

DISERTASI

PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS
MELALUI *DERIVATIVE ACTION* (GUGATAN DERIVATIF) MENURUT
UNDANG-UNDANG NO. 40 TAHUN 2007 TENTANG PERSEROAN
TERBATAS DI INDONESIA



Oleh :

Taqiyuddin Kadir
NIM : 201102026121

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
PASCASARJANA UNIVERSITAS JAYABAYA
JAKARTA
2014**

DISERTASI

PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS
MELALUI *DERIVATIVE ACTION* (GUGATAN DERIVATIF) MENURUT
UNDANG-UNDANG NO. 40 TAHUN 2007 TENTANG PERSEROAN
TERBATAS DI INDONESIA


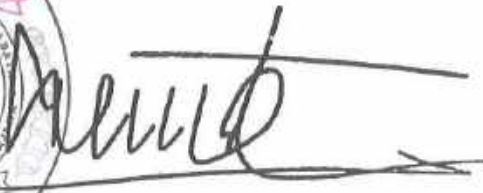
Disusun oleh :

Taqiyuddin Kadir

NIM : 201102026121

Telah disetujui untuk Ujian Terbuka tanggal 12 JUN 2014

KETUA PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM



Prof. Dr. H. R. T. Sri Soemantri M., SH

Lembar Persetujuan Promotor dan Ko-Promotor

DISERTASI

PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS
MELALUI *DERIVATIVE ACTION* (GUGATAN DERIVATIF) MENURUT
UNDANG-UNDANG NOMOR 40 TAHUN 2007 TENTANG
PERSEROAN TERBATAS DI INDONESIA

Oleh

Taqiyuddin Kadir

NIM : 201102026121

Untuk memenuhi salah satu syarat ujian guna memperoleh

Gelar Doktor dalam bidang Ilmu Hukum

Telah disetujui oleh Tim Promotor



Prof. Dr. M.S. Tumanggor, SH.,M.Si

Promotor



Prof. Dr. Hj. Sri Gambir Melati Hatta, SH.

Ko-Promotor I



Dr. H. Fauzie Yusuf Hasibuan, SH.,M.Hum.

Ko-Promotor II

PERNYATAAN

Dengan ini saya menyatakan bahwa:

1. Karya tulis dengan judul “PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS MELALUI *DERIVATIVE ACTION* (GUGATAN DERIVATIF) MENURUT UNDANG-UNDANG NOMOR 40 TAHUN 2007 TENTANG PERSEROAN TERBATAS DI INDONESIA adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik di Universitas Jayabaya maupun di Perguruan Tinggi lainnya;
2. Karya tulis tersebut murni merupakan hasil gagasan, rumusan dan penelitian tanpa bantuan pihak lain kecuali Tim Promotor dan Penguji;
3. Dalam Karya tertulis tersebut, sepanjang pengetahuan saya juga tidak terdapat karya atau pendapat yang pernah ditulis atau diterbitkan oleh orang lain, kecuali yang secara tertulis diacu dalam naskah ini disebutkan dalam daftar pustaka.
4. Pernyataan ini dibuat dengan sesungguhnya dan apabila di kemudian hari ternyata terdapat ketidakbenaran dalam pernyataan ini, saya bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar yang diperoleh dari karya tulis ini atau sanksi lain sesuai norma yang berlaku di Perguruan Tinggi ini.

Jakarta, 14 Mei 2014

Yang menyatakan,



METERAI
TEMPEL
DIREKTORAT JENDERAL
KEPUSTAKAAN
D6174ASA63/601397
6000 DJP

Taqiyuddin Kadir

KATA PENGANTAR

Alhamdulillah, segala puji dan syukur tak terhingga Penulis panjatkan ke hadirat Allah SWT, Tuhan Yang Maha Esa yang telah mencurahkan hidayah dan inayah-NYA, sehingga penulis tergerak dan termotivasi untuk mengikuti dan melanjutkan studi pada Program Doktor Ilmu Hukum Pasca Sarjana Universitas Jayabaya di tengah himpitan kesibukan penulis sehari-hari, dan akhirnya dapat menyelesaikan studi setelah memenuhi sejumlah persyaratan akademik, terutama penyusunan disertasi ini yang berjudul:

“PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS MELALUI *DERIVATIVE ACTION* (GUGATAN DERIVATIF) MENURUT UNDANG-UNDANG NOMOR 40 TAHUN 2007 TENTANG PERSEROAN TERBATAS DI INDONESIA”

Disertasi ini membahas tentang Gugatan Derivatif (*Derivative Action*) sebagai suatu upaya perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas. Gugatan Derivatif dalam hal ini adalah gugatan yang diajukan oleh pemegang saham yang bertindak mewakili perusahaan terhadap anggota direksi yang melakukan kesalahan dan merugikan perusahaan. Gugatan derivatif terhadap direksi diatur dalam ketentuan Pasal 97 ayat (6) Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. Dalam disertasi ini diuraikan perbandingan mengenai *derivative action* di negara-negara *common law* dan negara-negara *civil law* termasuk Indonesia.

Penulis sangat menyadari disertasi ini tidak dapat selesai dan tuntas seperti ini tanpa bimbingan yang terarah, diskusi-diskusi yang tajam serta saran-saran yang mencerahkan dari yang terhormat dan amat terpelajar Bapak Promotor, Ibu Ko-Promotor I dan Bapak Ko-Promotor II, serta tim penguji yang demikian tulus memberikan arahan-arahan dan masukan-masukan yang konstruktif sehingga disertasi ini dapat terselesaikan. Demikian pula berbagai pihak yang telah memberikan dorongan, kemudahan dan semangat yang sangat berarti dalam penyelesaian studi penulis.

Sudah sepatutnyalah pada kesempatan ini Penulis menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang tulus dari dasar hati yang paling dalam, kepada yang terhormat dan amat terpelajar :

1. Bapak Prof. H. Amir Santoso, M.Soc., Sc, Ph.D., yang terhormat dan amat terpelajar selaku Rektor Universitas Jayabaya.
2. Bapak Letjen TNI (Purn) DR. Syarifudin Tippe, M.Si., yang terhormat dan amat terpelajar selaku Direktur Pasca Sarjana Universitas Jayabaya dan selaku penguji.
3. Bapak Prof. Dr.H.R.T. Sri Soemantri, M.,SH., yang terhormat dan amat terpelajar selaku Ketua Program Doktor Ilmu Hukum Pasca Sarjana Universitas Jayabaya dan selaku penguji.

4. Bapak Prof. Dr. M.S. Tumanggor, SH.,M.Si., yang terhormat dan amat terpelajar selaku Promotor yang selalu dengan tulus menyediakan waktu untuk konsultasi, berdiskusi dan membimbing Penulis dalam penelitian dan penulisan disertasi ini hingga tuntas.
5. Ibu Prof. Dr. Hj. Sri Gambir Melati Hatta, SH., yang terhormat dan amat terpelajar selaku Ko-Promotor I yang selalu dengan tulus mengarahkan dan membimbing Penulis dalam penulisan disertasi ini.
6. Dr. H. Fauzie Yusuf Hasibuan, SH.,M.Hum, yang terhormat dan amat terpelajar selaku Ko-Promotor II yang senantiasa memberikan motivasi dan semangat kepada Penulis selama proses pembimbingan dan penulisan disertasi ini.
7. Dr. Ahmad Muliadi, SH., MH., yang terhormat dan amat terpelajar selaku penguji, yang selalu memberikan arahan, kritikan dan masukan konstruktif sampai selesainya penulisan disertasi ini.
8. Segenap dosen dan guru besar yang terhormat dan amat terpelajar pada Program Doktor Ilmu Hukum Pasca Sarjana Universitas Jayabaya atas segala bimbingan dan ilmu yang dicurahkan selama masa studi Program Doktor Ilmu Hukum.
9. Staff Administrasi Program Doktor Ilmu Hukum Pasca Sarjana Universitas Jayabaya atas layanan administratif yang baik selama masa studi Program Doktor Ilmu Hukum.

Secara khusus ucapan dan rasa terima kasih yang tulus penulis haturkan kepada isteri penulis yang tercinta dan tersayang Hj. Siti Aminah, SH., dan anak-anak tersayang Mulham Anugrah Mubarak, SM., Fikri Muhammad, Aqeela Noorina atas segala doa, perhatian, dukungan dan pengertian serta pengorbanan luar biasa terutama pengorbanan waktu kebersamaan ketika perhatian dan pemikiran penulis terbenam dalam serakan buku-buku dan jurnal-jurnal selama penelitian dan penulisan disertasi ini.

Doa seorang Ibu adalah sesuatu yang sangat berarti untuk tercapainya sebuah kesuksesan. Maka pada kesempatan ini, penulis menghaturkan penghargaan dan ucapan serta rasa terima kasih yang tulus kepada Ibunda tercinta Hj. Darawisa yang senantiasa memanjatkan doa' untuk kesuksesan penulis dan keluarga.

Semoga Allah SWT, Tuhan YME senantiasa membalas kebaikan, memberikan bimbingan dan perlindungan kepada beliau-beliau tersebut di atas.

Sebagai karya tulis disertai ini masih jauh dari sempurna. Oleh karena itu masukan, saran dan kritikan dari siapapun demi penyempurnaan tentu sangat bermanfaat dan berharga, dan penulis pun akan menerimanya dengan baik dan tulus.

Akhirnya, harapan terbesar penulis adalah, semoga disertasi ini akan bermanfaat sebagai sumbangan pemikiran dan ide dalam khazanah ilmu hukum perusahaan pada khususnya dan ilmu hukum pada umumnya.

Jakarta, 21 Mei 2014

Taqiyuddin Kadir

ABSTRAK

Nama:	Taqiyuddin Kadir
NIM:	201102026121
Judul Disertasi:	PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS MELALUI <i>DERIVATIVE ACTION</i> (GUGATAN DERIVATIF) MENURUT UNDANG-UNDANG NOMOR 40 TAHUN 2007 TENTANG PERSEROAN TERBATAS DI INDONESIA.
Kata Kunci:	<i>Derivative Action</i>
Jumlah Halaman:	423
Literatur:	250 Pustaka: 163 Buku, 31 Sumber Internet, 34 Jurnal dan Publikasi Internasional, 06 Peraturan perundang-undangan, 09 Putusan Pengadilan, 07 Bahan tersier.

Isi Abstrak:

Gugatan Derivatif (*Derivative Action*) terhadap direksi yang diatur dalam Pasal 97 ayat (6) UUPT 2007, berkaitan erat dengan konsep perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas. Gugatan Derivatif merupakan satu-satunya instrumen yang dapat digunakan oleh pemegang saham minoritas yang memiliki minimal 10 % dari seluruh jumlah saham perusahaan, untuk bertindak mewakili perusahaan di pengadilan, dalam rangka memulihkan kerugian perusahaan yang timbul akibat tindakan anggota direksi yang melanggar *fiduciary duty*. Pemegang saham minoritas perlu mendapatkan perlindungan hukum antara lain karena perseroan terbatas menganut prinsip suara mayoritas dalam mekanisme pengambilan keputusan. Konsep *derivative action* diperlukan untuk melindungi kepentingan pemegang saham minoritas dan kepentingan perusahaan pada umumnya, atau setidaknya tidaknya dapat menciptakan keseimbangan terhadap prinsip mayoritas yang dianut perseroan terbatas.

Formulasi ketentuan Pasal 97 ayat (6) UUPT 2007 sudah mencerminkan konsep *derivative action* yang dikenal di negara-negara *common law*, karena pemegang saham minoritas dapat bertindak atas nama perusahaan menggugat anggota direksi yang melakukan kesalahan dan merugikan perusahaan. Akan tetapi pengaturan *derivative action* dalam ketentuan tersebut belum memadai jika dibandingkan dengan pengaturan *derivative action* di negara-negara *common law*. Masih adanya persyaratan jumlah minimal persentase kepemilikan saham untuk dapat mengajukan gugatan derivatif, dan tidak adanya persyaratan untuk terlebih dahulu meminta direksi untuk bertindak atas nama perusahaan menggugat anggota direksi yang bersalah dan menimbulkan kerugian bagi perusahaan tersebut, merupakan kelemahan yang mendasar. Kedua hal ini merupakan elemen mendasar pada konsep *derivative action* di negara-negara *common law*.

Untuk itu, diperlukan amandemen UUPT 2007 untuk mengatur *derivative action* dalam beberapa pasal tersendiri yang meliputi pengaturan substantif mengenai dasar pengajuan gugatan derivatif, dan pengaturan mengenai prosedur pengajuan gugatan derivatif.

ABSTRACT

Name: Taqiyuddin Kadir
NIM: 201102026121
Dissertation Title: PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS MELALUI *DERIVATIVE ACTION* (GUGATAN DERIVATIF) MENURUT UNDANG-UNDANG NOMOR 40 TAHUN 2007 TENTANG PERSEROAN TERBATAS DI INDONESIA.
Keyword: *Derivative Action*
Number of pages: 423
Literatures: 250 Literatures: 163 Books, 31 Internet sources, 34 Journal and International Publication. 06 Law and regulations, 09 Court verdicts, 07 Tertiary materials.

Abstract Contents:

Derivative Action against directors regulated under Article 97 paragraph (6) of Company Law No 40, 2007 is closely related with the minority legal protection concept. Derivative action constitutes the only instrument that can be used by minority shareholders who holds at least 10 % of the total shares of the company, to act on behalf of the company, in order to remedy the company's loss that arises due to the wrong act of any Board of Directors member(s) that violates the fiduciary duty. Minority shareholders needs to be legally protected among other things due to the fact that limited liability companies adopt majority vote principle in decision making mechanism. Derivative action concept is needed to protect minority shareholders' interest and company's interest in general, or at least it can create balance against the majority principle adopted by limited liability company.

Formulation of the Article 97 paragraph (6) of UUPT 2007 has reflected the derivative action concept recognized in the common law jurisdictions, as that the minority shareholders can act on behalf of the company to sue Board of Directors member(s) who committed a wrong act that causes loss to the company. However, the regulation on the derivative action under the above mentioned provision is not sufficient compared to that of the statutory derivative action applicable in the common law jurisdictions. The share ownership minimum percentage requirement for shareholder to file derivative action, and the absence of requirement of demand against director to act on behalf of the company to sue the director who committed wrong act and cause loss to the company prior to file derivative action, constitutes fundamental weakness. The two mentioned matters form fundamental elements of derivative action in the common law jurisdictions.

Therefore, it is necessary to amend the UUPT 2007 and so it shall regulate derivative action under a number of separate provisions that covers both substantive and procedural rules on the derivative action.

