkan dalam hukum Delaware, negara bagian Amerika Serikat.

Pada awal Tahun 1990, dalam putusan-putusan hakim telah jelas bahwa kreditor dapat melakukan gugatan terhadap para direksi dan para manajer perusahaan berdasarkan pelanggaran *breach of duty* hanya dalam situasi yang terbatas, yaitu hanya dalam keadaan kepailitan. Jika perusahaan menjadi *insolven* *fiduciary duty* dari manajer menjangkau semua kreditor perusahaan. *Fiduciary duty* terhadap kreditor, yang dikembangkan dalam doktrin trust fund, muncul ketika perusahaan menjadi benar-benar insolven. Seketika kepailitan benar-benar terjadi, dewan direksi berkewajiban menjalankan perusahaan untuk

kepentingan para kreditornya.⁴⁴ Sebelum adanya keadaan pailit, direksi dan manajer dianggap mempunyai *fiduciary duty* terhadap para kreditornya. Dalam perkara *Credit Lyonnais*, Pengadilan *Delaware Chancery* menyatakan bahwa setidak-tidaknya dimana suatu perusahaan di jalankan dalam keadaan hampir pailit, dewan direksi tidak saja berfungsi sebagai agen terhadap resiko yang muncul, tetapi juga mempunyai kewajiban terhadap perusahaan.

Pada bulan tanggal 18 Mei 2007, dalam *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla*, Pengadilan Tinggi Delaware membuat klarifikasi tentang eksistensi dan cakupan *fiduciary duty* manajer terhadap kreditornya. Dalam perkara *Gheewalla*, Pengadilan Tinggi menyatakan bahwa jika perusahaan yang solven berada dalam zona kepailitan, direksi harus melanjutkan dengan melaksanakan pertimbangan bisnisnya untuk kepentingan perusahaan bagi kemanfaatan para pemilik perusahaan, yaitu kewajiban melanjutkan menjalankan perusahaan untuk kepentingan perusahaan dan para pemilik perusahaan. Jika perusahaan pailit, pengadilan berpendapat bahwa kreditor mengambil alih kepemilikan untuk meningkatkan nilai perusahaan.

Konsep *fiduciary duty* terhadap kreditor berasal dari *trust fund doctrine*.⁴⁵ Berdasarkan doktrin ini karyawan dan direksi perusahaan pailit dipercaya menjaga aset perusahaan untuk keuntungan para kreditornya. Doktrin *trust fund* diterapkan dalam aplikasi yang terbatas. Doktrin ini dibuat untuk melindungi hak-hak utama kreditor terhadap likuidasi aset dan pembubaran

⁴⁴*Ibid.*

⁴⁵*Ibid.*

perusahaan pailit, walaupun dalam kenyataannya pembubaran perusahaan bukanlah merupakan tujuan.

Pada saat yang sama upaya hukum yang diperluas dengan *fiduciary duty*, pengadilan tertentu mengakui sesuatu yang baru, secara tidak jelas kelemahan dalam *deepening insolvency* yang membenarkan para kreditor menggunakan cara lain untuk menagih utangnya. Cara baru ini mengandung kelemahan, dimana kreditor diberikan kesempatan mengajukan gugatan terhadap terugugat lain, termasuk karyawan, direksi, pihak yang terafiliasi, peminjam dan pihak lain serta pihak ketiga yang mengawasi perusahaan, yang dapat dituntut karena terugugat telah melakukan perbuatan curang, atau setidaknya telah melakukan kelalaian dalam menjalankan perusahaan yang menyebabkan utang perusahaan menjadi besar.⁴⁶

Walaupun pengadilan-pengadilan tersebut mengakui *deepening insolvency* sebagai suatu upaya hukum yang terpisah tidak semuanya bertentangan sebagaimana yang dimaksudkan sebagai *deepening insolvency*, sebagai bentuk pengembangan tuntutan, pada umumnya penggugat menuntut supaya. Pertama, debitor mengalami kerugian yang bukan yang diharapkan oleh kreditor. Kedua, kerugian tersebut berasal dari pelanggaran kewajiban atau perbuatan pelanggaran hukum, selama perusahaan mengalami kesulitan keuangan dan utang-utang debitor makin membesar. Namun tidak semua pengadilan mengakui *deepening insolvency* sebagai dasar untuk melakukan tuntutan. Sebagian pengadilan menerima alasan dimana perusahaan mengalami

⁴⁶*Ibid.*

sesuatu yang dapat diartikan sebagai suatu kerugian karena kecurangan atau sebagai suatu kelalaian selama perusahaan melakukan pinjaman tambahan. Sementara itu pengadilan lain menolak *deepening insolvency* sebagai alasan untuk menggugat, namun membenarkannya sebagai bentuk alasan-alasan sebagai upaya hukum lain terhadap kerugian yang disebabkan oleh perbuatan curang atau pelanggaran kewajiban. Sementara itu, ada pengadilan yang menolak sama sekali penggunaan *deepening insolvency* sebagai suatu upaya hukum. Walaupun demikian ada konsistensi pengadilan dapat menerima *deepening insolvency* sebagai dasar untuk meletakkan kewajiban kepada manager perusahaan, peminjam dan pihak ketiga lainnya. Pengadilan-pengadilan tersebut menerima teori baru dari pelanggaran tanpa peneliti lebih jauh tentang hakekat dan ruang lingkup dari gugatan berdasarkan atau sebagai bentuk pelanggaran baru timbul sebagai bentuk kehati-hatian untuk menggugat kerugian tersebut.⁴⁷

Analisis yang tidak lengkap terhadap persoalan ini, pengadilan untuk menerima tuntutan *deepening insolvency* tidak mengakui berbagai kelemahan dalam teori hukum baru ini dalam penagihan. *Pertama*, pelanggaran *deepening insolvency* diperlukan dalam menyalahgunakan kepercayaan perusahaan yang mengharuskan perusahaan untuk dilikuidasi atas dasar pailit, oleh karena itu menempatkan kewajiban kepada manager perusahaan yang tidak mempunyai kewajiban untuk itu. *Kedua*, pengadilan telah gagal untuk menguji apakah tuntutan tersebut benar-benar dapat dilaksanakan jika dilihat dari perspektif

⁴⁷*Ibid.*

perusahaan, yang menghasilkan kesimpulan yang tidak konsisten. Seperti, suatu tuntutan berdasarkan *deepening insolvency* diterima untuk diproses hanya jika penggugat menduga kerugian terhadap perusahaan dapat dipisahkan dari kerugian apapun terhadap para kreditor. Walaupun demikian penggugat dalam banyak perkara memerlukan gugatan *deepening insolvency* berdasarkan adanya dugaan kecurangan yang tidak kelihatan atau kecurangan dalam pernyataan keadaan keuangan perusahaan. Ketiga, banyak pengadilan mendasari kesimpulan karena keadaan tertentu mengakui pelanggaran *deepening insolvency* dalam prinsip-prinsip hukum *common law* dimana setiap kerugian ada upaya hukumnya, berhenti pada pengujian yang singkat apakah upaya hukum yang ada untuk kerugian yang dituntut. Akibatnya, kreditor diberi senjata baru dalam gudang senjata dari setiap pengembangan teori yang baru untuk meletakkan tanggung jawab terhadap manajer perusahaan. Baru-baru ini dalam *Trenwick America Litigation v. Ernst & Young, LPP*, Pengadilan Delaware menggabungkan kecenderungan yang berkembang yang membatasi ruang lingkup pelanggaran *deepening insolvency* atau yang menolaknya.⁴⁸

Pengertian bahwa perusahaan dapat menjadi rugi dengan memperpanjang keberadaan perusahaan semula berasal dari dua perkara yang tidak ada hubungannya sama sekali dengan pelanggaran *deepening insolvency*, yang terakhir diakui. Dalam perkara *re Investors Funding Corp.* Firma yang pailit melakukan berbagai tuntutan di luar akuntan debitor yang diduga karena

⁴⁸*Ibid.*

adanya kegagalan dalam mendeteksi kecurangan debitor sendiri, yang mengakibatkan didalam kesalahan materi dari kondisi keuangan debitor terhadap kreditor. Sama halnya, dalam *Schat v Brown*, Direksi asuransi pemerintah menggugat karyawan, direksi induk perusahaan dan di luar komisaris perusahaan asuransi pailit dengan tuduhan bahwa perbuatan curang Tergugat membiarkan debitor menjalankan bisnisnya dalam pailit dan menyebabkan bertambahnya utang.⁴⁹

Berakhirnya penerapan *deepening insolvency* sebagai tuntutan pelanggaran hukum dalam hukum Delaware sampai pada tanggal 14 Agustus 2007 ketika pengadilan tinggi Delaware menyatakan menolak gugatan/tuntutan dalam perkara Trendwick. Dalam perkara Trendwick, gugatan *deepening insolvency* diajukan terhadap para direksi dan karyawan Trendwick America karena telah menjalankan strategi bisnis secara tidak berhati-hati yang telah ditetapkan oleh perusahaan Induk Trendwick America yang telah mengakibatkan anak dan induk perusahaan tersebut pailit. Pengadilan Delaware pada mulanya tidak mengakui *deepening insolvency* dalam hukum Delaware karena konsep itu tidak sesuai dengan konsep bahwa direksi perusahaan Delaware tidak mempunyai kewajiban untuk melikuidasi perusahaan pailit dan tidak dapat bertanggung jawab sebagai penjamin karena direksi ini telah menjalankan bisnisnya dengan strategi yang beriktikad baik yang tidak dapat menimbulkan suatu akibat. Dalam memilih untuk melanjutkan bisnis perusahaan dan menanggung utang tambahan, direksi dan yang lainnya dipecaya dilindungi

⁴⁹*Ibid.*

oleh *business judgement rule*,⁵⁰ jika mereka bertindak secara hati-hati dan loyal kepada perusahaan.

Dengan putusan pengadilan Delaware tersebut kreditor harus melihat kontrak mereka dalam melindungi kepentingannya. Direksi harus mencari pengetahuan supaya mereka dapat membuat keputusan secara beriktikad baik untuk meningkatkan nilai perusahaan tanpa menimbulkan konflik kepentingan dengan *stockholder* dan para kreditor agar mereka dapat menjadi jaminan suksesnya keuangan perusahaan berdasarkan konsep hukum *deepening insolvency*.

B. Penerapan *Corporate Rescue* dalam Kepailitan Perbankan (*Bank Insolvency*)

Hukum Perbankan tunduk kepada hukum korporasi dan hukum perbankan (*bank insolvency*). Pernyataan pailit terhadap bank dilakukan sangat berhati-hati karena bank adalah lembaga kepercayaan, sehingga kepercayaan itulah yang harus dijaga.⁵¹ Ketentuan kepailitan bank mempunyai dua tujuan.⁵² Pertama, aturan-aturan tersebut ditujukan untuk memberikan kesempatan untuk menyelamatkan bank yang bersangkutan dan untuk menghindari dilikuidasinya bank yang bersangkutan. Kedua, aturan-aturan tersebut haruslah melindungi baik kekayaan (aset) bank yang bersangkutan dari penggelapan dan untuk menjamin hak-hak

⁵⁰Salah satu doktrin dalam hukum perseroan bahwa seorang direktur tidak dapat dituntut secara hukum karena direktur tersebut telah menjalankan perusahaan menurut perhitungan bisnis yang benar.

⁵¹IMF And The World Bank, *An Overview of the International Fund and World Bank for the IMF*, April 17, 2009.

⁵²*Ibid.*

yang sama bagi kreditor-kreditor bank yang bersangkutan.⁵³ Untuk mencapai tujuan tersebut, administrasi prosedur kepailitan bank di beberapa negara di yurisdiksi Eropah, yang berlainan dengan di yurisdiksi Amerika Serikat dan Canada dimana administrasi prosedur kepailitan bank dianggap sebagai suatu fungsi yudisial. Di beberapa yurisdiksi diberlakukan administrasi prosedur kepailitan yang khusus yang termasuk ke dalam hukum perbankan, seperti di Austria, Luxemburg, Belanda dan Swiss. Sedangkan yurisdiksi yang lain, kepailitan bank termasuk ke dalam yurisdiksi administrasi prosedur kepailitan di peradilan umum, Seperti di Inggris. Sedangkan di Perancis, kepailitan bank diatur oleh dua ketentuan, yaitu di bawah ketentuan hukum perbankan dan hukum kepailitan pada umumnya.⁵⁴

Prosedur kepailitan menurut aturan khusus perbankan diterapkan di Austria, Laxemberg, Belanda dan Swiss. Walaupun diatur di dalam aturan perbankan, di negara-negara ini pun prosedur kepailitan bank juga berbeda-beda.⁵⁵ Berdasarkan hukum perbankan Austria, permohonan pailit dapat diajukan oleh bank yang bersangkutan, atau oleh Menteri Keuangan dan atau menempatkan bank yang bersangkutan di bawah pengawasan administrasi dan penangguhan pemenuhan semua kewajiban-kewajibannya.⁵⁶ Di Luxemburg, terhadap bank yang mengalami kesulitan keuangan, pengadilan dapat memerintahkan penangguhan

⁵³Eva H.G. Hupkes, *Legal Aspect of Bank Insolvency, a Comparative Analysis of Western Europe, the United States and Canada*, Kluwer Law International, The Hage/London, Boston, 2000, hlm. 49.

⁵⁴*Ibid.*, hlm. 67.

⁵⁵*Ibid.*, hlm 68.