DAFTAR KASUS

1. Benjamin Wijaya es vs direksi dan Komisaris PT Necis Indah cemerlang, pelanggaran *fiduciary duty* dan *ultra vires* sebagai dasar gugatan derivatif. hlm. 355.
2. *Biala vs Mallina Holdings*, pengecualian berdasarkan kepentingan keadilan, hlm. 118, 276.
3. *Caremark International Inc.*, mengenai kewajiban itikad baik direksi, hlm. 184.
4. *Disney V*, pelanggaran kewajiban itikad baik identik dengan pelanggaran kewajiban kesetiaan, hlm. 163.
5. DSU vs direksi ICIPI, hlm. 373, itikad dalam pengelolaan perusahaan mengakibatkan gugatan derivatif ditolak.
6. *Edwards vs Halliwell*, pengecualian terhadap *Foss vs Harbottle*, hlm. 113.
7. *Foss vs Harbottle* 1843, *majority rule*, penggugat yang tepat (*proper plaintiff*) terhadap direksi yang melakukan kesalahan adalah perusahaan sendiri, hlm. 90, 108,110.
8. *Garlock v. Hilliard*, 2000 penyampaian tuntutan kepada direksi dilakukan berbarengan dengan pengajuan gugatan derivatif dianggap tidak memenuhi *demand requirement*, yang mengakibatkan gugatan ditolak. hlm. 242.
9. *Guth vs Loft Inc.*,1939, direksi tidak boleh menggunakan posisinya untuk kepentingan pribadinya, hlm. 40.
10. *Hawes v City of Oakland* 1881, gugatan ditolak karena bukan diajukan oleh perseroan melainkan oleh pemegang saham, hlm. 229.
11. *In re Tri Star*, kategori gugatan langsung dalam kasus penggabungan perusahaan, hlm. 123.
12. *James vs James*, *derivative action* berbeda dengan *direct action* hlm. 16-17
13. *Lewis vs Chiles.*, gugatan penggugat ditolak karena penggugat bukan lagi sebagai pemegang saham, hlm. 245.
14. *MacDoygall vs Gardiner*, *majority rule*, hlm. 91-92.

15. *Maidment v. Attwood*, 2012 tentang *unfair prejudice.*, hlm.264.
16. *Maurer v. Slickedit, Inc.*, 2005, gugatan derivatif ditolak karena tidak memenuhi *demand requirement.*, hlm. 131-132.
17. *Meinhard v. Salomon*, 1928, *fiduciary duty* memiliki standar yang lebih tinggi daripada standar transaksi biasa, ia tidak dapat dilemahkan., hlm. 144.
18. *Pepper vs Litton*, *fiduciary duty* tidak boleh melayani diri sendiri mendahului pelayanannya kepada *beneficiary*, hlm. 38.
19. *Pozon Shareholders Litigation*, 2005, *derivative action* digugurkan karena tidak memenuhi *demand requirement.*, hlm. 241.
20. *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd.*, pengecualian terhadap *Foss vs Harbottle*, hlm. 273-274.
21. *Sinwa SS (HK) v. Morten Innhaug*, 2010, pengadilan Singapura menolak *derivative action* karena penggugat belum memaksimalkan upaya-upaya internal, dan bukan untuk kepentingan perusahaan., hlm. 292.
22. *Solomon vs Solomon* 1897, pemisahan antara pemegang saham dan perseroan, hlm. 55.
23. *Tan Guan Eng vs Mg Kweng Hee* (1991), batasan pemegang saham pengendali, hlm. 120.
24. *Turner v Meilhot* (1985) mengenai perintah pengadilan di Singapura kepada perusahaan untuk membayar uang jaminan., hlm.290.
25. *Wallersteiner vs Moir* 1975, perusahaan harus menjamin biaya yang dikeluarkan oleh pemegang saham minoritas dalam *derivative action.*, hlm. 7, 290.
26. *Walt Disney*, keputusan tidak berdasarkan informasi akurat, melanggar *fiduciary duty*, hlm. 152.

DAFTAR SINGKATAN

1. ALI (American Law Institute)
2. ALCGP (American Law Institute's Corporate Governance Project)
3. CFSA (Consolidated Financial Services Act)
4. FRCP (Federal Rules of Civil Procedures)
5. DTI (Department of Trade and Industry)
6. MBCA (Model Business Corporation Act)
7. FRCP (Federal Rules Civil Procedures)
8. OBCA (Ontario Business Corporation Act)
9. OECD (Organisation for Economic Cooperation and Development)
10. RUPS (Rapat Umum Pemegang Saham)
11. SOP (Standard Operating Procedures)
12. UUP (Undang-undang Perseroan Terbatas).
13. UUP 1995 (Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas)
14. UUP 2007 (Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas).

DAFTAR ISI

Halaman Judul.....	i
Lembar Persetujuan Ketua Program.....	ii
Lembar Persetujuan Promotor dan Ko-Promotor.....	iii
Pernyataan Orisinalitas.....	iv
Kata Pengantar.....	v
Abstrak.....	x
Abstract.....	xi
Daftar Kasus.....	xiii
Daftar Singkatan.....	xiv
Daftar Isi.....	xv
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah.....	24
C. Tujuan dan Manfaat Penelitian	24
1. Tujuan Penelitian.....	24
2. Manfaat Penelitian.....	25
D. Landasan Teori dan Konsep.....	26
1. Landasan Teori.....	26
2. Landasan Konsep.....	45
E. Metode Penelitian.....	47

F. Sistematikan Penulisan.....	52
--------------------------------	----

BAB II TANGGUNGJAWAB DIREKSI DAN PERLINDUNGAN

HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS	54
--	-----------

A. Kepribadian Hukum Perusahaan.....	54
--------------------------------------	----

1. Pemisahan Kepemilikan dan Kepengurusan Perusahaan.....	54
--	----

2. Teori Agensi sebagai kelanjutan teori Badan Hukum.....	69
---	----

3. Teori Kumpulan Kontrak.....	76
--------------------------------	----

4. Teori Struktur Kepemilikan Perusahaan.....	79
---	----

a. Integrasi Vertikal.....	79
----------------------------	----

b. Teori Hubungan Prinsipal-Agen.....	80
---------------------------------------	----

c. Teori Ongkos Transaksi.....	81
--------------------------------	----

d. Teori Kontrak Tidak Sempurna.....	81
--------------------------------------	----

B. Kedudukan dan Perlindungan Terhadap Pemegang	
---	--

Saham Minoritas.....	82
----------------------	----

1. Prinsip <i>Majority Rule</i> dan <i>Minority Protection</i>	90
--	----

2. Hak-hak Pemegang Saham Minoritas	96
---	----

a. Hak Perseorangan	96
---------------------------	----

b. Hak Penilaian.....	98
-----------------------	----

c. Hak Yang Didahulukan	100
-------------------------------	-----

d. Hak Angket	103
---------------------	-----

e. Hak derivatif.....	106
-----------------------	-----

C. Konsep dan Sejarah <i>Derivative Action</i>	107
--	-----

1. Doktrin <i>Proper Plaintiff</i>	107
--	-----

a. Pengecualian atas dasar perbuatan melanggar hukum dan <i>ultra vires</i>	113
--	-----

b. Pengecualian berdasarkan mayoritas khusus.....	113
---	-----

c. Pengecualian berdasarkan hak-hak pribadi.....	114
--	-----

d. Pengecualian atas dasar perbuatan curang terhadap pemegang saham minoritas.....	114
e. Pengecualian berdasarkan kepentingan Keadilan.....	117
2. Gugatan Derivatif dan Gugatan Langsung.....	120
3. Persyaratan Tuntutan	127
4. Tujuan Utama <i>Derivative Action</i>	132
5. Signifiansi <i>Derivative Action</i>	136
a. Akuntabilitas Manajerial.....	136
b. Sarana Kompensasi bagi Perusahaan.....	138
c. Penyelesaian Konflik Internal.....	139
D. Prinsip-prinsip Tanggungjawab Direksi.....	141
1. Teori Kewajiban Fidusia (<i>Fiduciary Duty</i>).....	141
a. Kewajiban Itikad Baik (<i>Duty of Good Faith</i>)	151
b. Kewajiban Kesetiaan (<i>Duty of of Loyalty</i>)	164
c. Kewajiban Kehati-hatian (<i>Duty of Care</i>).....	170
2. Doktrin Keputusan Bisnis (<i>Business Judgement Rule</i>)	176
BAB III METODE PENELITIAN.....	192
A. Pengantar.....	192
B. Jenis Penelitian.....	197
C. Pendekatan Masalah.....	197
1. Pendekatan Perundang-undangan.....	197
2. Pendekatan Konseptual.....	198
3. Pendekatan Perbandingan.....	201
D. Pengumpulan dan Pengelolaan Bahan.....	217
E. Metode Analisis.....	217

BAB IV	<i>DERIVATIVE ACTION (GUGATAN DERIVATIF) SEBAGAI UPAYA PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS</i>	218
A.	Pengantar.....	218
B.	Perbandingan <i>Derivative Action</i>	228
1.	<i>Derivative Action</i> di lima negara <i>Common Law</i>	
a.	Amerika Serikat.....	228
b.	Kanada.....	251
c.	Inggeris.....	256
d.	Australia.....	267
e.	Singapura.....	278
2.	<i>Derivative Action</i> di empat negara <i>Civil Law</i>	303
a.	Perancis.....	303
b.	Italia.....	307
c.	Jepang	317
d.	China.....	321
C.	<i>Derivative Action</i> di Indonesia.....	339
1.	Perlindungan Hukum dan Keadilan.....	339
2.	Penerapan <i>Derivative Action</i>	348
3.	Kasus <i>Derivative Action</i> di Indonesia.....	355
D.	Ikhitsar Perbandingan.....	380
BAB V	PENUTUP	396
A.	Kesimpulan.....	396
B.	Saran.....	397
DAFTAR PUSTAKA		400-423

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Kesuksesan suatu perusahaan pada umumnya dilandasi oleh adanya tata kelola dan hubungan kerja yang baik antara unsur-unsur atau organ-organ yang terdapat di dalam perusahaan. Hukum Perusahaan dan Prinsip-prinsip Tata Kelola Perusahaan yang Baik (*Good Corporate Governance Principles*)¹ bertujuan antara lain untuk mengatur hubungan antara unsur-unsur atau organ-organ perusahaan tersebut agar selalu berjalan dengan baik, termasuk hubungan antara perusahaan dan para pemegang saham, antara direksi dan pemegang saham, dan antara pemegang saham minoritas dan pemegang saham mayoritas². Demikian pula tentang tugas dan

¹ Holly J. Gregory & Marsha E. Simms, dalam *Pengelolaan Perusahaan (Corporate Governance): Apa dan Mengapa Hal tersebut Penting*, dalam Erman Radjagukguk, dalam *Pengelolaan Perusahaan Yang Baik (Good Corporate Governance)*, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005, hlm. 3 menyatakan sebagai berikut : Istilah "pengelolaan perusahaan" dapat dipandang dari definisi yang luas maupun terbatas. Secara terbatas, istilah tersebut berkaitan dengan hubungan antara pengelola (manager), direktur dan pemegang saham dari perusahaan. Istilah tadi juga dapat mencakup hubungan antara perusahaan itu sendiri dengan pembeli saham dan masyarakat. Secara luas, istilah "pengelolaan perusahaan" dapat meliputi kombinasi antara hukum, peraturan, atau ran pendaftaran dan praktik pribadi yang memungkinkan perusahaan tersebut menarik modal masuk, berkinerja secara efisien, menghasilkan keuntungan dan memenuhi harapan masyarakat secara umum dan sekaligus kewajiban hukum.

² A. Prasetyantoko dalam *Corporate Governance*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008, hlm. 133 menuliskan bahwa "Di Indonesia, absennya tata kelola korporasi nyata-nyata mendorong buruknya kinerja ekonomi yang berujung pada krisis finansial yang dimulai pada akhir

kewajiban fidusia (*fiduciary duty*)³ direksi, baik tugas manajerial selaku pengurus perusahaan, maupun tugas representasi selaku wakil perusahaan⁴ untuk bertindak atas nama perusahaan baik di luar maupun di dalam pengadilan⁵.

Dalam konteks hubungan-hubungan yang digambarkan di atas, kedudukan pemegang saham minoritas berada dalam posisi lemah jika dihadapkan dengan kedudukan pemegang saham mayoritas yang dominan. Prinsip Mayoritas (*Majority Rule*) memberikan ruang pengendalian yang dominan kepada pemegang

tahn 1997. Landasan mikro yang buruk ini menjadi faktor yang mendorong memburuknya kinerja makro terjadi makin cepat”.

³ Joseph F. Johnston Jr dalam *Natural Law and Fiduciary duty, Journal of Markets and Morality, Volume 8, Number 1 (Spring 2005)*. hlm. 27 menyatakan bahwa, prinsip kewajiban fidusia merupakan suatu prinsip yang berasal dari hukum alam (*Natural Law*) yang telah diadopsi masuk kedalam tradisi hukum Anglo-Amerika; dan prinsip ini menggarisbawahi kewajiban itikad baik (*duty good faith*), kewajiban kesetiaan (*duty of loyalty*), dan kewajiban kehati-hatian (*duty of Care*), yang harus diemban oleh direksi atau manajer terhadap pemegang saham, dan bukan kepada kreditur, karyawan dan atau pemangku kepentingan lainnya. Selanjutnya dikatakan, direksi perusahaan tidak boleh mengesampingkan *fiduciary duty* dengan perjanjian. Penegakan oleh pengadilan atas standar perilaku direksi atau manajer merupakan solusi terbaik terhadap masalah tata kelola perusahaan (*corporate governance*) ketimbang memperbanyak jumlah regulasi.

⁴ Sehubungan dengan hal tersebut, Henry R. Cheeseman, dalam *Contemporary Business Law, New Jersey: Prentice Hall Inc, 2000*, hlm. 636, menyatakan “A Corporation’ shareholders own the corporation. Nevertheless, they are not agents of the corporation (i.e., they can not bind the corporation to any contracts), and the only management duties they have is the right to vote on matters such as the election of directors and the approval of fundamental changes in the corporation.

⁵ Prinsip tersebut juga dianut oleh UUPT No. 40 Tahun 2007 sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 98 bahwa “Direksi mewakili perseroan, baik di dalam maupun di luar pengadilan. Sedangkan dalam Pasal 92 ayat (1) dinyatakan bahwa “Direksi menjalankan pengurusan perseroan untuk kepentingan perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan. Ketentuan ini kemudian lebih dipertegas lagi dalam Pasal 97 ayat (1) yang menyatakan bahwa “Direksi bertanggungjawab atas pengurusan perseroan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 92 ayat (1).-

saham mayoritas, yang terutama terefleksi dalam prinsip *Majority Vote* (Suara Terbanyak) dalam mekanisme pengambilan keputusan RUPS.

Penerapan prinsip suara terbanyak untuk segala jenis keputusan RUPS, menempatkan pemegang saham minoritas pada posisi yang rentan dirugikan kepentingannya. Sehingga jika RUPS diperlakukan sebagai forum mutlak dan satu-satunya bagi penyelesaian masalah internal perseroan, maka hak-hak dan kepentingan pemegang saham minoritas berpotensi terabaikan, karena pemegang saham minoritas tidak akan pernah mengungguli pemungutan suara (*voting*) dalam pengambilan keputusan RUPS. Dalam konteks ini, pemegang saham minoritas memerlukan perlindungan hukum di luar mekanisme normal agar terwujud keseimbangan yang adil antara kepentingan pemegang saham minoritas dan kepentingan pemegang saham mayoritas.

Selanjutnya direksi dalam menjalankan tugas pengurusan, mempunyai kewajiban untuk melandasi pengurusan perusahaan dengan itikad baik dan penuh tanggungjawab.⁶ Kesalahan dan

⁶ Pasal 97 ayat (2) UUPA 2007 menyatakan bahwa "Pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), wajib dilaksanakan oleh setiap anggota Direksi dengan itikad baik dan penuh tanggungjawab."

kelalaian dalam menjalankan pengurusan tersebut akan menimbulkan tanggungjawab pribadi bagi anggota direksi bersangkutan.⁷ Dalam pelaksanaan tugas representasi, direksi tentu berwenang mewakili perusahaan untuk membawa permasalahan hukum perusahaan ke pengadilan, untuk menuntut pihak-pihak yang telah melakukan kesalahan dan merugikan kepentingan perusahaan. Dalam keadaan normal, dan sepanjang direksi beritikad baik dan demi kepentingan perseroan, maka keputusan direksi untuk mewakili perusahaan selaku penggugat di pengadilan tidak dapat dikesampingkan.