⁵⁶*Ibid.*

semua kewajiban dan menunjuk satu orang atau lebih Auditor.⁵⁷ Di Belanda, pengadilan menunjuk satu orang atau lebih Administrator pengadilan dan menempatkannya di dalam manajemen bank yang bersangkutan.⁵⁸ Sedangkan di Swiss, tanggung jawab prosedur kepailitan bank dilakukan oleh pengadilan dan SFBC. Jika SFBC menetapkan bahwa keadaan bank menunjukkan membahayakan kepentingan deposan bank, SFBC dapat menutup bank yang bersangkutan dan melarang bank itu untuk melakukan transaksi pembayaran apapun. Sama dengan di negara Eropah yang disebutkan di atas, SFBC tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan penangguhan untuk melindungi bank terhadap tuntutan yang akan dilakukan jika bank tersebut tidak dapat lagi memenuhi kewajibannya. Dalam hal ini, pengadilanlah yang berwenang untuk melakukan penangguhan pemenuhan semua kewajiban bank itu. Oleh karena itu, intervensi pengadilan menjadi penting ketika SFBC memerintahkan penangguhan semua kewajiban bank yang bersangkutan.⁵⁹

Kepailitan bank berdasarkan hukum kepailitan umum, terdapat beberapa perbedaan penerapan hukum kepailitan dalam kerangka kepailitan dan likuidasi bank.⁶⁰ Di Inggris, seketika permohonan pailit diajukan, penangguhan dilaksanakan. Dengan penangguhan ini, tidak mungkin laku untuk melakukan penutupan bank yang bersangkutan.⁶¹ Di Perancis, berdasarkan hukum Perancis, penerapan hukum perbankan dan hukum kepailitan dilakukan bersamaan. Komisi Perbankan Perancis dapat terlibat dalam dua hal, yaitu Komisi dapat

⁵⁷*Ibid.*, hlm. 69.

⁵⁸*Ibid.*

⁵⁹*Ibid.*, hlm. 70.

⁶⁰*Ibid.*, hlm. 74.

⁶¹*Ibid.*, hlm. 75.

mencabut izin bank yang bersangkutan dan menunjuk likuidator, atau membekukan izin operasional bank yang bersangkutan, menunjuk Administrator sementara.⁶²

Pencegahan agar bank tidak pailit dapat dilakukan dengan bantuan negara adalah merupakan suatu alternatif (opsi) hanya dalam keadaan tertentu jika bank yang bersangkutan benar-benar dalam keadaan kesulitan dan mempunyai dampak sistemik yang serius⁶³. Akhirnya, untuk menghindari pailitnya bank dapat dilakukan reorganisasi, divestigasi kepemilikan dan bantuan likuiditas dari Pemerintah.⁶⁴

Di UK, ⁶⁵*Bank of England* mempunyai motif tidak ingin menempatkan bank di bawah kontrol Kurator atau likuidator bukan hanya berdasarkan alasan ekonomi, tetapi adalah berdasarkan alasan kepentingan tenaga kerja dan produktivitas perusahaan.

Krisis moneter dan perbankan yang melanda Indonesia pada tahun 1997 memakan biaya fiskal yang amat mahal yaitu mencapai 51% dari PDB. Krisis tersebut telah menumbuhkan kesadaran akan pentingnya stabilitas pasar keuangan dan kesehatan lembaga-lembaga keuangan yang membentuk sistem keuangan. Kestabilan pasar keuangan dan kesehatan lembaga-lembaga keuangan yang selanjutnya mampu meredam krisis, sebenarnya merupakan interaksi dari beberapa resiko yang harus selalu dikelola dengan baik. Salah satu resiko yang harus dikelola dengan baik sehingga tidak menyebabkan kestabilan pasar keuangan dan kesehatan lembaga keuangan terganggu dan pada akhirnya menyebabkan krisis adalah gagalnya perusahaan di sektor riil

⁶²*Ibid.*, hlm. 77.

⁶³*Ibid.*, hlm. 83.

⁶⁴*Ibid.*, hlm. 83, 88, 96.

⁶⁵John Flood et. al., *The Professional Restructuring of Corporate Rescue: Company Voluntary Arrangements and the London Approach*, ACCA, Research Report 45.

mengembalikan pinjaman. Kegagalan perusahaan dalam mengembalikan pinjaman dapat dikategorikan bahwa perusahaan mengalami *corporate failure*.

Hasil penelitian Beaver (1966),⁶⁶ termasuk salah satu penelitian yang sering dijadikan acuan utama dalam penelitian tentang *corporate failure*. Beaver memandang perusahaan sebagai *reservoir of liquid asset, which supplied by inflows and drained by outflows*. Beaver menggunakan 30 jenis rasio keuangan yang digunakan pada 79 pasang perusahaan yang pailit dan tidak pailit. Memakai *univariate discriminant analysis* sebagai alat uji statistik, Beaver menyimpulkan bahwa rasio *working capital funds flow/total asset* dan *net income/total assets* mampu membedakan perusahaan yang akan pailit dengan yang tidak pailit secara tepat masing-masing sebesar 90% dan 88% dari sampel yang digunakan. Altman (1968), melakukan penelitian pada topik yang sama seperti topik penelitian yang dilakukan oleh Beaver tetapi Altman menggunakan teknik *multivariate discriminant analysis* dan menghasilkan model dengan 7 rasio keuangan.

Dalam penelitiannya, Altman menggunakan sampel 33 pasang perusahaan yang pailit dan tidak pailit dan model yang disusunnya secara tepat mampu mengidentifikasi 90% kasus kepailitan pada satu tahun sebelum kepailitan terjadi. Penelitian dengan topik kebangkrutan/kepailitan perusahaan terus dilakukan oleh para peneliti, perkembangan terakhir penelitian dengan topik kebangkrutan atau kepailitan terletak pada alat uji statistiknya. Ohlson (1980) adalah peneliti pertama yang menggunakan analisa logit untuk memprediksi

⁶⁶Eva H.G. Hupkes, *loc. cit.*

kepailitan. Pada penelitiannya, Ohlson menggunakan 105 perusahaan yang pailit dan 2058 perusahaan yang tidak pailit serta menemukan bahwa 7 rasio keuangan mampu mengidentifikasi perusahaan yang akan pailit dengan tingkat ketepatan yang mendekati hasil penelitian Altman. Pentingnya persoalan *corporate failure* juga didukung oleh Krugman yang mengulas mengenai *global financial downturns* dan memasukkan teori *balancesheet fundamentals* sebagai signal dari krisis yang akan terjadi (Krugman, 1999). Walaupun penelitian *corporate failure* telah banyak dilakukan, tampaknya penelitian mengenai hal ini akan terus berlanjut karena perkembangan dunia usaha yang begitu cepat sehingga selalu menimbulkan pertanyaan apakah faktor-faktor yang menyebabkan perusahaan pailit/bangkrut masih tetap sama.⁶⁷

Inti dari konsep *corporate rescue* adalah restrukturisasi utang, yang menurut *Chapter 11 of US Bankruptcy Code* disebut dengan *reorganization*.⁶⁸ Demikian juga terhadap perbankan, bank yang mengalami kesulitan keuangan (*bank insolvency*) dan untuk menjaga kepercayaan kepada lembaga perbankan sedapat mungkin likuidasi dihindari dan sedapat mungkin bisnis bank tersebut diselamatkan agar sistem perbankan tidak ambruk. Di Indonesia, Bank Indonesia (BI) adalah Bank Sentral Republik Indonesia bertujuan mencapai dan memelihara kestabilan nilai rupiah. Untuk itu Bank Indonesia mempunyai

⁶⁷*Ibid.*

⁶⁸Lihat Thomas J. Salerno et.al, *The executive Guide to Corporate Bankruptcy*, BeardBooks, Washington DC, 2001, hlm. 21 .

tugas untuk menetapkan dan melaksanakan kebijakan moneter, mengatur dan menjaga kelancaran sistem pembayaran dan mengatur dan mengawasi bank.⁶⁹

Undang-Undang Perbankan telah menetapkan langkah-langkah yang perlu dilakukan terhadap bank yang mengalami kesulitan dan membahayakan kelangsungan usahanya. Pasal 37 ayat (1) Undang-Undang Perbankan menyatakan bahwa jika menurut penilaian Bank Indonesia suatu bank mengalami kesulitan dan membahayakan kelangsungan usahanya, Bank Indonesia dapat melakukan tindakan agar:

1. Pemegang saham menambah modal ;
2. Pemegang saham mengganti dewan komisaris dan atau direksi bank;
3. Bank menghapusbukukan kredit atau pembiayaan berdasark prinsip syariah yang macet dan memperhitungkan kerugian bank dengan modalnya;
4. Bank melakukan merger atau konsolidasi dengan bank lain;
5. Bank dijual kepada pembeli yang bersedia mengambil alih seluruh kewajiban;
6. Bank menyerahkan pengelolaan seluruh atau sebagian kegiatan bank kepada pihak lain;
7. Bank menjual sebagian atau seluruh harta dan/atau kewajibannya kepada bank atau pihak lain.

Jika langkah-langkah yang diambil tersebut belum cukup untuk mengatasi kesulitan yang dihadapi bank dan menurut penilaian Bank Indonesia

⁶⁹Pasal 8 Undang-UndangNo. 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia, sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang RI No. 6 Tahun 2009.

keadaan suatu bank dapat membahayakan sistem perbankan dimana kesulitan yang dihadapi membuat suatu bank tidak dapat memenuhi kewajiban-kewajibannya kepada bank lain sehingga dapat menimbulkan dampak berantai (sistemik), maka pimpinan Bank Indonesia dapat mencabut izin usaha bank dan memerintahkan Direksi bank untuk segera menyelenggarakan Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) guna membubarkan badan hukum bank dan membentuk tim likuidasi. Bahkan jika RUPS tidak diselenggarakan juga, Pimpinan Bank Indonesia dapat meminta kepada pengadilan untuk mengeluarkan penetapan yang berisi pembubaran badan hukum bank, penunjukan tim likuidasi dan pelaksanaan likuidasi.⁷⁰ Semua itu dilakukan untuk mempertahankan dan menyelamatkan posisi bank agar tidak kehilangan kepercayaan dari masyarakat.

Pasal 2 ayat (3) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 menetapkan bahwa dalam hal debitor adalah bank, permohonan pernyataan pailit hanya dapat diajukan oleh Bank Indonesia. Pengajuan permohonan pailit bagi bank sepenuhnya merupakan kewenangan Bank Indonesia dan semata-mata didasarkan atas penilaian kondisi keuangan dan kondisi perbankan secara keseluruhan, oleh karena itu tidak perlu dipertanggung jawabkan. Kewenangan Bank Indonesia terkait dengan ketentuan mengenai pencabutan izin usaha bank, pembubaran badan hukum dan likuidasi bank sebagaimana yang diatur dalam Pasal 37 Undang-Undang Perbankan. Konstruksi hukum kepailitan bank yang terkandung dalam Pasal 2 ayat (3) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004

⁷⁰ Pasal 3 Undang-Undang No. 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia, sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang RI No. 6 Tahun 2009.

tersebut tidak sejalan dengan prinsip *debt collection* dalam hukum kepailitan. Dengan menyerahkannya sepenuhnya kewenangan mengajukan permohonan pailit bank kepada Bank Indonesia, para kreditor dari bank kehilangan sebuah pranata hukum yang pada awalnya dimunculkan untuk menjamin hak kreditor untuk mendapat pelunasan dari debitor. Para kreditor bank tidak dapat lagi mendapat pelunasan secara maksimal dari hasil likuidasi atas seluruh harta kekayaan debitornya. Sehingga mungkin saja piutang kreditor tidak dapat dilunasi sepenuhnya karena aset bank telah dialihkan sebelumnya.⁷¹

Konsep kepailitan dalam kepailitan bank tidak lagi merupakan sitaan umum yang mencakup seluruh kekayaan debitor yang ditujukan untuk kepentingan pelunasan piutang semua kreditor. Tujuan kepailitan dalam kepailitan bank tidak semata pembagian kekayaan debitor oleh kurator kepada semua kreditor dengan memperhatikan hak-hak mereka masing-masing sebagai pelunasan piutang, akan tetapi telah memasukkan tujuan-tujuan lain yang merupakan kepentingan publik sebagai pelaksanaan tugas dan fungsi otoritas moneter dari Bank Indonesia sebagai satu-satunya pihak yang diberi kewenangan mengajukan permohonan pailit atas bank.

Kewenangan Bank Indonesia dalam mengajukan permohonan kepailitan bank tidak sejalan dengan prinsip-prinsip hukum kepailitan yang berkaitan dengan kreditor, seperti prinsip *paritas creditorium* dan *prinsip paripassu prorata parte*.⁷² Pembatasan pihak yang dapat mengajukan kepailitan perbankan disertai dengan pembatasan dasar pertimbangan pengajuan permohonan pailit yang

⁷¹*Ibid.*

⁷²Salah satu prinsip hukum kepailitan dalam konsep likuidasi.

diserahkan sepenuhnya kepada Bank Indonesia yang tidak memiliki kepentingan hukum dalam kepailitan perbankan telah mengenyampingkan hak dan kepentingan kreditor dalam lembaga kepailitan. Seharusnya kewenangan itu diberikan kepada pihak-pihak yang memiliki kepentingan hukum.

Alasan yang diberikan Bank Indonesia mengapa tidak mengajukan permohonan pailit terhadap bank ke Pengadilan Niaga di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat karena didalam ketentuan Undang-Undang No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yang diubah dengan Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 dan Peraturan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah No. 25 Tahun 1999 tentang pencabutan izin usaha adalah dalam pembubaran dan likuidasi bank tidak mengenal adanya mekanisme kepailitan dan dalam rangka mekanisme penyelesaian hak dan kewajiban bank diatur dengan cara pencabutan izin usaha, pembubaran dan likuidasi. Upaya *exit policy* bank sebagaimana ditentukan dalam Pasal 37 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Perbankan tersebut merupakan upaya terakhir yang ditempuh Bank Indonesia karena likuidasi bank dapat menimbulkan dampak negatif bagi kepercayaan masyarakat terhadap lembaga perbankan. Oleh karena itu, sebelum mencabut izin bank terlebih dahulu dilakukan tindakan penyelamatan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 37 ayat (1) Undang-Undang Perbankan. Dengan melaksanakan tindakan-tindakan tersebut diharapkan kondisi bank dapat membaik. Namun bilamana kondisi bank tersebut tidak dapat membaik, Bank Indonesia berwenang menggunakan *exit policy* berupa pencabutan izin usaha,

pembubaran badan hukum dan pelaksanaan likuidasi.⁷³ Konsep *exit policy* ini adalah merupakan konsep *corporate rescue* dalam dunia perbankan. Inti permasalahan yang dikhawatirkan adalah perilaku nasabah yang kurang mempercayai sistem perbankan jika ada bank yang bermasalah.

Terlepas dari persoalan BLBI yang sampai sekarang menjadi kontroversial berikut ini akan diuraikan implementasi *konsep corporate rescue* yang diambil dari pengalaman program penyelamatan perbankan di Indonesia sebagai akibat krisis ekonomi Tahun 1997 menurut versi Bank Indonesia⁷⁴ krisis moneter mengakibatkan perbankan nasional tak mampu memenuhi kewajibannya kepada bank luar negeri. Bank Indonesia dalam rapat direksi tanggal 15 Agustus 1997 menetapkan kebijakan berupa pemberian dispensasi kepada bank-bank untuk tetap dapat ikut serta dalam kliring, meskipun mereka bersaldo debit. Keputusan ini diterapkan sampai meredanya gejolak pasar uang. Hal itu sejalan dengan arahan Presiden untuk tidak melikuidasi bank sebelum penyelenggaraan Pemilihan Umum Mei 1997 dan sidang Umum MPR Maret 1998. Krisis yang terjadi ternyata tak segera mereda. Semakin banyak bank mengalami saldo debit yang bersifat sistemik. Bukan sekedar *mismatch*, alias hitungannya meleset. Bank Indonesia menganggap kewenangan yang dimilikinya sebagai lender of the last resort sesuai Pasal 32 ayat (3) Undang-Undang No. 13 Tahun 1968 tentang Bank Sentral, tak cukup untuk mengatasi kesulitan likuiditas. Bank Indonesia lalu membawa permasalahan ini ke dalam sidang Kabinet Terbatas Bidang Ekonomi, Keuangan, Pengawasan

⁷³Adian Sutedi, *Hukum Perbankan: Suatu Tinjauan Pencucian-Uang, Likuidasi dan Kepailitan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, hlm. 174.

⁷⁴Bank Indonesia, *Mengurai benang kusut BLBI*, Jakarta, 2002.

Pembangunan (Ekku Wasbang) dan Produksi Distribusi pada 3 September 1997.⁷⁵

Presiden Soeharto kemudian membuat keputusan penting, antara lain agar Menteri Keuangan dan Gubernur Bank Indonesia mengambil langkah-langkah: Pertama, Bank Nasional yang sehat tapi mengalami kesulitan likuidasi untuk sementara supaya dibantu. Kedua, supaya diupayakan penggabungan atau akuisisi terhadap bank-bank yang nyata-nyata sakit oleh bank yang sehat. Jika upaya ini tak berhasil, bank-bank yang mengalami kesulitan likuiditas itu supaya dilikuidasi sesuai peraturan perundang yang berlaku dengan mengamankan semaksimal mungkin para penabung, terutama pemilik simpanan kecil. Dengan demikian pemerintah dihadapkan pada dua opsi yang dilematis: Pertama, menutup sejumlah bank namun akan mengundang kepanikan deposan, kelumpuhan seluruh sistem perbankan, kekacauan lalu lintas pembayaran dan kemandekan seluruh kegiatan ekonomi nasional; kedua, menyelamatkan bank melalui pemberian bantuan likuiditas perbankan guna mencegah lumpuhnya sistem perbankan, namun dapat menimbulkan *moral hazard*.⁷⁶

Tekanan krisis ternyata semakin berat. Sendi-sendi perekonomian nasional terguncang. Kepercayaan terhadap perekonomian nasional semakin merosot. Akhirnya pemerintah mengundang IMF. Kebijakan mengundang IMF

⁷⁵Lihat antara lain Iman Sugema & Iskandar Simorangkir, "Peranan the Lender of Last Resort (LOLR) terhadap Perekonomian: Suatu Kajian Empiris Terhadap Bantuan Likuiditas Bank Indonesia (BLBI)," *Buletin Ekonomi Moneter dan Perbankan*, Juni 2004, dalam <http://www.bi.go.id/NR/rdonlyres/8ABE3501-4066-A.713-8EB2385B75BO/3008/dperanan1.pdf>

⁷⁶Unit Khusus Museum Bank Indonesia: *Sejarah Bank Indonesia*, Sejarah Bank Indonesia: Perbankan Periode 1997-1999, dalam [http://www.bi.go.id/NR/rdonlyres/A6011CBA-1B4E-49B1-9DDC-CB01AB6C60DO/19387/Sejarah Perbankan Periode 1997-1999.pdf](http://www.bi.go.id/NR/rdonlyres/A6011CBA-1B4E-49B1-9DDC-CB01AB6C60DO/19387/Sejarah%20Perbankan%20Periode%201997-1999.pdf)

diputuskan melalui sidang kabinet pada bulan Oktober 1997. IMF menyodorkan paket pemulihan ekonomi yang berat, yaitu reformasi sektor riil, restrukturisasi sektor keuangan dan pelaksanaan kebijakan fiskal moneter yang berhati-hati. Restrukturisasi sektor keuangan yang diutamakan adalah pada perbankan. Pada 31 Oktober 1997 *letter of intent (LoI)* Indonesia IMF ditanda tangani Menteri Keuangan dan Gubernur Bank Indonesia. LoI antara lain berisi: *Pertama*, restrukturisasi yang dilakukan secara komprehensif merupakan kunci keberhasilan. *Kedua*, bank-bank *insolvent* tidak sanggup membayar kewajibannya yang tidak mungkin diselamatkan ditutup. Bank-bank lemah namun masih mungkin diselamatkan diharuskan menyusun dan melaksanakan rencana rehabilitasinya. *Ketiga*, program restrukturisasi terdiri dari empat bagian. Pelaksanaannya dibantu IMF, Bank Dunia dan Bank Pembangunan Asia. *Due diligence* terhadap bank dilakukan untuk mengetahui derajat kesehatannya. Bank sehat tetap di bawah Bank Indonesia, yang sakit disembuhkan di BPPN. *Keempat*, seluruh biaya yang berkaitan dengan penutupan bank dan rehabilitasi bank pemerintah menjadi beban pemerintah melalui APBN. Caranya dengan menerbitkan surat utang (bond) yang dijamin pemerintah.⁷⁷

Untuk menindak lanjuti LoI tersebut pada tanggal 1 November 1997 pemerintah yang dalam hal ini diwakili oleh Menteri Keuangan mencabut izin 16 bank sehingga bank-bank tersebut berstatus sebagai Bank Dalam Likuidasi (BDL). Pengurus bank diperintahkan untuk mengadakan RUPS luar biasa guna

⁷⁷ Bank Indonesia, Bahan Komunikasi mengenai Bantuan Likuiditas Bank Indonesia, September, 2000.

membubarkan badan hukum bank yang bersangkutan. Kebijakan ini ternyata justru mengakibatkan berdampak sebaliknya dan pemerintah menyatakan tidak akan menutup bank lagi. Pengumuman ini sebagai upaya menyelamatkan sistem pembayaran dan sektot perbankan. Pernyataan pemerintah ini kurang dipercaya, nasabah tetap saja rame-rame menari simpanannya. Rush yang terus berlanjut menyebabkan makin banyak bank mengalami saldo debit. Mereka terancam tak mampu bertahan serta gagal melunasi saldo debit yang diberikan Bank Indonesia. Kemampuan mereka mengembalikan bantuan likuiditas Bank Indonesia dipertanyakan. Berdasarkan Pasal 32 ayat (3) Undang-Undang No. 13 Tahun 1968 dan peraturan fasilitas yang ada, seperti fasilitas diskonto I dan fasilitas diskonto II, jaminan yang diberikan bank cukup berupa promes.

Bantuan Likuiditas Bank Bank Indonesia (BLBI) yang juga diatur dalam Loi disebutkan bahwa pentingnya penyediaan bantuan likuiditas (*liquidity support*) Bank Indonesia dalam rangka membantu kesulitan likuiditas perbankan. Bantuan likuiditas ini merupakan kebijakan yang lazim dilakukan setiap bank sentral di hampir semua negara. Sebagai pelaksana salah satu fungsi bank sentral selaku *lender of last resort*. Namun mengingat kondisi krisis dan terjadinya kesulitan likuiditas secara sistemik, maka biaya atas penyediaan bantuan likuiditas tersebut menjadi beban pemerintah. Kemudian sejak tanggal 31 April 1998 pemerintah mengambil alih BLBI dengan jalan penerbitan surat utang. Akhirnya, pada tanggal 6 Februari 1999 dibuat kesepakatan bersama antara Gubernur BI dengan Menteri Keuangan untuk mengambilalih BLBI.

Pengambilan alih itu tersebut dilaksanakan pada tanggal 22 Februari 1999 dengan total BLBI yang dialihkan mencapai Rp. 144,5 trilyun.⁷⁸

BLBI sama dengan pemberian pinjaman kepada bank yang mengalami krisis keuangan, suatu konsep priming yang dilakukan dalam *corporate rescue*. Dalam rangka ini BLBI diamankan dengan sistem pembuatan perjanjian secara notariil atau di bawah tangan antara BI dengan bank penerimanya. Perjanjian itu diikuti pengikatan dan atau penyerahan jaminan disertai surat pernyataan pemilik dan pengurus bagi bank mengikuti program penjaminan. Perjanjian-perjanjian ini dibagi dalam beberapa bentuk. Pertama, perjanjian pengikatan utang secara notariil berupa akta perjanjian jual beli promes nasabah. Dalam pengikatan dengan akta jual beli promes nasabah ini, bank menjual promes kepada bank Indonesia. Pelaksanaan pengikatan seperti ini dilakukan untuk fasilitas SBPU khusus dan dengan akta pengakuan utang pemberian jaminan. Akta pengakuan utang merupakan pernyataan sepihak oleh bank. Isinya bank bersangkutan mengakui berutang kepada Bank Indonesia atas jumlah tertentu. Akta pengakuan utang ditanda tangani oleh pihak yang berwenang berdasarkan AD/ART bank, atau berdasarkan surat kuasa/penunjukan dari BPPN. Akta pengakuan utang dan jaminan merupakan suatu perjanjian dimana satu pihak mengikatkan diri kepada pihak lain mengenai jumlah kewajiban berikut syarat dan kondisi pinjaman, hak dan kewajiban masing-masing pihak, suku bunga atau diskonto, jangka waktu,

⁷⁸Penjelasan Dewan Gubernur Bank Indonesia, Rapat Kerja Komisi IX DPR RI dengan Dewan Gubernur Bank Indonesia, tanggal 26 Juni 2001, dalam <http://www.bi.go.id/NR/rdonlyres/E9180o6B-A611-481C-990E-719546B7C10D/5348/rakerDPR26062001.pdf>.

jaminan, larangan serta sanksi. Pengikatan seperti ini dilakukan untuk Fasdis, Fasilitas Dana Talangan Valas dan Fasilitas Saldo Debet.⁷⁹

Perjanjian pengikatan utang non notaril atau di bawah tangan adalah perjanjian atau pernyataan yang dibuat antara Bank Indonesia sebagai kreditor dengan bank sebagai debittur. Kedua pihak saling mengikat diri pada isi perjanjian yang dibuat oleh para pihak tanpa melibatkan notaris. Bentuk perjanjian pengikatan utang di bawah tangan yang dikenal di Bank Indonesia antara lain berupa perjanjian karena persekot dalam rekening koran dengan promes-promes sebagai jaiminan.

Untuk penyelesaian masalah BLBI tersebut, pemerintah menjalankan program restruktursasi utang-utang bank tersebut melalui perjanjian perjajinan dalam rangka restruktursasi antara bank yang mengalami kesulitan keuangan untuk membayar utangnya dengan BPPN (Badan Penyehatan Perbankan Nasional). Perjanjian-perjanjian ini dilakukan berdasarkan Peraturan Pemerintah RI No. 17 Tahun 1999 tentang Badan Penyehatan Perbankan Nasional. Adapun yang menjadi pertimbangan diterbitkannya Peraturan Pemerintah ini adalah melemahnya perbankan nasional akibat gejolak moneter dapat mengakibatkan dampak yang membahayakan perekonomian nasional. Untuk mencegah kerusakan sektor perkonimian yang lebih buruk dipandang perlu untuk menjalankan fungsi penyehatan perbankan dan melaksanakan pengelolaan aset bank yang bermasalah, maka pemerintah memandang perlu untuk mengatur lebih lanjut wewenang badan khusus sesuai dengan peraturan perundang-

⁷⁹ J. Soedradjad Djiwandono, "Permasalahan BLBI," dalam http://www.pacific.net/pakar/sj/permasalahan_blibi.html.

undangan yang berlaku. Sehubungan dengan itu, dipandang perlu menetapkan ketentuan Badan Penyehatan Perbankan Nasional (BPPN).⁸⁰

Pasal 43 huruf d Peraturan Pemerintah No. 17 Tahun 1999 ini mewajibkan Bank Dalam Penyehatan untuk mengajukan rencana perbaikan, yang meliputi antara lain perbaikan kualitas aktiva produktif, posisi likuiditas, struktur permodalan dan manajemen dengan mengikuti persyaratan, ketentuan dan pengaturan BPPN termasuk mengenai jadwal, tindakan yang akan dilakukan serta hal-hal lain yang perlu dilakukan.