Masalah muncul ketika direksi sendiri yang melakukan kesalahan dan ternyata merugikan perseroan. Misalnya, direksi terlibat dalam persaingan usaha pribadi dengan perseroan, melalaikan urusan-urusan perseroan atau, yang lebih berat lagi, mengalihkan keuntungan perseroan untuk kepentingan pribadi. Dalam situasi demikian dimana perseroan dirugikan, maka tentu perseroan berhak dan harus mempertimbangkan untuk menuntut pemulihan kerugian tersebut. Dalam konteks ini, perseroan sebagai

⁷ Pasal 97 ayat (3) 2007 menyatakan bahwa "Setiap anggota direksi bertanggungjawab penuh secara pribadi atas kerugian Perseroan apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2).

suatu badan hukum, pada prinsipnya tentu berhak menggunakan hak utama (*primary right*) untuk menuntut atau menggugat anggota direksi yang telah melakukan kesalahan dan mengakibatkan kerugian bagi perseroan. Akan tetapi, selain adanya kesulitan dalam soal teknis pengajuan gugatan, direksi yang bersangkutan tidak akan membiarkan perusahaan untuk menggugat dirinya (direksi) sendiri. Lebih lebih lagi, apabila direksi atau anggota direksi yang bersangkutan mendapat dukungan yang kuat dari pemegang saham mayoritas.

Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) yang merupakan organ yang memiliki wewenang yang tidak diberikan kepada direksi dan/atau dewan komisaris, tentu dapat menjatuhkan sanksi kepada anggota direksi yang sudah terbukti melakukan kesalahan dan merugikan perusahaan, sesuai mekanisme yang diatur dalam anggaran dasar perusahaan. Namun demikian, membawa permasalahan tersebut untuk dibahas dalam RUPS sangat tergantung pada inisiatif dan itikad baik dari pemegang saham mayoritas. Sebab, setiap keputusan RUPS selalu diambil berdasarkan suara mayoritas yang dikenal dengan doktrin mayoritas (*Majority Rule*).⁸ Apabila

⁸ Pasal 87 UUPA 2007 menyatakan sebagai berikut:

tindakan anggota direksi yang merugikan perseroan tersebut justru mendapat dukungan dari pemegang saham mayoritas, maka bisa dipastikan perseroan sebagai badan hukum tidak dapat lagi menjalankan hak utamanya untuk menuntut direksi, sehingga diperlukan adanya terobosan untuk menyelamatkan kepentingan perseroan. Untuk itu diperlukan upaya luar biasa melalui *derivative action* (gugatan derivatif) untuk memulihkan kerugian yang dialami perusahaan.

Konsep *Derivative Action* memberikan hak kepada pemegang saham minoritas untuk mengambil tindakan luar biasa melalui pengadilan, agar hak-hak perusahaan dapat dipulihkan atau tidak dirugikan.

Secara konseptual *Derivative Action* (Gugatan Derivatif) didefinisikan sebagai gugatan pemegang saham atas nama dan mewakili perusahaan terhadap direksi yang telah melakukan kesalahan dan merugikan perusahaan. Gugatan tersebut diajukan karena perusahaan tidak mempunyai kehendak untuk menuntut atau

-
- (1) Keputusan RUPS diambil berdasarkan musyawarah dan mufakat.
 - (2) Dalam hal keputusan berdasarkan musyawarah untuk mufakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak tercapai, keputusan adalah sah jika disetujui lebih dari $\frac{1}{2}$ (satu perdua) bagian dari jumlah suara yang dikeluarkan kecuali undang-undang dan/atau anggaran dasar menentukan bahwa keputusan adalah sah jika disetujui oleh jumlah suara setuju yang lebih besar.

memulihkan hak-haknya, dengan alasan tertentu⁹. Pengertian ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh James D.Cox sebagai berikut:

*The Derivative suit's raison d'etre is the need to redress violations of corporation's rights that other mechanism do not remedy. However, this view of the derivative suit –is troubling nonetheless because litigation suit is costly and plaintiff initiate representative actions in a somewhat fortuitous manner.*¹⁰

(Alasan pengajuan Gugatan Derivatif adalah kebutuhan untuk memulihkan pelanggaran hak-hak korporasi yang tidak dipulihkan oleh mekanisme lain. Namun, pandangan tentang gugatan derivatif ini- mengganggu karena litigasi termasuk mahal dan penggugat melakukan tindakan perwakilan dengan cara yang relatif tiba-tiba; Terjemahan bebas oleh Penulis)

Istilah *Derivative Action* pertama kali dipergunakan di Amerika Serikat dalam perkara *Wallersteiner v. Moir* pada tahun 1975 yang diputus oleh *Court of Appeal*. Istilah tersebut mengandung arti bahwa *“the individual shareholder is enforcing a right which is not his or hers but rather is “derived from” the*

⁹ Freshfields Bruckhaus Deringer, *Derivative Actions under the companies Acts 2006*, Summary, September 2007, hlm.1

¹⁰ James D. Cox, *REMEDIES, Compensation, Deterrence, and the Market as Boundaries for Derivative Suit Procedures*, 1985. hlm.1

company.¹¹ (pemegang saham individual menegakkan suatu hak yang bukan merupakan haknya akan tetapi berasal dari perusahaan).

Dalam hukum perseroan di Indonesia, konsep *Derivative Action* dapat diidentifikasi pertama kali dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, dan kemudian formulasi ketentuan yang mengindikasikan konsep *Derivative Action* tersebut kembali termuat dalam Undang-undang perseroan yang baru yaitu Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (“UUPT”). Namun demikian, kedua undang-undang tersebut tidak secara eksplisit menyebut istilah *Derivative Action* atau gugatan derivatif.

Mengenai konsep *derivative action*, Collora and Osborne mengemukakan bahwa secara konseptual *Derivative Action* (gugatan derivatif) pada hakikatnya mengandung dua tuntutan. Pertama, tuntutan pemegang saham terhadap perusahaan agar menggugat direksi yang bersalah dan telah merugikan perusahaan. Kedua,

¹¹ Lihat Gunawan Widjaja, *Tanggung Jawab Direksi atas Kepailitan Pesreroan*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2003 hlm. 43.

tuntutan yang terkandung dalam gugatan itu sendiri, yang diajukan oleh pemegang saham minoritas atas nama perusahaan.¹²

Derivative Action (gugatan derivatif) terutama dapat dipicu oleh dugaan penyimpangan manajerial perusahaan (*managerial misconduct*), misalnya, menggunakan dana perusahaan untuk kepentingan pribadi, membayar kompensasi berlebihan (*excessive compensastion*) kepada staf atau manajemen, atau dalam hal melakukan akuisisi, membayar lebih besar daripada nilai pasar, atau melakukan *self dealing* (transaksi untuk kepentingan pribadi)¹³.

Pengajuan gugatan derivatif terhadap direksi sebagaimana disinggung sebelumnya, senantiasa terkait dengan dugaan terjadinya pelanggaran kewajiban fidusia (*fiduciary duty*). Sehubungan dengan hal tersebut, menarik untuk diperhatikan kasus *derivative action* yang diajukan oleh Benjamin Widjaya dan Sianna Kusuma selaku Pemegang saham minoritas pada PT Necis Indah Cemerlang, yang telah diputus oleh Pengadilan Negeri Bandung dalam putusan nomor

¹² Michael A. Collora and David M. Osborne, *A Derivative Claim By Any Other Name : Direct Claims to Remedy by Wrongdoing in Close Corporation*, <http://dwycollora.com> terakhir dikunjungi pada tanggal 22 Maret 2006, hlm.2

¹³ Termasuk tindakan *self dealing* adalah setiap transaksi yang dilakukan oleh direksi secara pribadi, baik secara langsung maupun tidak langsung, dengan perusahaan yang dipimpinnya sebagai pihak lawan transaksi. Dalam *Self dealing*, direksi memiliki benturan kepentingan dengan perseroan yang dipimpinnya. Lihat lebih lanjut Munir Fuady, *Perseroan Terbatas, Paradigma Baru*, Bina Cipta Bandung, 2003 hlm. 93

06/Pdt.G/2009/ PN.BB, tanggal 8 Mei 2009 yang kemudian dikuatkan dengan perbaikan oleh Pengadilan Tinggi Jawa Barat dengan putusan Nomor 270/Pdt/2009/PT.BDG., tanggal 20 Nopember 2009, dan kemudian dikuatkan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam putusan Nomor 1855 K/Pdt/2010 tanggal 12 Januari 2011¹⁴.

Para Penggugat selaku pemegang saham minoritas dalam perkara tersebut bertindak atas nama perusahaan (PT Necis Indah Cemerlang), mengajukan gugatan derivatif terhadap Julius Widjaya dan Heryati Suryawan masing-masing selaku direktur dan komisaris PT Necis Indah Cemerlang, dan juga memasukkan pihak ketiga yaitu PT Danamon Indonesia sebagai Tergugat III. Dasar pengajuan gugatan adalah, bahwa Tergugat I dan Tergugat II telah mengambil keputusan untuk melakukan transaksi derivatif atau transaksi valuta asing dengan pihak ketiga yaitu PT Danamon Indonesia, yang mana kegiatan transaksi tersebut berada di luar lingkup kegiatan usaha perusahaan sebagaimana diatur dalam anggaran dasar perusahaan.

¹⁴ Lihat Putusan Pengadilan Negeri Bandung Nomor 06/Pdt.G/2009/ PN.BB, tanggal 8 Mei 2009 dan Putusan Pengadilan Tinggi Jawa Barat Nomor 270/Pdt/2009/PT.BDG., tanggal 20 Nopember 2009 serta Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1855 K/Pdt/2010 tanggal 12 Januari 2011.

Para Penggugat mendalilkan bahwa tindakan Para Tergugat tersebut bertentangan dengan anggaran dasar Perusahaan, dan dilakukan tanpa terlebih dahulu meminta persetujuan Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) Perusahaan. Tindakan tersebut disamping berpotensi menimbulkan kerugian, juga dapat membuat perusahaan mengalami kebangkrutan apabila transaksi tersebut dilaksanakan, dan rekening perusahaan dibekukan oleh pihak ketiga (PT Danamon Indonesia).

Para Penggugat selanjutnya mendalilkan bahwa tindakan Para Tergugat melanggar kewajiban fidusia khususnya *duty of care* atau tindakan kehati-hatian, bahkan tindakan Para Tergugat tersebut dianggap bertentangan dengan prinsip-prinsip tata kelola perusahaan yang baik (*Good Corporate Governance*).¹⁵

Pengadilan Negeri Bandung mengabulkan gugatan Para Penggugat untuk seluruhnya, dengan pertimbangan bahwa Para Tergugat telah melakukan perbuatan melawan hukum yang telah berakibat menimbulkan kerugian riil terhadap Penggugat

¹⁵ Sejalan dengan hal tersebut, M. Yahya Harahap dalam *Hukum Perseroan Terbatas*, Sinar Grafika, Jakarta 2009, hlm. 379, menyatakan, "Dalam mengurus Perseroan, anggota Direksi tidak boleh "sembrono" (*carelessly*) dan "lalai" (*negligence*). Apabila anggota direksi direksi sembrono dan lalai melaksanakan pengurusan, menurut hukum dia telah melanggar kewajiban berhati-hati (*duty of care*) atau bertentangan dengan "*prudential duty*". Patokan standar kehati-hatian (*duty of the due care*) yang diterapkan secara umum dalam praktik, adalah standar kehati-hatian yang lazim dilakukan oleh orang biasa dalam posisi dan kondisi yang sama".

(Perusahaan) sebesar Rp. 328.000.000 (Tiga ratus dua puluh delapan juta rupiah). Transaksi tersebut dilakukan oleh Para Tergugat tanpa terlebih dahulu meminta persetujuan Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) Perusahaan. Putusan tersebut dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Jawa Barat dengan perubahan kecil pada amar putusan, dan selanjutnya dikuatkan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagaimana disebutkan di atas.

Kasus *derivative action* sebelumnya telah terjadi di Indonesia yang antara lain memuat klaim atau dugaan penyimpangan manajerial maupun pembayaran remunerasi atau kompensasi secara berlebihan (*excessive compensation*) kepada staf perusahaan oleh direksi. Kasus tersebut diputus oleh Pengadilan Negeri Jakarta Selatan sampai pada tingkat Mahkamah Agung Republik Indonesia.¹⁶ Dalam kasus tersebut PT Dwi Satrya Utama (PT DSU) selaku pemegang saham minoritas pada PT ICI Paints Indonesia (Perusahaan) menggugat atas nama Perusahaan terhadap dua anggota direksi perusahaan dengan dalil kedua anggota direksi tersebut dianggap telah melakukan kesalahan dan merugikan perusahaan antara lain berupa; (1) pembayaran *legal fee* kepada

¹⁶ Lihat Erman Rajagukguk, *Butir-butir Hukum Ekonomi*, Universitas Indonesia, Fakultas Hukum, lembaga Studi Hukum dan Ekonomi, Jakarta, 2011 hlm. 94.

kantor Konsultan Hukum Freshfield dan Makarim & Taira yang tidak memberikan manfaat kepada perusahaan, atau jasa yang dilakukan oleh konsultan hukum tersebut dianggap tidak untuk kepentingan Perusahaan melainkan untuk kepentingan perusahaan lain yaitu PPG Industries yang akan mengakuisisi sebagian aset perusahaan; (2) pemberian remunerasi berlebihan (*excessive remuneration*) kepada *General Manager* Perusahaan; (3) pemindahan dana perusahaan ke rekening lain milik perusahaan yang ada di Deutsche Bank Singapura.¹⁷

PT DSU dalam perkara tersebut mengajukan tuntutan provisi agar pengadilan melarang kedua direksi tersebut untuk melakukan kegiatan yang berhubungan dengan pengurusan perusahaan dengan sanksi membayar uang paksa sebesar Rp. 2.000.000. (Dua juta rupiah) per hari untuk setiap hari kelalaian menjalankan larangan pengadilan. Sedangkan dalam pokok perkara, PT DSU mengajukan tuntutan terhadap kedua direksi tersebut untuk; (1) membayar ganti rugi materil kepada perusahaan sebesar S\$ 16.970,13 dan US \$ 106,850.12; (2) membayar ganti rugi immateril kepada perusahaan

¹⁷ Lihat Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 59/Pdt/G/2002/PN.Jkt. Sel. Tanggal 27 Agustus 2002 dan putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta Nomor 659/PDT/2003/PT.DKI tanggal 15 Juli 2003 serta putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 612.K/PDT/2003 tanggal 10 Nopember 2004.

sebesar Rp. 1.00.000.000.000; (3) mempublikasikan permohonan maaf kepada perusahaan di Harian Kompas sebanyak tiga kali berturut-turut; (4) membayar uang paksa sebesar Rp. 2.000.000 (dua juta rupiah) per hari untuk setiap hari kelalaian membayar ganti rugi¹⁸.