Tugas-tugas BPPN sendiri diimplementasikan dalam tiga bentuk. Pertama, penyehatan perbankan yang dilaksanakan oleh *Bank Restructuring Unit*, seperti dengan cara merger bank. Kedua, penyelesaian kewajiban-kewajiban Pemegang Saham yang berkaitan erat dengan program penyehatan perbankan yang dilaksanakan oleh *Asset Management Investment Unit*. Ketiga, restrukturisasi utang debitor dilaksanakan oleh *Asset Management Credit Unit*. BPPN dengan pihak perbankan membuat perjanjian-perjanjian MSAA, MRNIA dan PKPS-PU, yang memiliki pengertian sebagai berikut. MSAA adalah perjanjian pengembalian bantuan likuiditas Bank Indonesia dengan penyerahan aset (*asset settlement*). MRNIA adalah perjanjian antara BPPN dengan Pemegang Saham yang dilakukan jika aset yang diserahkan kepada Pemegang Saham tidak memadai dalam menutup jumlah kewajiban Pemegang Saham (JKPS) sehingga jaminan yang diberikan oleh Pemegang Saham kepada BPPN sampai dengan jaminan pribadi (*personal guarantee*). Sedangkan PKPS-

⁸⁰*Ibid.*

PU adalah suatu bentuk pengakuan terhadap terjadinya pelanggaran BMPK dan untuk menyelesaikan jumlah kewajiban pemegang saham dengan jangka waktu pembayaran hingga empat tahun sejak PKPS-PU ditanda tangani dan dikenakan bunga sesuai dengan sertifikat Bank Indonesia (SBI).⁸¹

Pada dasarnya MSAA, MRNIA dan PKPS-PU yang telah ditanda tangani adalah merupakan perjanjian perdata pada umumnya. Hal ini memberikan akibat bahwa perjanjian-perjanjian ini menganut prinsip dasar dari perjanjian sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1320 dan 1338 KUH.Pedata. Dalam pelaksanaannya MSAA dan MRNIA mengandung beberapa perbedaan, diantaranya dalam hal nilai aset. Pada MSAA nilai aset cukup untuk mengcover kewajiban, sedangkan pada MRNIA ada personal guarantee share holder. Dalam hal menyangkut resiko pasar dan komersial, pada MSAA ditanggung oleh BPPN sedangkan pada MRNIA ditanggung oleh Pemegang Saham. Dalam perjanjian MSAA dan MRNIA terdapat indikasi penting: Pertama, MSAA dan MRNIA merupakan perjanjian induk; kedua, pada saat loan agreement ditanda tangani, hubungan utang piutang secara hukum terjadi antara perusahaan induk dengan BPPN. Pemegang Saham hanya mempunyai kewajiban untuk mentranfer aset kepada BPPN/Perusahaan Induk berdasarkan MSAA/MRNIA.⁸²

Dalam PKPS terdapat kendala dalam implemetasi perjanjiannya. Di antaranya aset yang ditransfer, aset yang dijanjikan belum seluruhnya ke BPPN/Perusahaan Induk sebagaimana yang disyaratkan dalam perjanjian

⁸¹Ari A. Perdana. "BPPN: Pelajaran yang Begitu Pahit," *Media Indonesia*-25 Februari 2004, dalam <http://www.csis.or.id/Publications-OpinionDetail.Php.id.129>

⁸²*Ibid.*

PKPS karena belum mendapat persetujuan kreditor lainnya. Selain itu, Pemegang Saham sering bersikap tidak kooperatif dalam memperlancar proses transfer aset dengan berbagai alasan. Dalam perjanjian PKPS BBKU terdapat beberapa indikasi atau fakta diantaranya: Pertama, sebagian besar jaminan atas perjanjian PKPS belum diikat dengan hak tanggungan atau jaminan sangat kecil jika dibandingkan jumlah utang. Kedua, ada klausula yang memberikan kewenangan BPPN untuk membuat Grosse Akta secara sepihak. Untuk obligor PKPS diberikan kesempatan untuk menyelesaikan kewajibannya secara musyawarah di luar pengadilan berdasarkan parameter komersial baru. Jika obligor tersebut dapat memenuhi Ambang Minimal Tingkat Kepatuhan (AMTK), maka diberikan *Release & Discharge* sementara. Dalam hal seluruh kewajiban obligor PKPS telah dipenuhi secara tepat waktu diberikan *Release & Discharge* definitif.⁸³

Untuk membantu proses percepatan usaha restrukturisasi utang swasta, dibentuk Satuan Tugas Prakarsa Jakarta (STPJ), yang bertugas : Pertama, sebagai mediator antara para kreditor dan para debitor dalam negosiasi restrukturisasi utang; kedua, sebagai fasilitator dalam rangka pemberian kemudahan di bidang tertentu dalam rangka restrukturisasi utang. Ketiga, dalam fungsinya sebagai fasilitator dan mediator, Prakarsa Jakarta melaksanakan tugas berdasarkan suatu kerangka kerja yang disebut Mediasi terstruktur, yaitu suatu proses mediasi dengan suatu batasan waktu yang disepakati. Keempat, Prakarsa Jakarta dilengkapi dengan suatu sistem sanksi (*stick*) dan insentif (*carrot*)

⁸³Bank (Indonesia), Bank dalam Pengawasan Khusus (*Special Surveillance*), dalam [http://www.Bi.go.id/web/id/Perbankan/Bank dalam pengawasan khusus/](http://www.Bi.go.id/web/id/Perbankan/Bank%20dalam%20pengawasan%20khusus/)

untuk mempercepat tercapainya kesepakatan restrukturisasi utang. Dalam proses penyelesaian sengketa antara debitor dan kreditor banyak langkah-langkah yang dapat ditempuh, diantaranya adalah melalui proses mediasi dan litigasi. Dalam rangka inilah SPTJ (Satuan Tugas Prakarsa Jakarta) dalam rangka percepatan usaha restrukturisasi utang swasta.⁸⁴ Implementasi konsep *corporate rescue* dapat dilihat dalam dua hal. Pertama, terhadap bank-bank yang *take over* (BTO) dan bank rekap. Pada bank-bank ini masih menjalankan fungsi *intermediary* perbankan. Artinya, mereka masih tetap mempunyai direksi dan komisaris, hanya saja mereka tunduk kepada BPPN, khususnya buat BTO karena BPPN adalah sebagai pemegang saham. Kedua, terhadap Bank Beku Kegiatan Usaha (BBKU) dan Bank Beku Operasi (BBO). Dua bank ini pengurusannya langsung berada di bawah BPPN. Bank ini adalah bank mati, artinya tidak menjalankan fungsi perbankan apapun.⁸⁵

Bank-bank BTO yang dialihkan ke BPPN adalah kredit-kredit yang dikategorikan macet berdasarkan perjanjian hak atas piutang (*cessie*) dengan menandatangani *letter of commitment* untuk tunduk mengikuti program restrukturisasi BPPN dalam rangka penyelesaian utang-utang bank tersebut. Hal ini dilakukan sesuai dengan ketentuan Pasal 613 KUH.Perdata. Setelah itu, menunjuk *financial advisor* dan *legal advisor* dan BPPN adalah sebagai kreditor baru dari bank yang bersangkutan. Bank-bank tersebut sebelum

⁸⁴ Satuan Tugas Prakarsa Jakarta telah dibubarkan. Lihat antara lain <http://www.tempo.co/read/news/2003/12/18/05636304/Prakarsa-Jakarta.-Dibubarkan,PrakasaJakartaDibubarkan>, 18 Desember 2003

⁸⁵ Sukarela Batunanggar, *Indonesia's Banking Crisis Resolution, Lessons and the way Forward*, 2 Desember 2002, dalam <http://www.Bi.go.id/NR/rdonlyres/81804644-50F8-411E-847A-AEE92502FAAA/13371/iber0212.pdf>.

dialihkan ke BPPN, bank tersebut dinyatakan sebagai BDP (Bank Dalam Penyehatan). Dengan BDP ini, BPPN mempunyai kewenangan sebagai direksi atau komisaris walaupun untuk satu hari, setelah itu diangkat tim pengelola sementara. Kewenangan ini mendapat kritikan dari beberapa hakim, karena ada konsekuensi komersial jika BKKU dan BBO ini mau dilikuidasi atau dikembalikan kepada BI, BPPN tidak punya kewenangan melikuidasi atau mencabut izin bank yang bersangkutan. Kewenangan BPPN ini merupakan kewenangan publik yang tidak dapat digugat ke pengadilan berdasarkan Putusan Mahkamah Agung No. 01P/HUM/1999 tanggal 1 Desember 1999 dan Surat Ketua Mahkamah Agung RI No.KMA/416/VII/2001 tanggal 19 Juli 2001.⁸⁶

Keberadaan BPPN itu sendiri diatur dalam Pasal 37 A ayat (3) huruf 1 Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 tentang perubahan Undang-Undang No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, yang menetapkan bahwa dalam rangka penyehatan perbankan, BPPN mempunyai kewenangan antara lain menghitung dan menetapkan kerugian yang dialami bank dan membebankan kerugian tersebut kepada modal bank. Jika kerugian-kerugian tersebut terjadi karena kesalahan atau kelalaian direksi, komisaris dan atau pemegang saham maka kerugian tersebut dibebankan kepada yang bersangkutan. Dalam perkembangan selanjutnya, dengan Peraturan Pemerintah No. 17 Tahun 1999, kewenangan BPPN mencakup penyelesaian dan pengembalian BLBI, sebagai kredit likuiditas yang disalurkan BI untuk penyelamatan bank dalam keadaan darurat sebagai akibat krisis keuangan pada Tahun 1997. Sama dengan bantuan

⁸⁶Bank Indonesia, *loc. cit.*

likuiditas kepada Bank Century, BLBI inipun sampai saat ini menjadi kasus korupsi yang kontroversial.⁸⁷

Dalam *PT Bank PDFCI v. PT Sarana Kemas Utama*,⁸⁸ Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan No. Perkara 10/Pailit/1998/PN.Niaga/Jkt.Pst. tanggal 21 Oktober 1998 telah mengabulkan permohonan pailit PT Bank PDFCI dengan menyatakan PT Sarana Kemas Utama Pailit. Pada tingkat kasasi dengan putusan Mahkamah Agung RI. No. 04 K/N/1998 tanggal 14 Desember 1998 menolak permohonan kasasi dari PT. Sarana Kemas Utama. Namun dalam pemerisaan peninjauan kembali (PK), Mahkamah Agung RI telah membatalkan putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan Putusan Kasasi Mahkamah Agung RI tersebut. Dalam putusan peninjauan kembali (PK) No. 012 PK/N/1999 tanggal 22 Juli 1999 telah mengabulkan permohonan peninjauan kembali PT Sarana Kemas Utama, dengan pertimbangan hukum bahwa Direksi Bank PDFCI Tbk., yang telah dinyatakan *Bank Take Over (BTO)* sejak tanggal 3 April 1998 tidak lagi memiliki kewenangan untuk melakukan suatu perbuatan hukum, termasuk mengajukan gugatan atau permohonan pailit di muka pengadilan untuk kepentingan bank tersebut, karena manajemen dan operasionalnya telah diambil alih/dikuasai oleh dan berada di bawah pengawasan BPPN sehingga surat kuasa yang dibuat oleh Direksi Bank PDFCI Tbk. Tanggal 28 September 1998 yang menjadi dasar Pemohon Pailit terhadap Termohon Pailit Peninjauan

⁸⁷Bank Indonesia, *loc. cit.*

⁸⁸Mahkamah Agung RI, *Himpunan Kajian Putusan Mahkamah Agung RI dan Pengadilan Niaga mengenai Perkara Permohonan Pailit, Proyek Penelitian dan Pengembangan, Mahkamah Agung RI, 2001, hlm 31-61.*

Kembali adalah tidak sah. Dengan demikian BPPN dalam hal ini bertindak dalam konstruksi hukum sebagai Trustee, atau wali Amanat dari bank yang bersangkutan. Konsep *Debtor In-Possision* tidak dapat diterapkan.

C. Kemungkinan Penerapan *Corporate Rescue* sebagai Ganti PKPU agar Perusahaan Tidak Dipailitkan

Untuk menghambat kepailitan perusahaan, penerapan Undang-Undang Kepailitan seharusnya lebih mengedepankan penggunaan PKPU dari pada kepailitan. Artinya, permohonan PKPU hanya dapat diajukan jika pemohon terlebih dahulu telah mengajukan permohonan PKPU. PKPU, atau penundaan pembayaran adalah keadaan dimana setiap orang yang menjalankan usaha atau suatu perusahaan, besar atau kecil pada setiap saat akan mengetahui keadaan keuangannya, jumlah uang yang ada padanya, utangnya, piutangnya, saat dapat diharapkan adanya pemasukan uang sehingga pada suatu saat pasti dapat diperhitungkannya apakah ia akan melanjutkan pembayaran utangnya yang sudah dapat ditagih. Jadi, PKPU adalah keadaan seorang debitor yang masih mampu untuk membayar utangnya, akan tetapi membutuhkan waktu untuk melaksanakannya. Jika hal ini dihubungkan dengan kepailitan, penundaan pembayaran dapat merupakan pase peralihan dari keadaan mampu membayar ke keadaan tidak mampu membayar. Seorang debitor yang menduga bahwa ia tidak akan dapat melanjutkan pembayaran utangnya boleh meminta penundaan pembayaran utang.⁸⁹ Inilah inti dari upaya hukum PKPU, dalam hubungan ini

⁸⁹E. Suherman, *Failissement (Kefailitan)*, Binacipta, cet. Pertama, Bandung, 1988, hlm. 54.

PKPU dapat merupakan penerapan *corporate rescue*, namun PKPU adalah konsep yang mirip, bukan sama dengan *corporate rescue*. Kemiripan itu terletak hanya pada penangguhan terjadinya kepailitan perusahaan, namun sebaliknya dapat menjadi wadah untuk mempermudah pernyataan pailit jika tenggang waktu yang diberikan terlampaui. Inilah yang merupakan dampak buruk dari PKPU.

Oleh karena itu, dalam hukum kepailitan Belanda yang telah diperbaharui,⁹⁰ pelanjutan kegiatan usaha diatur tersendiri tidak termasuk ke PKPU, atau berbeda dengan PKPU dimana dalam PKPU kegiatan usaha selama dalam kepailitan tidak dilanjutkan.⁹¹ Pelanjutan kegiatan usaha dapat diberikan dengan alasan-alasan bahwa kurator melihat kemungkinan untuk meneruskan perusahaan pailit (setelah penawaran perdamaian) dan untuk menyelesaikan pekerjaan yang sedang berjalan atau untuk mewujudkan hasil yang lebih besar,⁹² misalnya:

Pertama, BU adalah perusahaan galangan kapal, ada sebuah kapal yang sedang dibuat, yang ikut menyebabkan kepailitan. Kurator tahu ada yang akan membeli kapal tetapi harus dalam keadaan jadi. Agar tidak kehilangan pembeli, kurator melanjutkan usaha perusahaan kapal tersebut sampai selesai dibuat. *Kedua*, ada perusahaan pailit, kurator harus memilih menjual barang-barang toko secara cepat dengan harga murah (cuci gudang) atau melanjutkan usaha toko untuk memperoleh harga yang lebih tinggi. Dalam hal ini, likuidasi suatu kegiatan usaha memberikan hasil jauh yang lebih rendah dari pada

⁹⁰ Pasal 78 Undang-Undang Kepailitan Belanda Baru.

⁹¹ J.B. Huizink, *Insolventie*, Alih Bahasa Linus Doludjawa, FH-UI, Jakarta, 2009, hlm. 71.

⁹² *Ibid.*, hlm. 70.

menjual *going concern* perusahaan, belum lagi jika termasuk hilangnya kesempatan kerja. Dalam banyak hal, pelanjutan perusahaan pailit lebih dianjurkan.

Menurut Undang-undang No. 4 Tahun 1998 dan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, debitor yang diperkirakan tidak dapat melanjutkan untuk membayar utang-utangnya dapat mengajukan permohonan penundaan kewajiban pembayaran utang (PKPU) (Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang). Jika debitor yang akan berada dalam keadaan kesulitan keuangan tetapi mempunyai prospek yang baik, perusahaan/Debitor, beritikad baik dan kooperatif dengan para kreditornya, diberi kesempatan untuk melakukan restrukturisasi utang, termasuk penundaan pembayaran utang.⁹³ Kesempatan ini terlebih dahulu diberikan sebelum perusahaan tersebut dinyatakan pailit karena kepailitan pada dasarnya adalah merupakan *ultimum remedium*. Lembaga PKPU (Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang) sebagai yang diatur dalam Pasal 213 ayat (1) Undang-undang Kepailitan agar perusahaan Debitor kembali berada dalam keadaan mampu membayar utang-utangnya (*solvent*).

Konsep reorganisasi perusahaan dalam *chapter 11 US. Bankruptcy Code* (*corporate rescue concept*) adalah konsep yang mirip (bukan sama) dengan PKPU. Perbedaan yang mendasar adalah tujuan pemberian PKPU untuk menunda pembayaran utang untuk memulihkan kondisi keuangan perusahaan dengan melanjutkan usaha perusahaan dengan persetujuan para kreditor dan

⁹³Pasal 222 ayat (2) Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

melanjutkan usahanya.⁹⁴ Perbedaan ini secara konseptual dapat diuraikan sebagai berikut: ⁹⁵ *Pertama*, PKPU tidak menganut konsep *Debtor In Possession*. Dalam konsep ini debitor masih diberi kewenangan untuk melakukan kelanjutan usahanya, sedangkan dalam PKPU Administrator/ pengurus yang ditunjuk oleh pengadilan yang melakukan kelanjutan usaha tersebut. *Kedua*, dalam peranan pengadilan. Dalam *Chapter 11 USC*, perusahaan dilakukan di luar pengadilan, permohonan dibuat dalam formulir khusus yang disediakan di panitera pengadilan, sedangkan dalam PKPU formulir tersebut tidak ada dan semua tuntutan utang diajukan ke pengurus yang ditunjuk oleh pengadilan. *Ketiga*, tentang ruang lingkup. *Chapter 11 USC* mencakup semua utang-utang sebelum permohonan diajukan, sedangkan PKPU hanya mengikat utang-utang debitor yang tidak diikat dengan jaminan, baik dengan hak tanggungan maupun gadai (*unsecured creditor*). Akibatnya, dalam PKPU perdamaian tidak mungkin dilakukan (*akkord*) terhadap juga kreditor yang mempunyai hak tanggungan dan gadai. *Keempat*, tentang tenggang waktu penundaan pembayaran utang (*insolvency stay*). Dalam *Chapter 11 USC* mencakup semua aktivitas pembayaran utang, sedangkan dalam PKPU tidak menanggukuhkan gugatan utang-piutang kepada debitor. Gugatan utang piutang kepada debitor dapat diajukan melalui pengurus atau administrator. *Kelima*, tentang *the concept of priming*.⁹⁶ *Chapter 11 USC* menerapkan *the concept of*

⁹⁴ Lihat Peter J.M. Declerq, "Netherlands Suspension Payment Proceeding," *American Bankruptcy Law Journal*, Fall, 2003, hlm. 395.

⁹⁵ *Ibid*, Uraian ini tidaklah dimaksudkan untuk mendiskusikan perbedaan PKPU dengan *Chapter 11 USC* tetapi hanya untuk memberikan suatu pemahaman.

⁹⁶ Sebagai bentuk dari *Priming concept* dalam *corporate rescue*

priming, dimana debitor dapat menjaminkan kembali aset-asetnya yang telah menjadi budel pailit yang telah menjadi jaminan utang atas utang-utangnya terdahulu. Konsep ini dikenal dalam PKPU, jaminan utang sebelum PKPU tidak dapat dijadikan sebagai jaminan terhadap utang baru, kecuali atas persetujuan atau kerja sama kreditor sebagai pemegang hak tanggungan itu sendiri. *Keenam*, PKPU tidak mensyaratkan adanya pernyataan setelah permohonan PKPU, sedangkan dalam *Chapter 11 USC*, penerimaan dan penolakan atas rencana reorganisasi (*plan of reorganization*) dilakukan dengan pernyataan yang telah disetujui oleh pengadilan sebagai penjelasan yang mengikat. *Ketujuh*, dalam perdamaian (*akkoord*).

Perdamaian dalam PKPU tujuannya sama dengan *plan of reorganization* dalam *Chapter 11 USC*. Konsep perdamaian dalam PKPU terlalu sempit, debitor melakukan reorganisasi hanya terbatas pada bagian struktur modalnya sendiri. Ratifikasi terhadap PKPU hanya mengikat kreditor yang menjadi subjek dari PKPU saja, tidak termasuk apakah kreditor tersebut menyampaikan tagihan utangnya dalam PKPU atau tidak. Sebaliknya, *plan of organization* mengikat semua kreditor dari debitor yang bersangkutan. Proses PKPU berakhir pada saat disahkannya kesepakatan perdamaian tersebut oleh pengadilan, yang merupakan putusan akhir dan tidak dapat dibanding; *Kedelapan*, tentang suara dalam pengambilan putusan (*voting*). Dalam PKPU putusan diambil berdasarkan suara terbanyak dari klas kreditor yang sama, sedangkan dalam *chapter 11 USC* semua kreditor putusan diambil berdasarkan lebih dari satu klas suara. Jika satu klas debitor mengajukan perbedaan

pendapat (*dissenting*), putusan dapat diambil jika syarat-syarat tertentu telah terpenuhi. Konsep ini disebut *the cramdown concept*, yang tidak terdapat dalam PKPU.

Dalam perdamaian (*akoord*) putusan diambil jika 2/3 kreditor yang mewakili ¾ dari jumlah tagihan yang diakui. Sedangkan dalam *chapter 11* rencana perdamaian dapat diterima jika lebih dari ½ jumlah dan 2/3 jumlah suara kreditor, yang mempunyai hak suara; Kesembilan, tentang hak tanggungan. PKPU tidak menanggihkan hak tanggungan, sehingga dalam proses PKPU pemegang hak tanggungan dapat melaksanakan haknya.⁹⁷ Sedangkan dalam *chapter 11 USC* dianut ketentuan yang disebut dengan *safe harbor provisions*, dimana *chapter 11 USC* menanggihkan hak-hak tanggungan. Sehubungan dengan perkembangan hukum kepailitan, perbedaan dalam PKPU tersebut akan menjadi masalah di kemudian hari.⁹⁸

Perlunya lembaga PKPU dan *Chapter 11* dalam sistem hukum kepailitan, sejalan dengan pendapat beberapa penulis yang prinsipnya meragukan manfaat dari hukum kepailitan dalam mengatasi masalah seputar hal kreditor-debitor dan masalah insolvensi debitor. Upaya-upaya mengatasi atau menolong perusahaan dalam kesulitan keuangan juga dapat ditengarai dari diterbitkannya *principles for multy-bank workouts* atau *statement of principles for a global approach to multi-creditor workouts*, pada Tahun 2000 yang disusun oleh INSOL International yang dinaungi oleh INSOL Lender Group. Pada dasarnya ke-7 prinsip yang dituangkan dalam paduan tersebut adalah hasil pengamatan

⁹⁷Lihat Pasal 244 dan 246 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

⁹⁸*Ibid.*, hlm. 400.

yang telah berlangsung selama kurang, lebih 30 tahunan, yang akhirnya mengantarkan para kreditor dan lembaga keuangan internasional yang tergabung dalam INSOL tersebut, pada suatu keyakinan bahwa sebagai kreditor mereka :

*...can achieve better returns through supporting an orderly and expeditious rescue or workout of a business in financial difficulty than by forcing it into formal insolvency.*⁹⁹

Sejalan dengan itu, S. Sastrawidjaja memandang pentingnya PKPU sehingga harus disosialisasikan sebagai jalan keluar mengatasi utang piutang yang harus didahulukan dari pada kepailitan. Dengan demikian, sistematika peraturan peundang-undangan tentang kepailitan sebaiknya yang diuraikan terlebih dahulu adalah tentang PKPU dan bukannya kepailitan.¹⁰⁰

Dilihat dari hasil penelitian PKPU mempunyai beberapa efektivitas,¹⁰¹ diantaranya adalah debitor tetap dapat melangsungkan kegiatan usahanya. Hal ini dapat dilihat dari putusan-putusan Mahkamah Agung berikut ini. Putusan dalam Perkara No. 07/PKPU/1998/PN.Niaga.Jkt.Pst, dengan pertimbangan bahwa pengadilan melihat masih ada kemungkinan untuk melunasi kewajiban bila diberi tenggang waktu yang tetap. Dalam Perkara No. 08/PKPU/1998/PN.Niaga.Jkt.Pst., dengan pertimbangan pengadilan melihat masih ada kemungkinan perusahaan dapat dijalankan apabila tenggang waktu untuk menunda pembayaran utang.

⁹⁹ *Statement of Principles for A Global Approach to Multy-Creditor Workouts-INSOL International-London, 2000, hlm. 4.*

¹⁰⁰ Man S. Sastrawidjaja, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Cet. Ke. 1, Alumni, Bandung, 2006, hlm. 203-204.*

¹⁰¹ R. Anton Suyatno, *Pemanfaatan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, sebagai Upaya Mencegah Kepailitan, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, Cet. 1, 2012 hlm. 59- 95.*

Dalam Perkara No. 09/PKPU/1998/PN.Niaga.Jkt.Pst., dengan pertimbangan bahwa pengadilan beralasan menurut hukum memberikan kesempatan untuk mengajukan rencana perdamaian yang meliputi tawaran pembayaran seluruh atau sebagian kepada kreditor konkuren dan dalam putusan perkara No. 10/PKPU/1998/PN.Niaga.Jkt.Pst., dengan pertimbangan bahwa pengadilan melihat permohonan mempunyai kemungkinan perusahaan dapat dijalankan apabila diberi tenggang waktu untuk menunda pembayaran utangnya. Dilihat dari putusan-putusan ini, pengabulan permohonan PKPU oleh Pengadilan Niaga Jakarta Pusat mengacu kepada prospek kelangsungan usaha debitor akan tetap dapat melangsungkan usaha dan kemungkinan menyelesaikan permasalahan utang-utang.