Pengadilan Negeri Jakarta dalam putusannya menolak gugatan PT DSU yang kemudian putusan pengadilan negeri tersebut dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi DKI Jakarta dalam tingkat banding, dan kemudian dikuatkan pula oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam tingkat kasasi.¹⁹ Alasan utama yang dipergunakan oleh pengadilan menolak gugatan derivatif Penggugat tersebut adalah, bahwa Penggugat seharusnya terlebih dahulu menggunakan mekanisme internal dalam menyelesaikan permasalahan yang dihadapi, sebelum membawa permasalahan tersebut kepada pengadilan. Dengan kata lain, pengadilan berpendapat bahwa pengadilan tidak mencampuri permasalahan internal perusahaan apabila mekanisme internal perusahaan belum ditempuh.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid*

Karakteristik utama dari tindakan yang bersifat derivatif adalah, tindakan tersebut menimbulkan kerugian tidak langsung bagi pemegang saham, dalam arti bahwa kerugian pemegang saham tersebut tergantung pada kerugian langsung yang dialami perusahaan. Kerugian langsung bagi perusahaan dapat terjadi dalam banyak bentuk. Misalnya, pendapatan dan keuntungan perusahaan menjadi berkurang, peluang-peluang bisnis hilang, pengeluaran ongkos-ongkos yang tidak perlu, asset perusahaan yang rusak, atau perusahaan terlibat pada suatu tanggungjawab pidana atau perdata²⁰.

Kerugian pemegang saham dalam perseroan terbuka dapat dipicu oleh merosotnya nilai saham yang disebabkan oleh adanya tindakan direksi yang merugikan perusahaan. Ketika tuntutan diajukan melalui gugatan derivatif, maka pemulihan atau ganti rugi akan dibayarkan kepada perusahaan, sedangkan pemegang saham termasuk yang mengajukan gugatan derivatif, hanya menerima manfaat dalam bentuk meningkatnya harga saham.

Gugatan Derivatif berbeda dengan Gugatan Langsung (*Direct Action*) yang meniscayakan adanya kerugian tersendiri yang diderita oleh pemegang saham, terlepas dari kerugian yang dialami

²⁰ Michael A. Collora and David M. Osborne, *op.cit.* hlm. 2

perusahaan. Sehingga untuk mengajukan gugatan langsung, pemegang saham harus membuktikan adanya suatu kerugian khusus (*Special Injury*) yang dialami, yang terpisah dan terlepas dari kerugian yang diderita pemegang saham lainnya dan perusahaan. Kerugian seperti itu dapat muncul dalam dua situasi. *Pertama*, tindakan yang menimbulkan kerugian tersebut merupakan pelanggaran hak dan kepentingan pemegang saham Penggugat, disamping merupakan pelanggaran *fiduciary duties* terhadap pemegang saham secara keseluruhan.

Kedua, tindakan tersebut hanya menyebabkan kerugian bagi pemegang saham yang bersangkutan, misalnya kerugian-kerugian yang diakibatkan oleh tindakan direksi menahan dividen secara tidak sah. Namun merosotnya nilai saham tidaklah termasuk kerugian khusus melainkan merupakan kerugian yang diderita oleh semua pemegang saham secara proporsional. Oleh karena itu, gugatan yang relevan dalam konteks ini adalah *Derivative Action*, bukan *Direct Action*.²¹

Dalam kaitan dengan pilihan pengajuan *derivative action* atau *direct action*, putusan pengadilan Alabama dalam perkara *James v*

²¹ *Ibid*

James menarik untuk diperhatikan. Dalam perkara tersebut Penggugat mendalilkan bahwa pemegang saham mayoritas telah membayar kompensasi berlebihan, menyianyiakan aset perusahaan dan merampas peluang-peluang perusahaan. Penggugat dalam hal ini mengajukan gugatan *Derivative Action* dan *Direct Action* sekaligus. Namun demikian, selain kesalahan pengurusan (*mismanagement*) yang didalilkan, Penggugat rupanya tidak mendalilkan adanya tindakan-tindakan yang bersifat “*opressive*” atau perbuatan kecurangan yang dilakukan oleh pemegang saham mayoritas terhadap penggugat. Pengadilan menyatakan dalam pertimbangannya bahwa hukum Alabama mengakui keberadaan kewajiban fidusia dalam konteks perusahaan tertutup, akan tetapi pengadilan juga mempertimbangkan bahwa pemegang saham minoritas tidak dapat begitu saja mengubah substansi *Derivative Action* menjadi gugatan langsung hanya dengan mendalilkan bahwa tindakan merugikan terhadap perusahaan, juga merupakan kerugian bagi Penggugat. Dalil ini menunjukkan bahwa gugatan tersebut hanya layak diajukan dalam bentuk *Derivative Action*. Jika Penggugat hendak mengajukan substansi gugatan tersebut dalam bentuk gugatan langsung, maka Penggugat harus membuktikan adanya tindakan opresif atau

kecurangan yang dilakukan oleh pemegang saham mayoritas terhadap pemegang saham minoritas Penggugat²².

Perbedaan antara kerugian yang bersifat derivatif dan kerugian langsung di Amerika Serikat tidaklah bersifat mutlak. Pengadilan Tinggi *Delaware* Amerika Serikat telah menetapkan bahwa pemegang saham yang menderita suatu kerugian khusus, memiliki kapasitas untuk melakukan *Direct Action*, meskipun perusahaan juga menderita kerugian dari kesalahan yang sama. Berdasarkan alasan ini, terbuka peluang bagi pemegang saham untuk menuntut baik secara derivatif maupun secara langsung dalam gugatan mereka.²³

Terkait dengan kepentingan pemegang saham dalam konteks pembayaran ganti rugi kepada perusahaan dalam *derivative action*, terdapat karakteristik tersendiri dalam perusahaan terbuka yang pada umumnya bebas dari pengaruh faktor kepemilikan. Sehingga karenanya, kepentingan pemegang saham dapat terjamin dalam hal *recovery* (pemulihan) berupa uang ganti rugi yang akan dikembalikan kepada perusahaan sebagai hasil *Derivative Action*. Misalnya, apabila direksi dari perusahaan terbuka memberikan

²² Michael A. Corolla and David M. Osborne, *op.cit.* hlm. 3

²³ *Ibid.*

pesangon "*golden parachute*" kepada seorang staf perusahaan, lalu terhadap tindakan itu, pemegang saham minoritas mengajukan *Derivative Action* dan akhirnya menang, maka pembayaran gantirugi akan kembali kepada perusahaan, yang akhirnya akan dinikmati oleh para pemegang saham secara proporsional sebagai dividen. Pemegang saham tersebut akan mempunyai hak atau opsi untuk menjual sahamnya, sehingga mendapatkan manfaat tidak langsung dari Gugatan Derivatif. Sebaliknya dalam suatu perusahaan tertutup seringkali tidak tampak adanya pemisahan manajemen perusahaan dan kepemilikan. Adalah mungkin bahwa pemegang saham mayoritas menjalankan atau mengendalikan perusahaan, sekaligus memiliki sebagian besar sahamnya. Jika suatu pemegang saham minoritas menggugat atas nama sebuah perusahaan tertutup untuk membatalkan pembayaran "pesangon" misalnya yang dikategorikan sebagai "*golden parachute*", maka pemulihan tersebut akan kembali kedalam pengendalian pemegang saham mayoritas juga. Meskipun, pemicu gugatan tersebut adalah tindakan direksi yang didukung oleh pihak pemegang saham mayoritas.

Pengadilan di Amerika Serikat ada yang memperbolehkan pemegang saham minoritas pada perusahaan tertutup, untuk

mengalihkan Gugatan Derivatif menjadi Gugatan Langsung (*Direct Action*) atas dasar tuntutan yang sama. Hal tersebut dilakukan untuk menghindari dilema bagi pemegang saham minoritas pada perusahaan tertutup, yang mengajukan *Derivative Action*.

Pengajuan gugatan derivatif terhadap direksi sangat krusial mengingat direksi memiliki kewenangan sekaligus tanggungjawab yang bersifat sentral dalam perusahaan. Disamping menjalankan tugas perwakilan yang bertindak atas nama atau mewakili perusahaan baik di luar maupun di dalam pengadilan²⁴, direksi juga memiliki tanggungjawab²⁵ untuk menjalankan pengurusan untuk kepentingan perusahaan, sesuai maksud dan tujuan yang ditetapkan dalam anggaran dasar perusahaan.²⁶ Dalam menjalankan tugas pengurusan, direksi memiliki kewenangan untuk mengambil keputusan atau kebijakan yang dipandang tepat, dalam batas-batas

²⁴ Pasal 98 ayat (1) UUPT 2007 menyatakan bahwa "Direksi mewakili Perseroan baik di dalam maupun di luar pengadilan.

²⁵ Pasal 97 ayat (1) UUPT 2007 menyatakan bahwa "Direksi bertanggungjawab atas pengurusan Perseroan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 92 ayat (1) UUPT 2007.

²⁶ Pasal 92 ayat (1) UUPT 2007 menyatakan bahwa "Direksi menjalankan pengurusan Perseroan untuk kepentingan Perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan.

yang ditentukan oleh Undang-undang Perseroan Terbatas dan Anggaran Dasar Perusahaan.²⁷

Konsep dan rumusan Gugatan Derivatif terhadap direksi yang merupakan hasil transplantasi dari hukum perseroan di Amerika Serikat, dan merupakan salah satu di antara konsep baru yang diperkenalkan dalam UUPT 2007²⁸, dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 97 ayat (6) UUPT 2007 sebagai berikut :

Atas nama perseroan, pemegang saham yang mewakili paling sedikit 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara dapat mengajukan gugatan melalui pengadilan negeri terhadap anggota direksi yang karena kesalahannya atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada perseroan.²⁹

Penjelasan atas Pasal 97 ayat (6) UUPT 2007 menyatakan dalam rumusan sebagai berikut:

²⁷Pasal 92 ayat (2) UUPT 2007 menyatakan bahwa "Direksi menjalankan tugas pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sesuai dengan kebijakan yang dipandang tepat, dalam batas yang ditentukan dalam Undang-undang ini dan /atau anggaran dasar.

²⁸ Tri Budiyono, dalam *Transplantasi Hukum, harmonisasi dan Potensi Benturan*, hlm.11, menguraikan pengertian transplantasi hukum sebagai berikut " Transplantasi adalah pengambilalihan aturan hukum (legal rule), ajaran hukum (doctrine), struktur (structure), atau institusi hukum (*legal institution*) dari suatu sistem hukum ke system hukum yang lain atau dari wilayah hukum ke wilayah hukum yang lain.

²⁹ Ketentuan mengenai *Derivative Action* terhadap komisaris diatur dalam Pasal 114 ayat (6) UUPT sebagai berikut:

Atas nama perseroan, pemegang saham yang mewakili paling sedikit 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara yang sah dapat menggugat anggota dewan komisaris yang karena yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada perseroan ke pengadilan negeri .

Dalam hal tindakan direksi merugikan perseroan, maka pemegang saham yang memenuhi persyaratan sebagaimana ditetapkan dalam ayat ini dapat mewakili perseroan untuk melakukan tuntutan atau gugatan terhadap direksi melalui pengadilan.

Ketentuan tersebut di atas pada hakikatnya memfasilitasi pemegang saham minoritas untuk membawa permasalahan hukum atas nama perusahaan kepada pengadilan, sehingga upaya tersebut dinamakan Gugatan Derivatif, karena hak untuk menggugat tersebut, merupakan turunan dari hak perseroan sebagai badan hukum. (*action derived from the company's own right to protect its interest*).

Gugatan Derivatif sebagai konsep baru dalam hukum perusahaan di Indonesia, menyimpan berbagai hal yang menarik dan perlu dikaji lebih mendalam. Konsep Gugatan Derivatif secara historis pada dasarnya dimaksudkan sebagai mekanisme efektif untuk melindungi pemegang saham minoritas. Namun minimnya pengaturan tentang *Derivative Action* dalam UUPA 2007, termasuk adanya batas minimal jumlah saham pemegang saham untuk mengajukan gugatan *Derivative Action*, meniscayakan pengkajian yang lebih komprehensif.

Penerapan gugatan derivatif, tidak terlepas dari kajian tentang *legal standing* bagi pemegang saham minoritas untuk bertindak mewakili perusahaan menggugat direksi terutama dalam kaitannya dengan kedudukan direksi sebagai organ yang mewakili perusahaan baik di dalam maupun di luar pengadilan.

Meningkatnya jumlah investor dari tahun ke tahun dan pendirian perusahaan *joint venture* di Indonesia yang cenderung meningkat pesat, semakin membutuhkan perlindungan hukum yang efektif, khususnya bagi pemegang saham minoritas. Konsep dan instrumen *derivative action* merupakan sarana perlindungan pemegang saham minoritas, yang perlu disempurnakan pengaturannya dan diberdayakan secara efektif.

Karya ilmiah yang membahas *derivative action* secara mendalam dan komprehensif di Indonesia masih langka. Karya ilmiah berupa disertasi yang dipublikasikan pada tahun 2005 berjudul, “Perlindungan Hukum Bagi Pemegang Saham Minoritas dalam Rangka Implementasi *Good Corporate Governance*”, ditulis oleh Misahardi Wilamarta jauh berbeda dari karya tulis ini, baik dari segi isi, pendekatan, teori yang digunakan, maupun orientasi tulisan, lebih-lebih lagi disertasi Misahardi Wilamarta tersebut dibuat masih

dalam suasana Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian Latar belakang Masalah diatas, fokus permasalahan yang dikaji dalam disertasi ini dirumuskan dalam pertanyaan-pertanyaan sebagai berikut:

1. Mengapakah pemegang saham minoritas dalam perseroan terbatas perlu mendapatkan perlindungan hukum ?
2. Bagaimanakah penerapan *Derivative Action* yang diajukan terhadap direksi perseroan terbatas di Indonesia dibandingkan dengan *Derivative Action* di negara-negara *common law* dan di negara-negara *Civil Law* lainnya ?

C. Tujuan dan Manfaat Penelitian

1. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penelitian ini adalah sebagai berikut :

- a. Menganalisis secara kritis tentang doktrin-doktrin yang melandasi konsep Gugatan Derivatif dan mengungkapkan hubungan-hubungan atau sinkronisasi doktrin-doktrin

tersebut dengan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam hukum perseroan di Indonesia. Lebih khusus, mengkaji mengapa pemegang saham minoritas perlu mendapatkan perlindungan secara hukum, dengan mengacu Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

- b. Mengkaji secara kritis bagaimana pengaturan secara hukum dan penerapan Gugatan Derivatif di Indonesia dibandingkan dengan pengaturan dan praktik Gugatan Derivatif di negara-negara *common law* dan negara-negara *civil law* lainnya.

2. Manfaat Penelitian

Terpecahkannya masalah-masalah yang dibahas dalam penulisan /penelitian ini dan tercapainya tujuan penelitian sebagaimana diuraikan di atas, maka hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat atau kegunaan sebagai berikut:

- a. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberi manfaat akademik dalam rangka pengembangan khazanah kepustakaan ilmu hukum khususnya dalam bidang hukum perusahaan.

- b. Dalam tataran praktis hasil penelitian ini diharapkan dapat berguna bagi kalangan praktisi dan penegak hukum. Selain itu, hasil penelitian ini diharapkan pula dapat memberi sumbangsih atau masukan bagi penyempurnaan peraturan perundang-undangan dalam bidang perseroan.

D. Landasan Teori dan Konsep

1. Landasan Teori

Mengutip Popper, Sri Gambir menyatakan bahwa teori hukum (hukum universal) bukan intisari pengamatan, tetapi merupakan penemuan akal manusia, suatu konjektual (*doxa*) yang diajukan untuk dicoba. Oleh karena teori bukan intisari pengamatan, maka dimaksudkan untuk menolak sistem induksi yang tidak diperlukan dalam teori. Lebih lanjut dikatakan, bahwa teori merupakan dan akan tetap merupakan hipotesis.³⁰

Untuk kebutuhan penelitian, maka fungsi teori adalah memberikan pengarahan kepada penelitian yang dilakukan.³¹

Achmad Ali mencatat bahwa sebagian besar filsuf meyakini adanya asas-asas tertentu yang mempunyai kedudukan

³⁰Sri Gambir Melati Hatta., *Beli Sewa Sebagai Perjanjian Tak Bernama: Pandangan Masyarakat dan Sikap Mahkamah Agung Indonesia*, Bandung: Alumni, 2000., hlm. 16.

³¹*Ibid.*, 17.

lebih tinggi dan lebih superior dibanding hukum yang dibuat oleh manusia, yaitu hukum alam yang juga lazim disebut hukum kodrat³².

Teori Keadilan yang notabene tidak lepas dari kaitan hukum alam, akan dipergunakan sebagai *Grand Theory* (Teori Utama) untuk menuntun dan menganalisis permasalahan yang diungkapkan dalam penulisan ini.

John Rawls³³ mengemukakan ada dua prinsip dasar keadilan;

(1) **Prinsip Kebebasan.** Prinsip ini menyatakan bahwa setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Initinya kebebasan yang dimiliki seseorang tidak boleh mengorbankan kebebasan orang lain. Apabila prinsip ini dikaitkan dengan pembahasan dalam penulisan ini, maka dapat dielaborasi bahwa setiap orang bisa atau dapat memiliki kebebasan untuk menjadi pemegang saham termasuk menjadi

³² Lihat Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012, hlm. 49.

³³ Lihat Michael J. Sandel, *JUSTICE what's the right thing to do?* Farrar, Straus and Giroux, New York, 2010, hlm. 151-152.

pemegang saham mayoritas, anggota direksi, komisaris, atau karyawan. Atau kebebasan memiliki kekayaan dan sebagainya.

(2) **Prinsip Kesamaan.** Prinsip ini menyatakan bahwa ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan kepada semua orang, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang. Esensi dari prinsip ini dapat dijabarkan bahwa ketidaksamaan sosial dan ekonomi diperbolehkan hanya jika memberikan manfaat kepada semua orang termasuk mereka yang kurang beruntung³⁴. Dengan kata lain, ketidakadilan adalah ketimpangan yang tidak menguntungkan semua orang³⁵. Bagaimanapun, implementasi teori keadilan yang dikemukakan oleh Rawls tersebut di atas, dalam tataran praktis meniscayakan campur tangan dari struktur masyarakat atau negara.

Teori keadilan dari Rawls dapat membantu menjabarkan bahwa ketidaksamaan kedudukan dan kekuasaan di antara para pemegang saham yang meliputi pemegang saham mayoritas dan pemegang saham minoritas, sepatutnya memberikan manfaat

³⁴ John Rawls., *A Theory of Justice*, Terjemahan (Teori Keadilan), Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011, hlm. 72-76

³⁵ *Ibid*

pemegang saham minoritas sebagai pihak yang kurang beruntung.

Deskripsi teori keadilan dari Rawls dapat dihubungkan dengan prinsip atau konsep manfaat bersama (*Common Goods*) yang terdapat dalam suatu komunitas manusia (*Human Community*) sebagaimana dikemukakan oleh John Finnis³⁶.

Menurut Finnis, Manfaat Bersama adalah seperangkat kondisi yang memungkinkan anggota komunitas untuk mencapai tujuan yang wajar, atau untuk merealisasikan nilai-nilai untuk kepentingan pencapaian tujuan bersama yang telah ditetapkan secara rasional³⁷. Pengertian manfaat bersama menekankan bahwa tujuan suatu komunitas adalah membantu anggotanya untuk mencapai tujuan-tujuannya. Tujuan dari suatu komunitas adalah memainkan beberapa bagian dalam membantu anggotanya mencapai tujuan bersama³⁸.

³⁶ Lihat Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, Kualalumpur: *International Law Book service*, 1994, hlm.54.

³⁷ Michael LP Lower, 2006, hlm.19

³⁸ Pemikiran Finnis sebenarnya banyak dipengaruhi oleh pemikiran Thomas Aquinas. Menurut Aquinas (Satjipto Rahardjo, 2000, hlm. 264), manusia memiliki kecenderungan alamiah sebagai berikut;(i) hasrat untuk mempertahankan hidup;(ii) daya tarik kepada lawan jenis kelamin dan hasrat untuk mendidik dan membesarkan anak-anak;(iii) hasrat untuk mengenal Tuhan dan kecenderungan untuk menolak ketidaktahuan;(iv) manusia ingin hidup dalam msyarakat dan oleh karena itu adalah suatu hal yang alamiah pada manusia untuk mnghindari perbuatan yang merugikan orang-orang yang hidup bersamanya.

Konsep komunitas memiliki cakupan pengertian yang luas, namun esensinya adalah adanya tindakan atau langkah bersama. Pembentukan suatu komunitas tentu melibatkan pertimbangan atau kesadaran untuk mengkoordinasikan aktivitas orang-orang yang terdapat dalam komunitas tersebut. Ketika mereka memiliki tujuan yang sama, maka mereka adalah merupakan suatu komunitas.

Finnis menguraikan pengelompokan komunitas dengan memiliki tujuan yang sama sebagai berikut:

*A group, in the relevant sense, whether team, club, society, enterprise, corporation, or community, is to be said to exist whenever there is, over an appreciable span of time, a co-ordination of activity by a number of persons in the form of interaction, and with a view to a shared objective.*³⁹

(Suatu kelompok, dalam arti yang relevan, baik berupa tim, klub, masyarakat, perusahaan, korporasi, atau komunitas, harus dikatakan eksis setiap kali ada, selama rentang waktu yang cukup, koordinasi kegiatan oleh sejumlah orang dalam bentuk interaksi, dan dengan maksud untuk tujuan bersama; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Mengacu kepada konsep komunitas yang dipaparkan oleh Finnis tersebut, maka dapat dipahami bahwa sesungguhnya suatu perusahaan pada hakikatnya merupakan suatu komunitas

³⁹ Michael LP Lower, 2006, *op.cit.* hlm.20

manusia yang terdiri atas para pemegang saham, komisaris, anggota direksi dan segenap karyawan. Tata kelola perusahaan dapat dianggap sebagai salah satu aspek dari manfaat bersama (*Common Goods*) yang membantu anggotanya untuk mencapai tujuan. Tujuan dari mekanisme tata kelola perusahaan adalah mengkoordinasikan interaksi antara anggota-anggota dalam perusahaan tersebut, yang mana direksi memiliki peran sentral dalam mekanisme tata kelola perusahaan.

Selanjutnya, memahami suatu perusahaan sebagai suatu komunitas manusia (kumpulan orang-orang) dari perspektif hukum alam, dimulai dengan melihat kegiatan manusia. Hukum Alam digunakan untuk memahami tentang apa yang memotivasi aktivitas manusia dan norma-norma moral yang menjadi arahnya. Hukum Alam dapat menjelaskan bagaimana komunitas berkontribusi untuk kepentingan kebaikan dan manfaat anggotanya, serta harapan-harapan atau tuntutan-tuntutan apa yang dimiliki oleh komunitas tersebut terhadap pihak-pihak yang merupakan bagian dari komunitas tersebut.

Harapan-harapan tersebut tentu mencakup harapan pemegang saham terhadap direksi demikian pula sebaliknya,

harapan direksi terhadap pemegang saham. Harapan pemegang saham minoritas terhadap pemegang saham mayoritas begitu pula sebaliknya, harapan pemegang saham mayoritas terhadap pemegang saham minoritas. Harapan pemegang saham terhadap karyawan demikian pula sebaliknya, harapan karyawan terhadap pemegang saham. Harapan-harapan tersebut tentu saja merefleksikan idealitas kebaikan bersama di antara komunitas tersebut. Dengan kata lain, pengelolaan perusahaan sebagai suatu komunitas tentu bertujuan untuk mencapai tujuan bersama. Prinsip kebaikan bersama dalam suatu komunitas, harus mampu menyediakan jalan keluar bilamana terjadi kesulitan-kesulitan yang dapat merugikan kepentingan komunitas itu sendiri.

Sejalan dengan hal tersebut, konsep *Derivative Action* dapat merupakan jalan keluar bagi anggota komunitas perusahaan dalam hal terjadi kecurangan atau pelanggaran kewajiban fidusia yang dilakukan oleh direksi terhadap perusahaan sebagai suatu komunitas. Dalam konteks ini, konsep *derivative action* disamping diharapkan dapat memberikan keadilan protektif (*protective justice*) bagi pemegang saham minoritas, juga dapat memberikan keadilan korektif (*corrective*

justice) yang memfasilitasi pemulihan kerugian perusahaan yang timbul akibat kesalahan direksi.

Penjabaran lebih jauh relevansi *Grand Theory* (teori utama) dalam konteks pembahasan ini, memposisikan entitas perusahaan sebagai suatu institusi yang memiliki karakter tersendiri serta memiliki mekanisme internal untuk mengatur interaksi antara para anggota institusi tersebut, khususnya dalam konteks distribusi hak dan kewajiban para anggota atau organ perusahaan.

Selanjutnya Peneliti akan menggunakan Teori Badan Hukum (*Entity Theory*) sebagai *Middle Range Theory* (Teori Madya).⁴⁰ Teori ini memandang perusahaan sebagai suatu entitas bisnis,⁴¹ dan mengasumsikan terjadi pemisahan antara kepentingan pribadi pemilik (pemegang saham) dan entitas perusahaan.

⁴⁰ Ridwan Khairandy., *Perseroan Terbatas: Doktrin, Peraturan Perundang-undangan, dan Yurisprudensi*, Yogyakarta: Total Media, 2009, hlm. 150

⁴¹ Jan Dejnozka mengutip Phillip, mengungkapkan bahwa teori badan hukum memulai perkembangannya pada tahun 1900 an setelah tergantikannya dominasi korporasi dalam bentuk kemitraan oleh bentuk korporasi yang terpusat dan integral dalam aspek managerial dan pengawasan. Jan Dejnozka, *Corporate Entity, Book Manuscript (E-Book)*, 2007, hlm. 9, www.members.tripod.com/jan_Dejnozka/Corporate_entity_book, diakses pada tanggal 17 April 2013.

Teori ini pertama kali diadopsi dari hukum Inggris yang didasarkan pada teori konsesi.⁴² Mengutip Phillip, Jan Dejnozka, menyatakan bahwa teori konsesi mendalilkan bahwa perusahaan memperoleh eksistensinya melalui konsesi dari negara (*The Concession theory is that a corporation derives its being by concession from the state*)⁴³. Namun demikian, teori badan hukum (*entity theory*) pada hakikatnya memiliki perbedaan dengan teori konsesi dalam hal campur tangan negara. Jika teori konsesi menganggap bahwa perusahaan terwujud karena sepenuhnya campur tangan negara, maka teori badan hukum berpandangan bahwa campur tangan negara hanya dalam bentuk konfirmasi atas status perusahaan yang sudah ada (*exist*)⁴⁴. Dalam kaitan ini, Butler menyatakan bahwa teori badan hukum memang mendukung campur tangan negara, baik campur tangan dalam bentuk regulasi maupun dalam hal memfasilitasi litigasi pemegang saham (*shareholders litigation*)⁴⁵.

⁴² Ridwan Khairandy, *loc.cit*

⁴³ Jan Dejnozka, *op.cit* hlm. 6,

⁴⁴ Bandingkan konsep campur tangan negara dari teori badan hukum dengan konsep yang dianut oleh UUPT sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 7 ayat (4) yang menatakan "Perseroan memperoleh status badan hukum pada tanggal diterbutkannya Keputusan menteri mengenai pengesahan badan hukum Perseroan. Sedangkan teori konsesi kelihatannya lebih pas untuk diterapkan pada perusahaan dalam bentuk badan usaha milik negara.

⁴⁵ Henry N. Butler, *The contractual Theory of the Corporation*, hlm. 100, <http://www.law.northwestern.edu/faculty/fulltime/bu>. diakses pada tanggal 21 April 2013.

Berdasarkan teori badan hukum tersebut, suatu badan hukum merupakan suatu bentuk personifikasi yang memiliki karakter tersendiri dan sama sekali tidak identik dengan pemilik. Bahkan suatu perusahaan dianggap memiliki eksistensi tersendiri yang lepas dari interaksi langsung dari pemiliknya.⁴⁶

Dalam kaitan dengan kapasitas perusahaan sebagai badan hukum, mengutip Murray A. Pickering, Wahyu Kurniawan mengemukakan ada tiga prinsip dasar berkaitan dengan kapasitas hukum yang dimiliki oleh suatu perusahaan. Pertama, kapasitas hukum yang melekat pada perusahaan sebagai entitas mandiri berdasar pada hukum. Hukum yang menentukan ruang lingkup dan membatasi kapasitas hukum yang dimiliki oleh perusahaan.⁴⁷

Kedua, kapasitas perusahaan untuk melakukan perbuatan hukum yang terpisah dari pemegang saham karena pengalihan harta dari pemegang saham kepada perusahaan menciptakan konsekuensi terjadinya reformulasi penguasaan atas harta yang telah dialihkan. Formulasi baru tersebut adalah pemegang

⁴⁶ *Ibid*

⁴⁷ Wahyu Kurniawan, *Corporate Governance Dalam Aspek Hukum Perusahaan*, 2012, hlm. 13-14

saham tidak dapat mengklaim aset secara parsial terhadap harta yang telah dialihkannya. Namun pemegang saham memperoleh hak-hak khusus yang terkait dengan pengawasan dan pembuatan kebijakan fundamental perusahaan. Demikian pula pemegang saham memperoleh hak-hak untuk berpartisipasi dalam memutuskan materi-materi fundamental dalam perusahaan, seperti voting, memilih dan memberhentikan direksi. Demikian juga hukum akan menetapkan dan menjaga hak-hak dan kepentingan pemegang saham.

Ketiga, perusahaan mempunyai kapasitas untuk membuat hubungan hukum dengan pihak lain secara langsung seperti hubungan hukum antara perusahaan dengan pemegang saham. Dengan adanya kapasitas melakukan hubungan hukum tersebut maka perusahaan menjadi entitas mandiri dan terpisah dari pemegang saham, baik hak, kewajiban, maupun tanggungjawab⁴⁸.

Konsep pemisahan perusahaan dengan pemegang saham meniscayakan formulasi hubungan-hubungan antara perusahaan dan pemegang saham, pemegang saham mayoritas dan

⁴⁸. *Ibid*

pemegang saham minoritas, serta hubungan antara perusahaan dan direksi. Formulasi hubungan-hubungan ini mewujudkan landasan yang kuat bagi eksistensi konsep *Derivative Action* yang berkaitan langsung dengan kewajiban fidusia direksi dalam konteks hubungan antara direksi dan perusahaan, serta hubungan antara direksi dan pemegang saham, termasuk pemegang saham minoritas dalam kaitan perlindungan hukum yang diperlukan.