PKPU adalah merupakan upaya hukum untuk mencegah kepailitan, dengan terhindarnya dari kepailitan akan membawa manfaat dimana debitor tetap dapat melangsungkan usahanya, dapat menghindari pemutusan hubungan kerja (PHK) dengan para karyawan, meningkatkan *cash flow* untuk membayar utang dan hubungan dengan relasi bisnis tetap terjalin. Perdamaian yang terjadi antara debitor dan para kreditornya dalam PKPU akan memungkinkan pembayaran utang dengan menggunakan pendapatan perusahaan dan juga tenaga kerja yang bekerja di perusahaan tersebut dapat dipertahankan. Dengan kesempatan waktu sebagaimana yang ditentukan dalam perjanjian, debitor mempunyai kesempatan untuk merestrukturisasi perusahaan, yang dapat meningkatkan *cash flow* semakin tinggi nilai *cash flow*, maka pembayaran utang semakin terbuka.

Pelunasan utang piutang dapat diprediksi dari pendapatan perusahaan. Sebelum pendapatan tersebut digunakan untuk melunasi utang perusahaan, pendapatan tersebut terlebih dahulu digunakan untuk menutup kebutuhan perusahaan dalam rangka pemupukan cadangan perusahaan dan menutup biaya-biaya perusahaan. Sumber pelunasan utang dari pendapatan dalam dunia usaha disebut *first way out*,¹⁰² disamping itu sumber pelunasan utang alternatif adalah dari penjualan agunan atau likuidasi kekayaan aset perusahaan karena perusahaan dinyatakan pailit. Harta kekayaan penjamin serta barang agunan milik ketiga yang lazim disebut *second way out*.¹⁰³

Kelangsungan usaha dari perusahaan membawa dampak positif bagi hubungan tenaga kerja. Para tenaga kerja tetap dipertahankan guna menjalankan usaha yang secara makro akan membawa kesejahteraan. Dengan tetap eksisnya kegiatan perusahaan, tenaga kerja yang bekerja pada perusahaan tetap dipertahankan, jadi dapat menghindari pemutusan hubungan kerja (PHK).

Kepailitan Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang,¹⁰⁴ yang sebelumnya diatur dengan Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 berada dalam konsep hukum *debt collection* ini. Pembaruan undang-undang kepailitan di Indonesia dibuat atas dasar kebutuhan untuk penyelesaian utang-piutang

¹⁰²Sutan Remy Syahdeni, "Hak Jaminan dan Kepailitan," *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol.II, 2000, hlm. 5.

¹⁰³*Ibid.*

¹⁰⁴Selanjutnya disebut Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Undang-Undang ini disahkan pada 18 Oktober 2004. Undang-Undang ini sangat mudah untuk mengajukan permohonan pernyataan pailit kepada debitor. Ini dapat dilihat dari persyaratan permohonan pernyataan pailit yang hanya menyaratkan bahwa Debitor yang mempunyai dua atau lebih Kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh tempo dapat ditagih, dinyatakan pailit.

sebagai akibat krisis ekonomi global awal tahun 1997. Dengan demikian, hukum kepailitan ini dibuat berbeda dengan negara lain, termasuk Belanda dan dengan negara-negara *common law*, terutama tidak mensyaratkan debitor dalam keadaan insolven (*unability to pay*), tapi cukup dengan tidak membayar utang (*not paying debts*) debitor dapat dinyatakan pailit diharapkan lebih praktis dan mudah dalam penerapannya, namun yang terjadi adalah sebaliknya. Undang-Undang ini ternyata tidak dapat menyelesaikan persoalan utang-piutang secara baik, bahkan banyak menimbulkan masalah yang lain. Kepentingan kreditorpun tidak terlindungi dari proses likuidasi itu, atau pada saat pemberesan budel pailit oleh Kurator.

Konsep hukum kepailitan dalam fungsi *debt collection*¹⁰⁵ ini telah banyak menuai banyak kritikan, terutama dari para pengkaji yang pro terhadap konsep *debt forgiveness*¹⁰⁶ dan *debt adjustment*.¹⁰⁷ Debitor yang mengalami kesulitan keuangan atau mengalami kesulitan likuiditas untuk memenuhi kewajibannya membayar utang seharusnya tidak langsung dilikuidasi, atau dipailitkan. Untuk dapat melunasi utang-utangnya Debitor semestinya terlebih dahulu diberi

¹⁰⁵*Debt collection* merupakan konsep pembalasan dari kreditor terhadap debitor pailit, menagih piutangnya dari harta debitor. Pada zama dahulu *debt collection* dimanifestasikan dalam bentuk perbudakan, pemotongan sebagian tubuh debitor (*mutilation*) dan bahkan pencincangan tubuh debitor (*dismemberment*). Sekarang konsep ini dimanifestasikan dalam bentuk antara lain likudasi aset. Lihat *Proceeding*, Pusat Pengkajian Hukum, *op. cit.* hlm. ix.

¹⁰⁶*Debt forgiveness* dimanifestasikan dalam bentuk *assets exemption* (beberapa harta debitor dikecualikan dari harta pailit), *relief from imprisonment* (tidak dipenjara karena gagal membayar utang), moratorium (penundaan pembayaran untuk jangka waktu tertentu), dan *discharge of indebtedness* (pembebasan debitor atau harta debitor untuk membayar utang, pembayaran yang benar-benar tidak dapat dipenuhi). Lihat *Proceeding*, Pusat Pengkajian Hukum, *op. cit.* hlm. x. Konsep ini berlaku bagi kepailitan perseorangan. Lihat Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, 2008, hlm. 486.

¹⁰⁷*Debt Adjustment* merupakan suatu aspek dalam hukum kepailitan yang dimaksudkan untuk mengubah hak distribusi dari para kreditor sebagai suatu grup. Implementasi dari adalah *pro rata distribution* atau *structured pro rata* (pembagian berdasarkan kelas kreditor). Juga termasuk dalam konsep ini adalah reorganisasi (*corporate rescue*) atau PKPU. Lihat *Proceeding*, Pusat Pengkajian Hukum, *loc. cit.*

kesempatan untuk melanjutkan bisnisnya. Konsep ini diterapkan dalam *Chapter 11 US Bankruptcy Code (the American debtor oriented system)*, yang termasuk ke dalam konsep *corporate rescue*.

Berkaitan dengan hal itu, Mark S. Scarbery berpendapat bahwa biaya yang dibebankan kepada masyarakat untuk melakukan likuidasi suatu perusahaan cukup tinggi dan pengrusakan terhadap nilai akibat likuidasi perusahaan ini akan mengurangi kesejahteraan masyarakat. Kehilangan lapangan pekerjaan akan menimbulkan biaya tambahan sosial, seperti tambahan untuk pembayaran asuransi tenaga kerja dan asuransi sosial dan mengurangi pembayaran pajak. Bertambahnya pengangguran juga akan menimbulkan peningkatan biaya sosial lain, seperti meningkatnya kemiskinan dan tindak kejahatan.¹⁰⁸

¹⁰⁸ M.S. Scarberry et.al., *Business Reorganization in Bankruptcy, Case and Materials, American Case book Serires*, West Publishing Co, st. Paul, Minnesota, 1996, hlm. 3.

BAB V

PENUTUP

A. KESIMPULAN

Berdasarkan hasil penelitian-penelitian yang telah diuraikan dalam bab-bab terdahulu dapat disampaikan kesimpulan sebagai berikut:

1. Pailitnya perusahaan-perusahaan yang masih *solvable* dan *viable* (prospektif) di Pengadilan Niaga ada hubungannya dengan konsep yang diterapkan di dalam Undang-Undang Kepailitan. Undang-Undang Kepailitan Indonesia yang berasal dari warisan Belanda yaitu *FaillissementsVerordening* (FV) Stbl. 1905 No. 217 jo. 1906 No. 348), yang digantikan oleh PERPU No. 1 Tahun 1998, selanjutnya disahnya menjadi Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 dan terakhir diganti lagi dengan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Undang-Undang Kepailitan itu berada dalam teori-teori yang dikonstruksikan dengan konsep likuidasi untuk penyelesaian pembayaran utang-utang tanpa membedakan debitor korporasi atau perseorangan. Pailitnya perusahaan-perusahaan itu dianggap aneh dan mendapat kritikan baik di dalam negeri maupun luar negeri. Dilihat dari perspektif pergeseran paradigma (*shifting of paradigm*), konsep ini sudah tidak dipakai lagi dalam kepailitan korporasi. Dalam kepailitan korporasi yang diterapkan adalah konsep *corporate rescue*. Konsep ini merupakan konsep dalam hukum kepailitan dengan ~~cara menghindari likuidasi dalam penyelesaian utang-utang korporasi~~

pailit dan memberikan kesempatan kedua kepada korporasi pailit untuk melanjutkan bisnisnya untuk memperoleh nilai aset yang lebih baik untuk kepentingan para kreditor, debitor dan kepentingan lainnya.

2. Pailitnya perusahaan-perusahaan *solvent* di Pengadilan Niaga, selanjutnya disikapi oleh Mahkamah Agung dengan membatalkan putusan hakim Pengadilan Niaga berdasarkan berbagai pertimbangan. Diantaranya adalah perusahaan tersebut masih prospektif dan masih harus diberi kesempatan untuk melanjutkan bisnis perusahaannya dan permohonan pailit tersebut tidak dapat dibuktikan secara sederhana. Salah satu putusan Mahkamah Agung yang dapat dijadikan kaedah hukum adalah putusan No. 024 PK/N/1999 dalam *PT Citra Jimbaran Indah Hotel v. Ssangyong Engineering & Construction Co. Ltd.* Mahkamah Agung RI telah mengabulkan permohonan peninjauan kembali dalam perkara kepailitan ini karena perusahaan debitor masih dalam keadaan prospektif (*viable*), perusahaan debitor masih perlu diberikan kesempatannya untuk menjalankan bisnisnya, sehingga debitor masih berpotensi untuk dapat melunasi utang-utangnya. Kepailitan dengan cara melikuidasi perusahaan debitor dipandang tidak ada manfaatnya. Putusan peninjauan kembali Mahkamah Agung menerapkan asas kelangsungan usaha. Putusan ini dianggap tidak lazim dan merupakan terobosan hukum (*legal break through*) terhadap teks Undang-Undang No. 4 Tahun 1998. Namun putusan-putusan Mahkamah Agung ini tidak menjadi kaedah hukum (bagi hakim Pengadilan Niaga yang memutus perkara permohonan pailit setelah

itu, sehingga pailitnya perusahaan-perusahaan *solvable* dan *viable* ini tetap berlanjut. Sementaraitu, ada kecenderungan baru yang memperlihatkan bahwa kreditor memilih permohonan PKPU terhadap perusahaan yang tidak membayar utang, yang seharusnya disikapi dengan hati-hati, ketika PKPU ini juga digunakan dengan iktikad tidak baik atau buruk (*bad faith*). Karena, PKPU dapat menjadi jalan pintas debitor perusahaan dipailitkan tanpa adanya upaya hukum lainnya.

3. Adanya kelemahan penguasaan konsep dan prinsip hukum kepailitan korporasi sebagai hal yang mendasar dari hakim yang menangani perkara-perkarakepailitan, sehingga tidak dapat keluar dari bunyi teks undang-undang. Undang-Undang hanya diterapkan secara *positivistic legal thinking*, sehingga pailitnya perusahaan *solvable* tersebut juga tidak dapat dilepaskan dari persoalan ini.

Undang-Undang Kepailitan Indonesia dikonsepsi atas inisiatif IMF dan *World Bank* pasca krisis ekonomi tahun 1997 ditujukan untuk mempermudah penagihan utang sebagai akibat dari krisis ekonomi tersebut. Krisis ekonomi tersebut sudah berlalu, kini saatnya Undang-Undang Kepailitan ini tidak dapat lagi diterapkan dalam kepailitan korporasi. Undang-Undang ini perlu untuk direkonstruksi dengan cara:

- a. Memisahkan kepailitan korporasi dari kepailitan perseorangan. Pemisahan kepailitan perseorangan ini perlu dilakukan dalam suatu sistem hukum kepailitan karena kedua bentuk kepailitan itu membawa

dampak yang berbeda. Kepailitan korporasi akan membawa dampak yang lebih luas daripada kepailitan perseorangan.

- b. *Insolvent* menjadi ukuran untuk kepailitan korporasi. Standar kepailitan korporasi adalah adanya ketidakmampuan untuk membayar utang (*unable to pay debts*) yang disebabkan adanya krisis keuangan yang dialami oleh perusahaan tersebut. Penilaian terhadap ketidakmampuan ini (*insolvency test*) dapat berupa *cash flow test* dan *balance sheet test* dari perusahaan yang bersangkutan.
- c. Menerapkan asas kelangsungan usaha yang merupakan konsep *corporate rescue* dalam norma Undang-Undang Kepailitan Korporasi atau Undang-Undang Perseroan Terbatas.
- d. Adanya aturan yang lebih tegas terhadap pencabutan kepailitan perusahaan yang sudah tidak lagi mempunyai aset-asetnya. Salah satu dari tujuan kepailitan adalah juga *to provide effective realease from the financial liabilities and obligation of the insolvent*. Di Belanda, terhadap debitor yang sudah tidak asetnya lagi, setelah lima tahun dapat mengajukan permohonan untuk diberi kesempatan untuk berusaha kembali untuk memulihkan kecakapan dalam bertindak.

B. SARAN

1. Dalam menerapkan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, hakim Pengadilan Niaga tidak menggunakan paradigma *positivistic legalistic* dalam mengabulkan permohonan pailit terhadap korporasi. Hakim

Pengadilan Niaga dapat menerapkan paradigma *nonpositivistik* untuk menerapkan *asas kelangsungan usaha (corporate rescue)* jika perusahaan tersebut memang tidak patut untuk dipailitkan, dalam hal ini putusan PK Mahkamah Agung No. 024 PK/N/1999 dalam *PT Citra Jimbaran Indah Hotel v. Ssangyong Engineering & Construction Co. Ltd.*, dapat dijadikan kaedah hukum dalam memutus perkara kepailitan korporasi. Jika secara tekstual syarat pailit sudah terpenuhi, hakim masih mempunyai diskresi (bebas) untuk mengabulkan atau menolak permohonan pailit. Dalam hubungan ini, hakim sebaiknya mempertimbangkan kepentingan-kepentingan jika perusahaan tersebut dipailitkan. Pailit hendaknya dijadikan opsi yang *ultimumremedium*.

2. Perkara-perkara kepailitan sebaiknya ditangani oleh hakim-hakim yang telah dilatih berulang kali dan secara mendalam dalam hukum kepailitan dan hukum bisnis sehingga menjadi hakim khusus yang menangani perkara kepailitan. Saat ini hakim-hakim yang menangani perkara kepailitan adalah juga yang menangani perkara-perkara pidana dan perdata, dan pernah mengikuti pelatihan hukum kepailitan hanya dalam jangka waktu yang pendek.
3. Karena Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 ini tidak dapat diterapkan korporasi, Undang-Undang ini perlu direkonstruksi secara total. Undang-Undang Kepailitan Indonesia di masa depan juga haruslah memisahkan kepailitan korporasi dengan kepailitan perseorangan. Undang-Undang Kepailitan korporasi dapat diatur dalam Undang-Undang Perseroan

Terbatas, atau dalam Undang-Undang Kepailitan korporasi (*corporate insolvency law*) secara khusus dan menjadikan *asas kelangsungan usaha*, atau *corporate recue* sebagai norma hukum kepailitan korporasi berdasarkan rekomendasi *Forum for Asia Insolvency reform* (FAIR) tanggal 27-28 April 2006 di Beijing dan menerapkan konsep DIP (*Debtor In Possession*).

Undang-Undang Kepailitan korporasi Indonesia di masa depan tidak saja menghindari dipailitkannya perusahaan yang *solvable* dan *viable* tetapi juga menghindari dipailitkannya perusahaan-perusahaan yang tidak mampu membayar utang karena kesulitan keuangan (*insolvent*). Likuidasi hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang terpaksa atau merupakan opsi terakhir atau *ultimumremidium*.

DAFTAR PUSTAKA

- A.S. Hornby, et.al.(Ed), *The Advance Learner's Dictionary of current English*, Cet. XVIII, London, Oxford University Press, 1973
- Adian Sutedi, *Hukum Perbankan: Suatu Tinjauan Pencucian Uang, Likuidasi dan Kepailitan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007
- Andriani Nurdin, "Kepailitan BUMN Persero Berdasarkan asas Kepastian Hukum," *Disertasi*, Alumni, Bandung, 2012
- Andrew Godwin, Corporate Rescue in Asia, Trend and Chalanges," Article in *Sydney Law Review*, March, 2012.
- Andrew Keay, *Insolvency, Personal and Corporate Law and Practice*, John Libbey & Company Pty.Ltd, Sydney, 1998
- Andrew Keay, *The Law of Company Liquidation*, 4 th edition (Sydney, LBC, 1999)
- Andriani Nurdin, *Kepailitan BUMN Persero berdasarkan asas kepastian hukum*, PT. Alumni, Bandung, 2012
- Ari A. Perdana. "BPPN: Pelajaran yang Begitu Pahit," *Media Indonesia*-25 Februari 2004, dalam <http://www.csis.or.id/Publications-OpinionDetail.Php.id.129>
- AS. Hornby, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, 5th Edition, Cambridge: Oxford University Press, 1995
- Bank Indonesia, Bank dalam Pengawasan Khusus (*Special Surveillance*), dalam [http://www. Bi.go.id/web/id/Perbankan/Bank dalam pengawasan khusus/](http://www.Bi.go.id/web/id/Perbankan/Bank dalam pengawasan khusus/)
- Bank Indonesia, *Mengurai benang kusut BLBI*, Jakarta, 2002.
- Bank Indonesia, Bahan Komunikasi mengenai Bantuan Likuiditas Bank Indonesia, September, 2000.
- Bankruptcy Law Broadens Protection ,” *The Nikkey Weekly*, hlm. 6, Akses 04-10-2000.
- Barry E. Adlery et.al., *Theory and Evidence on the Bankruptcy Initiation Problem*, barry.Adler@nyu.edu.
-

Bradley Hansen, *Bankruptcy Law in the United State*, Mary Washington College,
Jurnal Internasional yang dimuat di
<http://eh.net/encyclopedia/article/hansen,bankruptcylaw.us>, Posted 2010-
02-01, 17:21.

Brenden Edge Worth, *Law, Modernity, Postmodernity, Legal Change in the Contracting State*, Ashgate, Burlington, USA, 2003.

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

Chartered Association of Certified Accountants 1995, ISBN I 898291 83 7.

Chen Kwai Yee Carrie and Lam Wai Yan, "An Analysis of the Corporate Rescue Objectives: Voluntary Administration in Australia, Administration Order in the United Kingdom and Provisional supervision in Hong Kong," *Jurnal Internasional*, April 2010.

Citybank, N.A. v Baer, 651 F.2d 1341, 1347-48 (10th Cir. 1980)

Clare Wee, *The Asia-Pacific Restructuring and Insolvency Guide 2003/2004* :
Comment; Asia Development Bank Publication, dalam Theodoor Baker

Companies (Corporate Rescue) Bill 2001.

Concise Australian Legal Dictionary, Butterworths, second edition, 1998

Corporation Act Pt 5.3 A.

Darminto, *Economic Analysis of Law, Atas Putusan PKPU Tetap*, Universitas Indonesia, Jakarta, 2009

Darminto Hartono, *Economic Analysis of Law atas Putusan PKPU Tetap*, Disertasi, FH Universitas Indonesia, Lembaga Study Hukum dan Ekonomi, Jakarta, 2009.

David M. Trubek, *Max Weberon Law and the Rise Capitalism*, Yale School Studies in Law and Modernization, No. 4 (tanpa tahun)

Denis Keenan and Sarah Riches, *Business Law*, Pearson Longman, England, Seven Edition, 2005

Dianne F. Coffino And Charles H. Jeanpreu, "Delaware Hits the Brakes: The Effect of Gheewalla and Trenwick on Creditor Claims," *Jurnal Internasional*, 1980.

- Directory Putusan Mahkamah Agung RI, Putusan Perdata Khusus,*
<http://www.mahkamahagung.go.id>
- Djazimah Muqoddas, *Kontroversi Hakim Perempuan, Pada Peradilan Islam di Negara-Negara Muslim*, L.Kis, Yogyakarta, 2011
- Douglas G. Baird, *A World Without Bankruptcy*, In: Jagdeep S. Bhandari and Lawrence A. Weiss (ed), *Corporate Bankruptcy: Economic and Legal Perspectives*, Cambridge University Press, New York, 1996
- E. Suherman, *Failissement (Kefailitan)*, Binacipta, cet. Pertama, Bandung, 1988
- Earl Babbie, *The Practice of sosial Research*, 8th Edition, Wardsworth Publishing Co., 1998
- Elizabet Waren, "Bankruptcy Policy," *54 University Chicago Law Review* 775, (1987)
- Enterprise Act 2002.*
- Eric Brunstad, "Bankruptcy and Problems of Economic Futility on the Unique Role of Bankruptcy Law," *The Business Lawyer*, Vol. 55, February, 2000, dikutip dari Seminar *Sehari Revitalisasi Tugas dan Wewenang Kurator/Pengurus, Hakim Pengawas & Hakim Niaga dalam Rangka Kepailitan, Proceedings*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, Cet. I, 2004.
- Eva H.G. Hupkes, *Legal Aspect of Bank Insolvency, A Comparative Analysis of Western Europe, the United States and Canada*, Kluwer Law International, The Hage/London, Boston, 2000
- <file:///C:/Program%20File/DatabaseKepailitan/Resume.htm>, Akses 31 Maret 2014.
- G. Eric Brunstad, Jr. & Mike Sigal, "Competitive Choice Theory and the Broader Implications of the Supreme Court's Analysis in *Bank of America v. 203 North LaSalle Street Partnership*," *54 Business Law* 1475, (1999)
- Gerrad Glenn dalam Charles J. Tabb, *Bankruptcy Anthology*, Anderson Publishing Co, Cincinnati, Ohio, 2002
- Gerrad Glenn, *Essentials of Bankruptcy: Prevention of Fraud, and Control of the Debtor*, Charles J. Tabb
- Gorys Keraf, *Argumentasi dan Narasi*, Gramedia Jakarta, Jakarta, 2007
- Hadi Subhan, *Hukum Kepailitan, Prinsip, Norma dan Praktek di Peradilan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008

Hikmahanto Juwana, "Indonesian Airlines Dimohonkan Pailit," *Media Indonesia*, Sabtu Maret 2003

<http://www.hukumonline.com>, Akses 8 Juli 2013 jam 12:50.

Hupkes, Eva H.G., *The Legal Aspects of Bank Insolvency, A Comparative Analysis of Western Europe, the United States and Canada*, Kluwer Law International, the Hague, the Netherlands, 2000

Iman Sugema & Iskandar Simorangkir, "Peranan the Lender of Last Resort (LOLR) terhadap Perekonomian: Suatu Kajian Empiris Terhadap Bantuan Likuiditas Bank Indonesia (BLBI)," *Buletin Ekonomi Moneter dan Perbankan*, Juni 2004, dalam <http://www.bi.go.id/NR/rdonlyres/8ABE3501-4066-A.713-8EB2385B75BO/3008/dperanan1.pdf>

IMF And The World Bank, *An Overview of the International Fund and World Bank for the IMF*, April 17, 2009.

J. Armour, "The Law and Economics of Corporate Insolvency: A Review," ECRC, Centre for Business Research, University of Cambridge, *Working Paper*, No. 97

J. Armour, "The Law and Economics of Corporate Insolvency: A Review," ECRC, Centre for Business Research, University of Cambridge, *Working Paper*, No. 97

J. Soedradjad Djiwandono, "Permasalahan BLBI," dalam http://www.pacific.net/pakar/sj/permasalahan_blbi.html.

J.B. Huizink, *Insolventie*, Alih Bahasa Linus Doludjawa, FH.UI, Jakarta, 2009

Jackson's, *The Logic And Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, 1986

James M. Olmstead, "Bankruptcy a Commercial Regulation," dalam Charles J. Tabb, *Bankruptcy Anthology*, Anderson Publishing Co, Cincinnati, Ohio, 2002

James R. Silkenat and Charles D. Schmerler, *The Law of International Insolvencies and Debt Restructurings*, Oceana Publication, New York, 2006

Jasser Auda, *Maqasid Al-Shariah as Philosophy of Islamic Law, A Systems Approach*, International Institute of Islamic Thought, UK, 2008

~~JB. Huizink, *Insolventie*, alih bahasa Linus Doludjawa, FH. UI, 2004, hlm. 70-71. Lihat juga Peter J.N. Declereg, *Nederlands Insolvency Law, the*~~

Nederlands, Bankruptcy Act and the Most Important Legal Concept, T.M.C, Assert Press, 2002, hlm. 63.

Jerry Hoff, *Indonesian Bankruptcy Law*, Tatanusa, Jakarta, 1999

Jerry Hoff, *Undang-undang Kepailitan di Indonesia*, Tatanusa, Jakarta, Indonesia, 2000, *Majalah Hukum Forum*, 22 November 2002 No. 34

Jerry Hoff, *UU Kepailitan di Indonesia, (Indonesia Bankruptcy Law)*, Terjemahan Kartini Mulyadi, Jakarta, 2000

Jhon W. Creswell, *Research Design: Qualitative and Quantitative Approach*, London, Sage Publications, Inc., 1994

John Flood, et.al., "*The Professional Restructuring of Corporate Rescue Company Voluntary Arrangements and London Approach*," *Research Report 45*, University of Westminster, London, 1995.

John W. Creswell, *Research Design, Pendekatan Kualitatif, Kwantitatif dan Mixed*, terjemahan, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, Cet. I, 2010

K. Popper, "Poverty of Historicism (1957), *Method of science*, Lord Lloyd of Hampstead, Q.C. et.al., *Introduction to Jurisprudence*, Steven & Son, London, 1985

Karen Gross, "Failure and Forgiveness, Rebalancing the Bankruptcy System," (1997)

Kenny Wiston, "Suspension of Payments: A Rescue Facility of Corporate Insolvency," *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 22 No. 4 Tahun 2003

Korokbin, sebagaimana yang dikutip oleh Helen Anderson, *Theory and Reality in Insolvency Law: Some Contradiction in Australia*, Jurnal yang dimuat di <http://www.comlaw.gov.au/legislation/Bill>, 25 September 2008.

Lili Rasjidi, *Hukum sebagai suatu sitem*, Fikahati aneska, Bandung, 2012,

M. Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan, Prinsip, Norma dan Praktik di Peradilan*, Disertasi, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008.