Sebagai *Applied Theory* (Teori Terapan) dalam penulisan ini, peneliti akan menggunakan teori dan doktrin *Fiduciary Duty*.

Teori Kewajiban fidusia (*Fiduciary Duty*) tidak dapat terlepas dari aspek moralitas dan keadilan. Orang yang menerima (*fiduciary*) kepercayaan (*trust*) dari orang lain (*beneficiary*), secara moral harus senantiasa menjaga kepercayaan tersebut sesuai dengan kehendak orang yang memberikan kepercayaan. Selanjutnya orang yang memberikan kepercayaan harus memberikan kesempatan dan peluang kepada penerima kepercayaan agar dapat menjalankan kepercayaan tersebut dengan rasional tanpa ada gangguan. Dengan demikian, terciptalah keseimbangan (*fairness*) dan rasa keadilan (*justice*) dalam hubungan yang harmonis.

Dalam hubungan dengan kewajiban fidusia, Johnston⁴⁹ mengutip pertimbangan dalam putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam perkara *Pepper v Litton*, antara lain menyatakan bahwa, mereka yang berada dalam posisi sebagai penerima kepercayaan (*fiduciary*) tidak boleh mengutamakan melayani diri sendiri, mendahului pelayanannya kepada pemberi kepercayaan (*beneficiary*). Mereka tidak boleh memanipulasi masalah-masalah di perusahaan dan mengabaikan standar-standar moralitas dan kejujuran. Mereka tidak boleh dengan mudah diiming-iming oleh suatu perusahaan lain sehingga melanggar ketentuan etika dan loyalitas kepada perusahaan dan pemegang saham sebagai pemberi amanah.

Teori Kewajiban Fidusia⁵⁰ ini sangat erat kaitannya dengan teori agensi (*agency theory*) yang menjelaskan tentang hubungan kontraktual antara pihak yang mempercayakan pengambilan keputusan tertentu (*Beneficiary*), kepada pihak

⁴⁹ Joseph F. Johnston, *Natural Law on the Fiduciary Duties of Business Managers*, *Journal of Market and Morality*, Volume 8, Number 1 (Spring 2005) 21 b- 51. Washington DC., hlm. 37.

⁵⁰ Bryan A. Garner dalam *Black's Law Dictionary*, seventh edition, West Group USA, 1999, hlm 523, mendefinisikan *Fiduciary Duty* sebagai "A duty of utmost good faith, trust, confidence, and candor owed by a fiduciary (such as a lawyer or corporate officer) to the beneficiary (such as a lawyer's client or a shareholder); a duty to act with the highest degree of honesty and loyalty toward another person (such as the duty that one partner owes to another).

yang menerima kepercayaan tersebut (*Fiduciary*). Teori agensi memberikan pandangan bahwa para pendiri atau pemegang saham perusahaan dapat membuat perjanjian yang seimbang antara prinsipal (pemegang saham) dan agen (direksi). Teori agensi juga menekankan pentingnya pengelolaan perusahaan diserahkan kepada tenaga-tenaga profesional yang lebih paham dalam menjalankan bisnis sehari-hari.

Tentu saja direksi menjalankan tugasnya demi kepentingan perusahaan, dan mereka diberikan keleluasaan dalam menjalankan manajemen perusahaan. Semakin besar keuntungan yang diraih perusahaan, semakin besar pula manfaat yang diperoleh direksi. Pemegang saham akan memantau pengelolaan perusahaan yang dilakukan oleh manajemen untuk memastikan bahwa manajemen atau direksi tetap menjalankan kewajiban sesuai prinsip-prinsip kewajiban fidusia yang diemban.

Prinsip kewajiban fidusia pada hakikatnya berakar dari hukum *trust* (amanah). Namun demikian, pengertian kewajiban fidusia telah berkembang jauh melampaui cakupan hukum *trust*, karena kewajiban fidusia sudah mencakup kewajiban direksi kepada perusahaan dan pemegang saham perusahaan. Mengutip

definisi dari Austin Scott, Johnston mengemukakan Penerima fidusia sebagai “*a person who undertakes to act in the interest of another person*”⁵¹ (Penerima fidusia adalah orang yang menjamin akan bertindak untuk kepentingan orang lain; Terjemahan bebas oleh Penulis) Dalam hubungan dengan kewajiban fidusia, pihak penerima fidusia diberikan kekuasaan atau kontrol atas hak milik pihak pemberi fidusia dengan harapan bahwa pihak penerima fidusia akan menjalankan kekuasaan tersebut untuk kepentingan pemberi fidusia.

Penerapan prinsip kewajiban fidusia yang bersumber dari hukum *trust* kedalam hukum perusahaan yang menjadi landasan kedudukan direksi dapat ditemui pada putusan pengadilan yang terkenal dalam perkara Guth v. Loft Inc. 5 A.2d.503(Del.1939.)⁵² Dalam putusan tersebut hakim yang memutuskan perkara menyatakan bahwa :

Corporate officers and directors are not permitted to use their positions of trust and confidence to further their private interest. While technically not trustee, they stand in a fiduciary relation to the corporation and its stockholders. A public policy, existing through the years,

⁵¹ Lihat Joseph F. Johnston Jr., *op.cit*, hlm. 28.

⁵² Wahyu Kumiawan, *Corporate Governance Dalam Aspek Hukum Perusahaan*, 2012, hlm. 74.

*and derived from a profound knowledge of human characteristics and its motives, has established a rule that demands of a corporate officer or director, preemptorily and inexorably, the most scrupulous observance of his duty, not only affirmatively to protect the interest of the corporation committed to his charge, but also to refrain from doing anything that would work injury to the corporation, of to deprive it of profit or advantage which his skill and ability might properly bring to it, or to enable it to make in the reasonable and lawful exercise of its powers*⁵³.

(Pejabat perusahaan dan direksi tidak diizinkan untuk menggunakan posisi kepercayaan dan keyakinan mereka untuk memajukan kepentingan pribadi mereka. Meskipun secara teknis bukan *trustee*, mereka berdiri dalam hubungan kepercayaan dengan korporasi dan pemegang saham. Sebuah kebijakan publik, yang ada selama bertahun-tahun, dan berasal dari pengetahuan yang mendalam tentang karakteristik manusia dan motif nya, telah membentuk aturan yang menuntut seorang pejabat perusahaan atau direktur, segera dan tak terelakkan, ketaatan yang tinggi dari tugasnya, tidak hanya secara afirmatif untuk melindungi kepentingan korporasi terkait dengan tanggung jawabnya, tetapi juga untuk menahan diri dari melakukan sesuatu yang akan merugikan korporasi, mengakibatkan hilangnya laba atau keuntungan yang mana keterampilan dan kemampuannya mungkin secara tepat telah memungkinkan itu terjadi, atau untuk memungkinkan untuk terjadi dalam pelaksanaan kekuasaan yang wajar dan sah; Terjemahan bebas oleh Penulis).

⁵³ *Ibid.*

Dari kutipan putusan pengadilan tersebut dapat dipahami bahwa direksi tidak diperbolehkan untuk menggunakan posisinya atau kepercayaan yang diberikan kepadanya, untuk kepentingan pribadinya. Walaupun direksi secara teknis bukan *trustee* menurut hukum *trust* akan tetapi direksi memiliki hubungan fidusia dengan perusahaan. Dengan demikian, direksi bukan hanya berkewajiban melindungi kepentingan perusahaan, namun direksi harus pula mampu menahan diri dari perbuatan-perbuatan yang dapat merugikan perusahaan.

Untuk melihat perbedaan lebih jauh antara hukum *trust* dan kewajiban fidusia dapat diuraikan bahwa, dalam konsep hukum *trust*, pemilik harta menyerahkan langsung hartanya untuk diurus oleh *trustee*, sedangkan dalam konsep kewajiban fidusia direksi perusahaan, harta pemegang saham diserahkan kepada perusahaan, dan perusahaan menunjuk direksi untuk mengurus perusahaan berdasarkan prinsip-prinsip kewajiban fidusia. Namun demikian, prinsip-prinsip kewajiban kesetiaan (*duty of loyalty*) dan kewajiban kehati-hatian (*duty of care*), yang bersumber dari hukum *trust* berlaku pula bagi kewajiban fidusia

direksi perusahaan.⁵⁴ Aspek lain yang lebih penting adalah bahwa dalam konsep *trust* hak-hak hukum (*legal rights*) atas harta tersebut beralih kepada *trustee* sedangkan pemberi fidusia akan menerima hak-hak manfaat (*equitable right*)⁵⁵. Seipp selanjutnya mengemukakan perbedaan antara konsep *trust* dan kewajiban fidusia dengan mengatakan bahwa:⁵⁶

Trust is an expectation that others will act in one's own interest. Trust also has a specialized meaning in Anglo-American Law, denoting an arrangement by which land or other property is managed by one party, a trustee, on behalf of another party, a beneficiary. Fiduciary duties are duties enforced by law and imposed on persons in certain relationships requiring them to act entirely in the interest of another, a beneficiary and not in their own interest.

(Kepercayaan adalah harapan bahwa orang lain akan bertindak sesuai dengan kepentingan sendiri. Trust juga memiliki arti khusus dalam hukum Anglo-American, yang menunjukkan pengaturan yang menjadi dasar bagi tanah atau kekayaan dikelola oleh satu pihak, wali, atas nama pihak lain, penerima manfaat. Kewajiban fidusia adalah kewajiban yang ditegakkan oleh hukum dan dibebankan pada orang-orang dalam hubungan tertentu yang mengharuskan mereka untuk bertindak sepenuhnya untuk kepentingan orang lain, penerima manfaat dan tidak dalam kepentingan mereka sendiri. Terjemahan bebas oleh Penulis).

⁵⁴ Lihat Gunawan Widjaja dalam *Transplantasi Trust dalam KUH Perdata, KUHD dan Undang-undang Penanaman Modal*, PT Rajagrafindo Indonesia, Jakarta, 2008, hlm. 89.

⁵⁵ David J. Seipp, dalam *Trust and Fiduciary Duty In The Early Common law*, Boston *Law Review* Vo. 91:1011, 2011,

⁵⁶ *Ibid*

Konsep *trust* meniscayakan *trustee* sebagai pemilik secara hukum, sedangkan dalam konteks hukum perusahaan, direksi sebagai penerima kewajiban fidusia, bukanlah pemilik melainkan pengurus perusahaan⁵⁷.

Prinsip kewajiban fidusia direksi akan memberikan perlindungan bagi pemegang saham dan perusahaan, karena pemegang saham dan perusahaan tidak dapat sepenuhnya melindungi dirinya dari tindakan direksi yang merugikan perusahaan dan pemegang saham. Dengan kewajiban fidusia, direksi berkewajiban melindungi kepentingan perusahaan dan pemegang saham, sebagaimana tersebut di atas.

Pada umumnya kewajiban fidusia direksi dibagi menjadi dua komponen utama, yaitu kewajiban kehati-hatian (*duty of care*) dan kewajiban kesetiaan (*duty of loyalty*). Kewajiban kehati-hatian (*Duty of care*) pada dasarnya merupakan kewajiban direksi untuk tidak bertindak lalai, menerapkan ketelitian tinggi dalam mengumpulkan informasi yang dipergunakan untuk membuat keputusan bisnis, dan menjalankan kepengurusan bisnis dengan penuh kepedulian dan kehati-hatian yang rasional.

⁵⁷ *Op.cit.*, hlm. 87.

Kewajiban kesetiaan mencakup kewajiban direksi untuk tidak menempatkan kepentingan pribadinya dalam melakukan transaksi bisnis perusahaan. Kewajiban kesetiaan dapat pula dipahami sebagai kewajiban untuk bertindak tanpa rasa egois atau kewajiban fidusia untuk mengutamakan pemberi fidusia-nya⁵⁸.

2. Landasan Konsep

Perbedaan penafsiran tentang istilah-istilah yang dipergunakan dalam penulisan ini harus dihindari, untuk itu perlu diberikan definisi operasional dari istilah-istilah sebagai berikut:

Perseroan terbatas, yang selanjutnya disebut perseroan atau perusahaan, atau korporasi adalah badan hukum yang merupakan persekutuan modal, didirikan berdasarkan perjanjian, melakukan kegiatan usaha dengan modal dasar yang seluruhnya terbagi dalam saham dan memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam UUPT 2007 serta peraturan pelaksanaannya⁵⁹.

⁵⁸ Ridwan Khairandy, *op.cit*, hlm. 206-207.

⁵⁹ Pasal 1 ayat 1 UUPT

Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) adalah organ perseroan yang mempunyai wewenang yang tidak diberikan kepada direksi atau dewan komisaris dalam batas yang ditentukan dalam UUPT dan/atau anggaran dasar.⁶⁰

Direksi adalah organ perseroan yang berwenang dan bertanggungjawab penuh atas pengurusan perseroan untuk kepentingan perseroan, sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan serta mewakili perseroan baik di dalam maupun di luar pengadilan sesuai dengan ketentuan anggaran dasar.⁶¹

Dewan Komisaris adalah organ perseroan yang bertugas melakukan pengawasan secara umum dan atau khusus serta memberikan nasihat kepada direksi⁶².

Pemegang Saham Minoritas adalah satu atau beberapa pemegang saham yang jumlah sahamnya kurang dari 50 persen dari jumlah seluruh saham dengan hak suara yang sah⁶³.

⁶⁰ Pasal 1 ayat 4 UUPT.

⁶¹ Pasal 1 ayat 5 UUPT

⁶² Pasal 1 ayat 6 UUPT

⁶³ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, West Group, ST, Paul MN, 1999 hlm. 1381 mengemukakan pengertian pemegang saham minoritas sebagai "A shareholder who owns less than half the total shares outstanding and thus can not control the corporation 's management or singlehandedly elect directors."

Perlindungan Hukum adalah perlindungan yang diberikan terhadap pemegang saham minoritas baik berupa perlindungan legislati maupun perlindungan yudisial menurut UUPT 2007.

Gugatan Derivatif (*Derivative Action*) adalah gugatan yang diajukan oleh pemegang saham atas nama perseroan yang mewakili paling sedikit 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara ke Pengadilan Negeri, terhadap anggota Direksi yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada perseroan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 97 ayat 6 UUPT Tahun 2007.

E. Metode Penelitian

Penelitian ini mempergunakan metode penelitian juridis normatif, yaitu penelitian yang mengkaji permasalahan hukum dari sudut pandang ilmu hukum secara mendalam terhadap norma-norma hukum. Oleh karena itu, kajian dalam penelitian ini tidak lepas dari lapisan dogmatika hukum yaitu pada konsep dan teknis juridis (*Technischjuridisch begrippen*). Dalam hal ini yang dimaksud dogmatik hukum adalah ilmu hukum dalam arti sempit yang bertitik

fokus pada analisis hukum positif, pengertian-pengertian dalam peraturan perundang-undangan, konsep-konsep hukum dan asas-asasnya, teori-teori hukum dan dari segi filsafat hukum⁶⁴.