M.S. Scarberry et.al., *Business Reorganization in bankruptcy, Case And Materials, American CaseBook Serires*, West Publishing Co, st. Paul, Minnesota, 1996

Mahkamah Agung RI, Himpunan Kajian Putusan Mahkamah Agung RI dan Pengadilan Niaga mengenai Perkara Permohonan Pailit, Proyek Penelitian dan Pengembangan, Mahkamah Agung RI, 2001

- Mahkamah Agung RI, *Kumpulan putusan-putusan perkara Niaga*, Tahun 2007.
- Mahkamah Agung, *Kumpulan Putusan Perkara Kepailitan dalam Putusan Kasasi dan PK*, 2000,
- Mahmud Syaltut dan Ali as-Sayis, *Perbandingan Mazhab dalam Masalah Fiqih*, terjemahan, Bulan Bintang, cet. Ke-9, Jakarta, 2004
- Malcolm D.H. Smith and Kevin s. Pose, *Legal proces, Commentatory and Materials*, CBC Casebodes, Sydney, fifth edition, 1998
- Mallesons Stephen Jaques, *Australian Finance Law*, Longman Australia Pty Limited, Third Edition, Australia, 1994
- Mallesons Stephen Jaques, *Australian Finance Law*, Third Edition, John Libbey & Company Pte. Ltd, Sydney, NSW, 2000
- Mallesons Stephen Jaques, *Australian Finance Law*, Third Edtion, FT Law & Tax, Sydney, 1994
- Man S. Sastrawidjaja, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Cet. Ke. 1, Alumni, Bandung, 2006
- Mark Hoogland, "Recent Trends in International Chapter 11 Cases, Pragmatic Reorganizations," *Texas International Law Journal* Vo. 41
- Mark Hoogland, *Texas International Law Journal*, Vol. 41: 145, dengan judul: *Recent Trends in International Chapter 11 Cases : Pragmatic Reorganizations.*
- Mark S. Scarberry, *Business Reorganization in Bankruptcy, Cases and Materials*, West Publishing Co, St. Paul, Minnesta 1996
- Martin N. Flicks dalam, Theodoor Bakker, *The Comparative Aspects of Bankruptcy Law: Some Countries' Experiences*," Makalah Pelatihan Intensif Hakim Niaga, Hotel Novotel Coralia Bogor, 2004
- Michelle J. White, *Corporate Bankruptcy*, artikel Internasional yang di *down load* di internet tanggal 17 Februari 2012, hlm. 4 .
- Moh. Amir Hamzah, *Hukum Acara Perdata Peradilan Tingkat Banding*, Setara Press, Malang, 2013
- Morris L. Cohan dan Kent C. Olson, *Legal Research in A Nutshell*, West Publishing Company, St. Paul Minnesota,
- ~~Mr. J.B. Huizink, *Insolventie*, Alih Bahasa oleh Linus Bahasa, Pusat Studi Hukum dan Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004~~

- Nico Dewaelheyns et.al., *Filtering Speed in a Continental European Reorganization Procedure*, Faculty of Business and Economics, Belgium, Buletin, Oktober 2007.
- P. Drucker, *concept of the Corporation* 20-21 (rev.ed.1972) .
- Paul J. Omar, *Thoughts on the purpose of corporate rescue*, Journal of International Banking Law, 1997.
- Paul Latimer, *Australian Bussiness Law*, 1998, CCH Australian Limited, Sydney, NSW, 2001
- Penelitian KHN, *Kebijaksanaan Reformasi Hukum (Suatu Rekomendasi)*, KHN 2003
- Penetapan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 10/PAILIT/2000/PN.Niaga.Jkt.Pst., jo. No. 03/PKPU/2000/PN.Niaga.Jkt.Pst., tanggal 21 Desember 2000.
- Penjelasan Dewan Gubernur Bank Indonesia, Rapat Kerja Komisi IX DPR RI dengan Dewan Gubernus Bank Indonesia, tanggal 26 Juni 2001, dalam <http://www.bi.go.id>. NR/rdonlyres/E9180o6B-A611-481C-990E-719546B7C10D/5348/rakerDPR26062001.pdf.
- Peter E Nygh et.al., *Consise Australian Legal Dictionary*, Butterworth, Second Edition, Sydney, Australia, 1998
- Peter J.M. Declereq, *Netherlands Insolvency Law, The Netherlands Bankruptcy Act and The most legal Important Legal Concept*, T.M.C. Asser Press, The Haque,
- Peter J.M. Declerq, "Netherlands Suspension Payment Proceeding," *American Bankruptcy Law Journal*, Fall, 2003
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2005,
- Philip L. Kunkel, et.al., *Bankruptcy: Chapter 11 Reorganizations*, Jurnal Regents of the University of Minnesota, 2009.
- Philip Lipton and Abraham Herzberg, *Understanding Company Law*, LBC, NSW, 1998
- Phillip Lipton, *Understanding company Law*, LBC, USA, 1998
- Proceeding*, Pusat Pengkajian Hukum, *loc. cit.*

Putusan Pengadilan niaga Jakarta Pusat No. 41/Pailit/2007/PN.Niaga/Jkt.Pst.
tanggal 4 September 2007

Putusan Hoge Raad tanggal 15 November 1985, NJ.1986, 154

Putusan Hoge Raad tanggal 20 Mei 1998, NJ.1989, 676.

Putusan Mahkamah Agung No. 038 PK/Pdt.Sus/2010 tanggal 22 Maret 2010.

Putusan Mahkamah Agung No. 075/PK/Pdt.Sus/2007 tanggal 22 Oktober 2007.

Putusan Mahkamah Agung No. 08 K/N/2004 tanggal 7 Juni 2004.

Putusan Mahkamah Agung No. 45 K/Pdt.Sus/2013 yang didownload dari
direktori putusan-putusan Mahkamah Agung RI .

Putusan Mahkamah Agung No. 704 K/Pdt.Sus./2012 tanggal 21 November 2012.

Putusan Mahkamah Agung No. 834/Put.Sus/2009 tanggal 15 Desember 2009.

Putusan Mahkamah Agung RI No. 06/PK/N/1999 tanggal 14 Mei 1999 .

Putusan Mahkamah Agung RI. No. 03 K/N/1998 tanggal 2 Desember 1998.

Putusan Mahkamah Agung No. 04 K/N/2003 tanggal 10 Maret 2003.

Putusan No. 13/Pailit/2004/PN.Niaga.Jkt.Pst, tanggal 21 April 2004.

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No.
24/PAILIT/2006/PN.NIAGA.JKT.PST.

Putusan Pengadilan Negeri Pekalongan No. 01/Pemb/1983/PN/Pkl yang dikutip
dari Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam
Hukum Kepailitan di Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, 2008

Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat No. 07/Pailit/1998/PN.Niaga/Jkt.Pst.

Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat No. 07/PAILIT/1998/PN.Niaga/Jkt.Pst
tanggal 8 Oktober 1998.

Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat No.
10/PAILIT/2002/PN.NIAGA.JKT.PST tanggal 13 Juni 2002 .

Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat No.48/
Pailit/2012/PN.Niaga.Jkt.Pst.tanggal 14 September 2012.

Putusan Pengadilan Niaga No. 52/Pailit/2009/PN.Niaga.Jkt.Pst. tanggal 14
Oktober 2009.

Putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 2/Pailit/1999/P.Niaga/Jkt. Pst.

Putusan Pengadilan Niaga Pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanggal 24 Agustus 2011 No. 23/PKPU/2011/PN.Jkt.Pst

Putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 03/PKPU/2000/PN.Niaga.Jkt.Pst.jo. No. 10/PAILIT/2000/PN.Niaga.Jkt.Pst., tanggal 6 Juni 2000,

Putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 10/Pailit/2002/PN.Niaga.Jkt.Pst tanggal 13 Juni 2002.

Putusan PKPU Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 27/PKPU/2012/PN.Niaga.Jkt.Pst Tanggal 3 Juli 2012.

Putusan PKPU Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 27/PKPU/2012/PN.Niaga.Jkt.Pst tanggal 3 Juli 2012.

Putusan tanggal 18 April 1986, NJ.1986, 530.

R. Anton Suyatno, *Pemanfaatan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, sebagai Upaya Mencegah Kepailitan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, Cet. I, 2012

Radbruch et al, *Antinomies of the Idea of Law*, sebagaimana yang dikutip oleh Edwin W. Patterson, dalam *The legal philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin, translated by Kurt Wilk, 20 th century legal philosophy series Vol IV*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1950

Reciprocity.Usu. Ac.id/bitstream.

Reza Banakar dan Max Travers, *Theory and Methode in Socio-Legal Research*, Hart Publishing, Oxford, 2005,.

Ricardo Simanjuntak, *Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Kontan Publishing, Jakarta, cet. II, 2011

Ricardo Simanjuntak, "Relevansi Eksekusi Putusan Pengadilan Niaga Dalam Transaksi Bisnis Internasional," *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 22 No. 4 Tahun 2003

Ricardo Simanjuntak, *Hukum Kontrak, Tehnik Perancangan Kontrak Bisnis*,Kontan Publishing, Jakarta, 2006

Ricardo Simanjuntak, *Kemandirian Tugas Kurator dalam Melakukan Pengurusan dan Pemberesan dalam Kepailitan, Seminar Sehari* , PPH, 2004,

- Richard A. Posner dan Kenneth E. Scott, *Economic of Corporation Law and Securities Regulation*, Fifth Edition, Little Brown & Company, Boston and Toronto, 198
- Richard Lieb, "Janis Sarra, Creditor rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations," *American Bankruptcy Institute Law Review*, 2003.
- Ridwan Khairandy, *PT, Doktrin, Peraturan Perundang-undangan dan Yurisprudensi*, Total Media, Yogyakarta, Cet. II, 2009
- Roman Tomasic, "Creditor Participation in Insolvency Proceedings," *Work Paper*, OECD, Paris, 2006
- Roman Tomasic, *Australian Corporate Insolvency Law*, Butterworth, Sydney, 1993
- Roman Tomasic, *Document Reproduces Report on the Fifth Forum for Asian Insolvency Reform (FAIR)*, April 2006, Beijing, China.
- Romli Atmsasmita, *Teori Hukum Integratif, Rekonstruksi terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Genta Publishing, Bantul, Yogyakarta, 2012.
- Rudy Prasetya, "Kedudukan Mandiri Perseroan Terbatas," *Disertai dengan Ulasan menurut UU Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas*, Cetakan ke.3, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996
- Sari Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge Univ. Press. ,First Published, 2009.
- Satuan Tugas Prakarsa Jakarta telah dibubarkan. Lihat antara lain <http://www.tempo.co/read/news/2003/12/18/05636304/Prakarsa-Jakarta.-Dibubarkan,PrakasaJakartaDibubarkan,18Desember2003>
- Section 459C the Australian Corporate Law Reform Act 1992*
- Seminar Hukum Kepailitan yang diselenggarakan oleh Gani Jemat and Partners di Surabaya tanggal 23 Maret 2000.
- Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia, Studi Putusan-Putusan Pengadilan*, Total Media, Yogyakarta, 2008.
- Soetandyo Wignjosoebroto, *Pergeseran Paradigma dalam Kajian-Kajian Sosial dan Hukum*, Setara Press, Malang, 2013
- ~~*Statement of Principles for a Global Approach to Multy-Creditor Workouts*,
INSOL International-London, 2000~~

Thomas Khun dalam *The Structure of Scientific Revolutions* (Lord Lloyd Of Hampstead, Q.C. et.al, *Introduction to Jurisprudence*, Steven &Son, London, 1985

Tremen, sebagaimana yang dikutip dalam Kevin J. Delaney, *Strategic Bankruptcy : How Corporation and Credit ors Use Chapter 11 To Their Advantage*, University Of California, Berkeley , 1998

Trina Bose, *Resolving Financial Distress: Justice as Fairness and Reciprocity*, UCL Jurisprudence Review, 2004, 11

Umar Sholehuddin, *Hukum & Kadilan Masyarakat, Perspektif kajian Sosiologi & Hukum*, setara Press, Malang, 2011

Undang-Undang No. 37 Tahun 2004.

Undang-Undang No. 4 Tahun 1998.

Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

Undang-Undang RI No. 6 Tahun 2009.

Undang-UndangNo. 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia,

Unit Khusus Museum Bank Indonesia: Sejarah Bank Indonesia, Sejaarah Bank Indonesia: Perbankan Periode 1997-1999, dalam [http://www.bi.go.id/NR/rdonlyres/A6011CBA-1B4E-49B1-9DDC-CB01AB6C60DO/19387/Sejarah Perbankan Periode 19971999.pdf](http://www.bi.go.id/NR/rdonlyres/A6011CBA-1B4E-49B1-9DDC-CB01AB6C60DO/19387/Sejarah%20Perbankan%20Periode%2019971999.pdf)

US Bankruptcy Code Article

Vivek Ahuja, "French Bankruptcy Proposals Gave Way for High-Yield Growth," *Financial News*, Akses 10-26-2003

W.T. McLeod (Ed), *Collins Gem Learner's Dictionary* (Cet. III, London, Collins Sona & Co. Ltd, 1980

World Trade Organization (WTO) Agreement, dan Richard C. Breeden, "The Globalization of Law and Business in the 1990's," *Wake Forest Law Review*, Volume 28, 1993.

Wruck 1990, Blecher 1997, dalam John Armour, *The Law and Economics of Corporate Insolvency, a Review*, 2004.