Berkaitan dengan hal tersebut Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji mengemukakan bahwa penelitian terhadap asas-asas hukum dilakukan terhadap kaidah-kaidah hukum sebagai pedoman perilaku. Penelitian tersebut dapat (terutama) dilakukan terhadap bahan-bahan hukum primer dan sekunder sepanjang bahan-bahan memuat kaidah-kaidah hukum.⁶⁵

Hal tersebut sejalan pula dengan pandangan yang dikemukakan oleh Hadin Muhjad dan Nunuk Nuswardani mengutip kesimpulan Arief Sidharta bahwa:

Obyek telaah ilmu hukum adalah hukum positif yang berlaku di suatu negara tertentu (pada waktu tertentu (hukum yang berlaku di sini sekarang), yakni sistem konseptual asas-asas hukum, kaidah-kaidah hukum dan putusan-putusan hukum produk kesadaran hukum dan politik hukum yang bagian pentingnya dipositifkan oleh pengemban kewenangan (otoritas) hukum dalam negara yang bersangkutan, serta

⁶⁴. Hadin Muhjad dan Nunuk Nuswardani, *Penelitian Hukum Indonesia Kontemporer*, Genta Publishing, Yogyakarta 2012, hlm. 11.

⁶⁵. Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian hukum Normatif*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta 1983, hlm. 62.

lembaga-lembaga hukum untuk mengaktualisasikan sistem konseptual tersebut⁶⁶.

Adapun bahan hukum dalam penulisan ini bersumber dari bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan, terutama Undang-undang Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, serta peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait, demikian pula putusan-putusan pengadilan baik di Indonesia maupun di luar negeri mengenai perkara *Derivative Action*.

Selain bahan hukum primer sebagaimana disebutkan di atas, juga digunakan bahan hukum sekunder berupa buku-buku teks, artikel-artikel dalam berbagai majalah ilmiah atau jurnal hukum, makalah-makalah dan literatur pendapat para sarjana (doktrin), atau hasil karya tulis lain lainnya yang berkaitan dengan masalah *Derivative Action*.

Hal tersebut sejalan dengan pendapat E. Campbell bahwa penelitian normatif dikategorisasi menjadi 2 (dua) bagian yaitu: *The primary sources consists of the authoritative records of the law made by the law-making authoritatives. The secondary sources comprise*

⁶⁶ Hadin Muhjad dan Nunuk Nuswardani, *op.cit.* hlm. 17

*all of the publication that pertain to law which are not themselves authoritative records of legal rules*⁶⁷.

(Sumber utama terdiri dari catatan otoritatif hukum yang dibuat oleh pembuat undang-undang yang otoritatif. Sumber-sumber sekunder terdiri dari semua publikasi yang berkaitan dengan undang-undang yang bukan merupakan catatan otoritatif aturan hukum. Terjemahan bebas oleh Penulis).

Untuk menuntun dan mendukung arah penelitian yuridis normatif tersebut, peneliti akan menggunakan pendekatan-pendekatan sebagai berikut:⁶⁸

1. Pendekatan Perundang-undangan (*Statute Approach*)

Mengkaji konsistensi dasar filosofis dalam Undang-undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) yang terdiri dari Pembukaan dan Batang Tubuh UUD 1945, dan Undang-undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, khususnya ketentuan Pasal 97 ayat (6) sebagai dasar filosofis dan legislasi pengkajian perlindungan terhadap pemegang saham minoritas melalui gugatan derivatif;

⁶⁷ Hadin Muhjad dan Nunuk Nuswardani, *op. cit.*, hlm.37

⁶⁸ Lihat Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta 2006, hlm. 137.

2. Pendekatan Konseptual (*Conceptual Approach*).

Menggunakan pendekatan konseptual⁶⁹, Peneliti akan mengkaji dan mengidentifikasi konsep *Derivative Action* tersebut dalam UUPT 2007 dengan mengacu pada konsep *Derivative Action* yang telah berkembang di negara-negara *Common Law*.

2. Pendekatan Perbandingan (*Comparative Approach*).

Menggunakan pendekatan perbandingan,⁷⁰ Peneliti akan menganalisis persamaan dan perbedaan *Derivative Action* di lima negara dengan sistem hukum *Common Law* dan lima negara dengan sistem hukum *Civil law*, terutama dalam aspek konsep dan prinsipnya.⁷¹

⁶⁹ Peter Mahmud Marzuki dalam *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada, Jakarta 2006, hlm. 138, menyatakan bahwa, "...sebenarnya dalam menggunakan pendekatan konseptual, peneliti perlu merujuk prinsip-prinsip hukum. Prinsip-prinsip ini dapat ditemukan dalam pandangan-pandangan sarajana ataupun doktrin-doktrin hukum. Meskipun tidak secara eksplisit, konsep hukum juga dapat ditemukan dalam undang-undang. Hanya saja, dalam mengidentifikasi prinsip tersebut, peneliti terlebih dahulu memahami konsep tersebut melalui pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang ada".

⁷⁰ Menurut Michael Bogdan, perbandingan hukum memungkinkan seorang yuris untuk melihat sistem hukum di negerinya sendiri dari sudut pandang yang baru dengan jarak tertentu. Lewat perspektif baru ini, akan diperoleh pemahaman yang lebih baik mengenai fungsi dan nilai-nilai fenomena hukum yang sudah dikenal baik dalam hukum di negerinya sendiri. Lihat lebih lanjut Michael Bogdan, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, terjemahan oleh Derta Sri Widowati, Bandung: Penerbit Nusa Media, 2010.

⁷¹ Menurut Peter De Cruz, metode hukum perbandingan akan semakin berguna dalam artian praktis bagi para praktisi modern dan terkini. Penggunaan hukum komparatif telah menjadi bagian inti dari hukum privat internasional (hukum-hukum konflik), dan jika terdapat begitu

F. Sistematika Penulisan

Bab kesatu berupa pendahuluan, menguraikan latar belakang, rumusan masalah, tujuan dan manfaat penelitian, kerangka teori dan konsep, metodologi penelitian dan sistematika penulisan.

Bab kedua akan memaparkan mengenai konsep-konsep umum tentang kepemilikan saham di perusahaan dan tanggungjawab direksi. Berbagai teori tentang korporasi termasuk tentang teori pemisahan kepemilikan dan pengendalian perusahaan. Dalam bab ini pula dilakukan kajian analitis tentang tugas dan tanggungjawab atau fiduciary direksi perseroan dan doktrin-doktrin lainnya yang terefleksi dalam norma-norma hukum perseroan di Indonesia.

Bab ketiga akan menguraikan metode penelitian yang dipergunakan dalam penulisan disertasi ini.

banyak sistem yang telah mencangkokkan dan meminjam begitu banyak konsep dari sistem-sistem hukum utama dan mengadaptasikannya, maka akan semakin penting untuk memperbaharui informasi dengan serangkaian tradisi dan doktrin, bukan hanya karena kerjasama interregional dan perdagangan yang semakin erat, tetapi juga karena didirikannya firma-firma hukum transnasional, litigasi transnasional, dan semakin berkembangnya pengaruh korporasi-korporasi Amerika Serikat di sejumlah negara lainnya, rancangan kontrak-kontrak transnasional, dan pengelolaan kredit internasional. Lihat Peter De Cruz, *Perbandingan Sistem Hukum, Common Law, Civil Law dan Socialist Law*. Terjemahan oleh Narulita Yusron, Penerbit Nusa Medika, Jakarta, 2010, hlm. 32.

Bab keempat akan memfokuskan pembahasan tentang perbandingan konsep, aturan dan prinsip-prinsip *derivative action* di masing-masing lima negara *common law* yaitu, Amerika Serikat, Kanada, Inggris, Australia dan Singapura, dan lima negara *civil law* yaitu, Perancis, Italia, Jepang, China dan Indonesia .

Bab kelima sebagai bab penutup, akan menyajikan Kesimpulan yang ditarik oleh Peneliti berdasarkan analisis pembahasan dalam bab-bab sebelumnya. Dalam bab ini pula, Peneliti menyajikan saran yang terkait dengan obyek Penelitian yang merupakan tindak lanjut dari kesimpulan tersebut.

BAB II

TANGGUNGJAWAB DIREKSI DAN PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS

A. Kepribadian Hukum (*Legal Personality*) Perusahaan

1. Pemisahan Kepemilikan dan Kepengurusan Perusahaan.

Prinsip tanggungjawab direksi dan doktrin pemisahan kepemilikan dan kepengurusan perusahaan (*separation of ownership and management doctrine*), tidak dapat dilepaskan dari teori badan hukum (*Entity Theory*).

Teori badan hukum muncul dan berkembang pada sekitar tahun 1900-an ketika korporasi yang masih berbentuk persekutuan yang primitif, digantikan oleh korporasi yang dikendalikan oleh suatu manajemen yang terpusat. Sejak saat itu, korporasi berubah karakter dan memiliki eksistensi yang kuat. Korporasi tidak lagi dianggap identik dengan pendirinya, melainkan menjadi entitas yang mandiri, tindakan-tindakannya juga diakui independen sebagai produk organisasi dan manajemen.

Perkembangan teori badan hukum sebagaimana dicatat oleh Zou Ping *et al.*, diawali dengan suatu prsedn bahwa pada tahun 1897 permasalahan tanggungjawab terbatas dan kepribadian hukum perusahaan, diselesaikan oleh institusi hukum tertinggi di Inggris dalam kasus *Salomon vs Salomon*. *The House of Lords* Inggris memutuskan bahwa individu dapat mengatur permasalahan mereka sesuai apa yang dikehendaki, dan jika mereka hendak melakukan hal tersebut melalui korporasi, mereka berhak atas perlindungan tanggungjawab terbatas sepanjang pendirian korporasi tersebut sesuai dengan ketentuan formal dari peraturan perundang-undangan yang relevan. Perusahaan dan pemegang saham adalah terpisah, dan pengadilan tidak berhak untuk menerobos hubungan ini atas dasar keadilan.⁷² Dapat dikatakan, bahwa kepribadian hukum yang terpisah bersumber dari fakta bahwa suatu korporasi adalah terpisah dari pemegang sahamnya dan karenanya mereka tidak bertanggungjawab atas hutang-hutang perusahaan. Putusan

⁷² Lihat Zou Ping *et.al*, *Corporate Governance: A Summary Review on Different Theory Approach*, *International Research Journal of Finance and Economics*. EuroJournal Publishing, Inc. Issue 68, 2011., hlm.8., <http://www.eurojournals.com/finance.htm>.

dalam kasus ini telah menjadi prinsip fundamental bagi hukum perusahaan Inggris.⁷³

Mengenai karakter korporasi, Dejnozka⁷⁴ menguraikan dengan meyakinkan bahwa korporasi adalah suatu ciptaan dengan atribut-atribut yang tidak bisa ditemukan pada manusia yang notabene merupakan komponen korporasi itu sendiri. Korporasi menurut Dejnozka merupakan sesuatu yang nyata, bukan merupakan sesuatu entitas buatan dari teori fiksi. Korporasi adalah suatu entitas atau badan, bukan konsep yang bersifat imajiner atau hayalan, bukan pula merupakan sesuatu yang artifisial, melainkan bersifat alamiah.

Penggunaan kata “alamiah” dalam konteks tersebut, adalah untuk membedakan dengan teori konsesi sebagaimana disinggung dalam bab terdahulu. Mengutip Phillip, Dejnozka menyatakan, hukum tidak menciptakan korporasi melainkan hanya mengakui eksistensinya yang independen.⁷⁵ Teori badan hukum ini baik secara konseptual maupun secara praktis memiliki konsekuensi tersendiri.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Jan Dejnozka, *Corporate Entity, Book Manuscript* 2007, [www. members.tripod.com/jan_dejnozka/corporate_entity_book.](http://www.members.tripod.com/jan_dejnozka/corporate_entity_book/), hlm. 9.

⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 10

Mengutip Horwitz, Dejnozka mengemukakan bahwa teori badan hukum memiliki setidaknya enam konsekuensi praktis atau kecenderungan yang mendorong pertumbuhan bisnis, sebagai berikut:⁷⁶

(1) Merupakan konsekuensi dari teori badan hukum adalah bahwa landasan pengaturan korporasi harus ditemukan dalam korporasi itu sendiri, dan bukan dalam penciptaannya oleh negara sebagaimana didalilkan oleh teori konsesi/fiksi, dan bukan pula dalam penciptaan korporasi melalui perjanjian antar-individual sebagaimana didalilkan oleh teori agregat/persekutuan. Teori badan hukum bersifat unik untuk menentukan dari mana korporasi itu berasal, bagaimana prosesnya menjadi ada, hal mana penting untuk menentukan bagaimana mengaturnya dengan baik.

(2). Teori badan hukum menjustifikasi kekuasaan besar dan terpusat bagi korporasi. Teori ini berargumentasi bahwa terdapat hanya beberapa orang yang merupakan pengendali utama perusahaan. Sementara teori agregat cenderung melegitimasi

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 27

banyak individu pemegang saham yang merupakan pengendali utama perusahaan.

(3). Teori badan hukum menjustifikasi persyaratan suara mayoritas dari pemegang saham untuk melakukan merger dan konsolidasi, sementara teori agregat cenderung untuk mensyaratkan suara bulat penuh dari pemegang saham. Dengan demikian, teori badan hukum amat berperan memajukan tindakan efektif.

(4) Teori badan hukum membantu melindungi tanggungjawab pemegang saham. Dengan menetapkan korporasi sebagai entitas atau badan independen, maka tanggungjawab dari badan hukum tersebut terpisah dari tanggungjawab pemegang saham. Melindungi pemegang saham dari tanggungjawab terhadap kreditor, perbuatan melawan hukum, dan pihak-pihak lain yang dirugikan, merupakan faktor yang sangat penting dalam memajukan investasi dalam korporasi.

(5). Teori badan hukum membantu mengakhiri masalah *ultra vires*, yang menggariskan bahwa adalah tidak sah bagi korporasi untuk bertindak di luar apa yang diperbolehkan oleh negara melalui piagam atau pengesahan yang dibuat.

(6) Teori badan hukum membantu kebebasan mobilitas dari korporasi. Sebab pada hakikatnya korporasi tidak diciptakan oleh suatu hukum negara tertentu, sehingga memiliki fleksibilitas dalam mobilitasnya.

Dejnozka⁷⁷ secara spesifik menyatakan bahwa, meskipun korporasi mempunyai suatu struktur inti, namun memandang korporasi sebagai inti yang metafisik, adalah tidak tepat dan bahkan menyesatkan. Dari sudut pandang ontologis, hal terpenting dari korporasi adalah bahwa korporasi mempunyai konstituen yang ditempatkan kedalam struktur. Mengutip Hegel dan Marx, Dejnozka memandang bahwa korporasi adalah lebih nyata (*real*) dibanding manusia, sebab korporasi seluruhnya adalah terdiri dari manusia sebagai organnya. Setidak-tidaknya, korporasi adalah nyata seperti nyatanya manusia.⁷⁸

Lebih lanjut Dejnozka menyampaikan teori yang dibangun sendiri mengenai entitas korporasi sebagai berikut:⁷⁹

My theory is that a corporate entity is a legally authorized, physically embodied structure of human and non human asset-constituents which serve as its scattered

⁷⁷ *Ibid.*, hlm.71.

⁷⁸ *Ibid.*, hlm.71

⁷⁹ *Ibid.*, hlm.71.

body (corpus). This entity is unconscious and impersonal, but serves as protective legal mask or veil collectively worn by its agents, controller, and shareholders in the business world and in the courtroom. In the courtroom, the corporate veil may be pierced in the interest of justice. The normal legal protection of the mask is limited liability, ie. Liability limited to the extent of corporate funds or, in the case of shareholders, to the extent of their investment. In that this mask is a legally recognized person, many cognitive and activity verbs may be applied to the corporate entity in their literal sense, but not with literal reference. The mask of legal personhood is a fiction, a mere object of public thought and discourse. But the corporate entity behind the mask is a physically real artifact composed of human and non human assets. Not all of its nonhuman assets need be concrete-financial credit, fiduciary obligation, and the intangible aspects of corporate good will are arguably abstract. Thus corporations are ontological entities but are not all literally persons. My theory is fairly complex. But I do not see any simpler theory will adequately account for the legal and ontological facts.

(Teori saya adalah bahwa entitas perusahaan merupakan susunan unsur-unsur yang sah secara hukum, secara fisik terdiri dari aset manusia dan aset bukan manusia yang merupakan badan perusahaan yang tersebar (*corpus*). Entitas ini tidak sadar dan bukan orang, tetapi berfungsi sebagai masker pelindung hukum atau tabir yang secara kolektif dikenakan oleh agen, kontroller, dan pemegang saham dalam dunia bisnis dan di ruang pengadilan. Di ruang pengadilan, tabir perusahaan dapat ditembus demi kepentingan keadilan. Perlindungan hukum dari tabir tersebut adalah brupa tanggungjawab terbatas. Yaitu, tanggungjawab terbatas sebesar dana perusahaan atau, dalam hal pemegang saham, sebesar besar investasi mereka. Dalam tabir ini adalah orang yang diakui secara hukum, banyak kata kerja kognitif dan aktivitas dapat diterapkan pada entitas perusahaan dalam arti literal mereka, tapi tidak dengan referensi literal. Tabir

kepribadian hukum adalah fiksi, objek hanya pemikiran publik dan wacana . Tapi entitas perusahaan di balik tabir adalah artefak fisik nyata terdiri dari aset manusia dan non manusia. Tidak semua kebutuhan aset non-manusia berupa kredit keuangan bersifat konkret, kewajiban fidusia, dan aspek-aspek tak berwujud berupa goodwill perusahaan, bisa dibilang abstrak. Dengan demikian perusahaan merupakan entitas ontologis tapi tidak semua merupakan manusia dalam arti harfiah. Teori saya adalah cukup kompleks. Tapi saya tidak melihat adanya suatu teori yang lebih sederhana yang secara memadai akan menjelaskan fakta hukum dan ontologis; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Teori badan hukum merupakan sumber lahirnya konsep pemisahan kepemilikan dan kontrol atau pengelolaan perusahaan. Dengan demikian konsep ini merupakan inti dari teori badan hukum sebagaimana telah diuraikan pada bab sebelumnya.

Konsep pemisahan kepemilikan dan kontrol (*Separation of Ownership and Control*) pertama kali di populerkan oleh Adolf A. Berle dan Gardiner C. Means, pada tahun 1932 dalam bukunya yang terkenal *Modern Corporation and Private Property*.⁸⁰ Pemikiran dasar dari konsep ini adalah bahwa pemegang saham yang tersebar tidak memiliki insentif atau perhatian untuk secara efektif mengontrol manajemen perusahaan – direksi dan manajer– dan bahwa direksi sangat

⁸⁰ Lihat Henry N. Butler, *The Contractual Theory of the Corporation*, <http://www.law.northwestern.edu/faculty/fulltime/bu.>, hlm. 101.

mungkin akan bertindak untuk kepentingannya sendiri, ketimbang untuk kepentingan pemegang saham⁸¹.

Menurut Hamilton, konsekuensi dari konsep pemisahan kepemilikan dan kepengurusan perusahaan adalah, entitas perusahaan memiliki haknya sendiri dan bertanggungjawab atas hutang-hutangnya, dan pemegang saham secara pribadi tidak bertanggungjawab⁸².

Berdasarkan hal tersebut di atas, elemen utama suatu entitas atau badan hukum perseroan adalah unsur "*separate patrimony*". Sebagai badan hukum,⁸³ perseroan memiliki harta kekayaan tersendiri dan terpisah dari kekayaan pemegang saham. Selain itu, tanggungjawab pemegang saham bersifat terbatas. Prinsip ini melindungi aset perusahaan terhadap klaim kreditor pemegang saham. Sebaliknya, tanggungjawab terbatas melindungi aset dari pemegang saham perusahaan terhadap klaim para kreditor perusahaan. Pembatasan tanggungjawab

⁸¹ *Ibid*

⁸² Robert W. Hamilton, *The Law of Corporation In A Nutshell, fourth edition, ST. Paul Minn, USA: West Group, 2000* hlm.47

⁸³ Mengutip Colley et al, Zou Ping mengemukakan bahwa korporasi memiliki tiga ciri khas yang menjadikannya sebagai bentuk yang menarik untuk penentuan badan hukum dari suatu bisnis yaitu, jangka waktunya yang tidak terbatas, terbatasnya tanggungjawab pemilik, dan kepemilikan yang dapat terbagi yang memungkinkan pengalihan kepemilikan tanpa mengganggu struktur organisasi. Lihat Zou Ping, *loc.cit*.

pemilik dan pengurus perusahaan membedakan perseroan dari bentuk organisasi perusahaan lainnya.⁸⁴

Prinsip pemisahan kepemilikan dan kepengurusan juga dianut oleh UUPT 2007 sebagaimana tercermin dalam ketentuan pasal 3 ayat (1) UUPT 2007 sebagai berikut:

*Pemegang saham perseroan tidak bertanggungjawab secara pribadi atas perikatan yang dibuat atas nama perseroan dan tidak bertanggungjawab atas kerugian perseroan melebihi saham yang dimiliki*⁸⁵.

Namun demikian, pembatasan tanggungjawab pemegang saham sebagaimana disebutkan pada ketentuan Pasal 3 ayat (1) UUPT 2007 tersebut di atas, tidak bersifat mutlak. Hal ini dapat dilihat pada ketentuan Pasal 3 ayat (2) UUPT 2007 yang menyatakan sebagai berikut:

Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku apabila:

a. Persyaratan Perseroan sebagai badan hukum belum atau tidak terpenuhi;

⁸⁴ Erman Rajagukguk, *Butir-butir Hukum Ekonomi*, Jakarta: Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2011, hlm. 191.

⁸⁵ Dalam Penjelasan ketentuan Pasal 3 ayat (1) UUPT tersebut dinyatakan "*Ketentuan dalam ayat ini mempertegas ciri Perseroan bahwa pemegang saham hanya bertanggungjawab sebesar setoran saham atas seluruh saham yang dimilikinya dan tidak meliputi harta kekayaan pribadinya*".

- b. Pemegang saham yang bersangkutan baik langsung maupun tidak langsung dengan itikad buruk memanfaatkan Perseroan untuk kepentingan pribadi;
- c. Pemegang saham yang bersangkutan terlibat dalam perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh Perseroan; atau
- d. Pemegang saham yang bersangkutan baik langsung maupun tidak langsung secara melawan hukum menggunakan kekayaan Perseroan, yang mengakibatkan kekayaan Perseroan menjadi tidak cukup untuk melunasi utang Perseroan.⁸⁶

Pengecualian-pengecualian sebagaimana disebutkan di atas, dalam hukum perseroan, dikenal dengan teori *piercing the corporate veil* (menyingkap tabir perseroan), yang berarti bahwa tanggungjawab perseroan dialihkan menjadi tanggungjawab pribadi pemegang saham, antara lain sebagai akibat pelanggaran terhadap prinsip pemisahan tanggung jawab kepemilikan dan pengurusan, sebagaimana diuraikan di atas⁸⁷.

⁸⁶ Dalam Penjelasan ketentuan Pasal 3 ayat (2) tersebut dinyatakan bahwa "*Dalam hal-hal tertentu tidak terdapat kemungkinan hapusnya tanggungjawab terbatas tersebut apabila terbukti terjadi hal-hal yang disebutkan di dalam ayat ini. Tanggungjawab pemegang saham sebesar setoran atas seluruh saham yang dimilikinya kemungkinan hapus apabila terbukti, antara lain terjadi pencampuran harta kekayaan pribadi pemegang saham dan harta kekayaan Perseroan sehingga Perseroan didirikan semata-mata sebagai alat yang dipergunakan pemegang saham untuk memenuhi tujuan pribadinya sebagaimana dimaksud dalam huruf b dan huruf d.*"

⁸⁷ Mengenai hal ini, Munir Fuadi dalam *Doktrin-doktrin Modern dalam Corporate Law dan Eksistensinya dalam Hukum Indonesia*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2010, hlm. 22, menyatakan bahwa pada prinsipnya secara klasik, dengan diterapkannya teori *piercing the corporate veil*, maka pihak pemegang sahamlah yang biasanya dimintai tanggungjawab atas kegiatan yang dilakukan oleh perseroan. Akan tetapi, dalam perkembangannya kemudian, dari

Dari apa yang digambarkan di atas mengenai entitas perusahaan, dapat dilihat bahwa karakteristik perusahaan sebagaimana digambarkan di atas, tercermin pada keberadaan lima struktur yang dimiliki oleh perusahaan yang berlaku secara universal, yaitu; (1) kepribadian hukum, (2) tanggungjawab terbatas, (3) saham yang dapat dialihkan, (4) pengelolaan yang terpusat di bawah suatu struktur dewan direksi, (5) kepemilikan terbagi berdasarkan kontribusi modal⁸⁸.

Melengkapi uraian tentang karakteristik entitas perusahaan sebagaimana diuraikan di atas, menarik pula diperhatikan apa yang diuraikan oleh Hamilton sebagai berikut⁸⁹:

- (a) *The existence of the corporation is not dependent on who the owners or investors are at any one time. If shareholders die, or decide to sell out, or what have you, the corporation continues to exist as a separate entity. In legal language, a corporation has continuity of life.*
- (b) *The corporation does not have a limited life span. Rather it has perpetual existense. One should not be misled, however, about what "perpetual existence*

penerapan teori *piercing the corporate veil* tersebut, beban tanggungjawab dipindahkan juga dari perseroan kepada pihak lainnya selain pemegang saham. Misalnya, beban tanggungjawab tersebut dipindahkan kepada direksi (antara lain sebagai akibat pelanggaran direksi terhadap *fiduciary duty*).

⁸⁸ Henry Hansmann and Reiner Kraakman, *What is Corporate Law?*, Yale Law School, Center for Law, Economics and Public Policy, Research Paper No. 300, hlm.5., <http://ssrn.com/abstract=568623>

⁸⁹ Robert Hamilton, *loc.cit.*

means: It does not really mean that all corporations continue until the end of time but rather that a corporation continues indefinitely until the owners decide to dissolve it or merge it into another business.

(c) The management of the corporation is vested in an independent body, the board of directors (which is elected by the shareholders), but not in the shareholders themselves. There is centralised management in a corporation. Indeed, shareholders as such have no right at all to interfere with the operations of the corporations (except for very specific rights such as a limited right to inspect the books and records of the corporations).

(d) The ownership interests of the shareholders may be sold or transferred to third persons without the approval or consent of the corporation or other shareholders. There is free transferability of interest in a corporation.

Terjemahan bebas oleh Penulis sebagai berikut:

(a) Keberadaan korporasi tidak tergantung pada siapa pemilik atau investor pada suatu waktu. Jika pemegang saham meninggal dunia, atau memutuskan untuk menjual, atau apa pun, korporasi tetap ada sebagai entitas yang terpisah. Dalam bahasa hukum, perusahaan memiliki kelangsungan hidup .

(b) Perusahaan tidak memiliki jangka waktu hidup yang terbatas, melainkan memiliki keberadaan abadi. Namun, seseorang tidak boleh disesatkan, tentang apa yang dimaksud "keberadaan abadi": Ini tidak berarti bahwa semua korporasi berlanjut sampai akhir waktu melainkan bahwa korporasi terus tanpa batas waktu sampai pemilik memutuskan untuk membubarkan atau bergabung ke bisnis lain.

(c) Pengelolaan korporasi berada di tangan badan independen, dewan direksi (yang dipilih oleh pemegang saham), tetapi tidak dalam pemegang saham itu sendiri. Ada manajemen terpusat dalam suatu korporasi. Memang, pemegang saham sudah tidak punya hak sama sekali untuk mencampuri operasional perusahaan (kecuali untuk hak-hak yang sangat spesifik seperti hak terbatas untuk memeriksa buku-buku dan catatan korporasi.

(d) Kepentingan kepemilikan pemegang saham dapat dijual atau dialihkan kepada pihak ketiga tanpa persetujuan dari perusahaan atau pemegang saham lainnya. Ada kebebasan untuk mengalihkan kepentingan dalam perusahaan.

Sebagaimana digambarkan di atas, salah satu hal yang penting dan relevan dari teori badan hukum adalah penegasan terpisahnya antara kepemilikan dan kepengurusan. Terkait dengan hal tersebut, menurut Peneliti setidaknya ada tiga hal pokok yang relevan dengan analisis terhadap *derivative action* dalam penelitian ini, yaitu:

(1) Dominasi atau campur tangan pemegang saham dalam kepengurusan perusahaan bertentangan dengan kepatutan, melawan prinsip keseimbangan (*fairness*), dan berpotensi menimbulkan ketidakadilan bagi pemegang saham lainnya;

(2) Keterpisahan tersebut secara konseptual memberikan justifikasi kepada pemegang saham yang tidak ikut mencampuri

masalah kepenguruan, untuk tampil bertindak mewakili perseroan dalam hal terdapat kecurangan sebagai akibat terjadinya campur tangan atau konspirasi antara pemegang saham mayoritas dan pengurus perusahaan.

(3). Campur tangan negara untuk memberikan status sebagai badan hukum dan mensahkan anggaran dasar perusahaan, sebagai bagian dari ajaran teori badan hukum, memperkuat alasan diperlukannya campur tangan pengadilan dalam hal terjadi penyimpangan terhadap prinsip-prinsip kewajiban fidusia yang diatur dalam anggaran dasar perusahaan tersebut. Hal tersebut sejalan dengan pendapat Butler sebagaimana disinggung sebelumnya bahwa teori badan hukum memang mendukung keterlibatan negara baik dalam bentuk regulasi maupun yudisial berupa litigasi pemegang saham.⁹⁰

Tak dapat dipungkiri, salah satu efek yang berpotensi dihadapi oleh pemegang saham adalah, bahwa pemisahan kepemilikan dan pengelolaan perusahaan dapat mendorong penyalahgunaan sumberdaya perusahaan oleh direksi untuk kepentingan pribadi. Efek dari pemisahan ini dapat pula

⁹⁰ Henry N. Butler, *loc.cit.*

memberikan rintangan yang signifikan bagi pemegang saham dalam mencari upaya hukum yang akan diambil terhadap direksi yang telah melakukan perbuatan yang salah dan merugikan perusahaan. Untuk itu, memelihara tata kelola perusahaan yang baik adalah penting untuk menjaga kepercayaan pemegang saham dan investor, sehingga sudah seharusnya ada cara yang efektif yang dapat menangkal perilaku salah dari direksi atau manajemen. Dalam konteks ini, sangat jelas relevansi *derivative action* yang bertujuan utama untuk meningkatkan akuntabilitas manajerial dengan jalan menangkal atau memberikan efek jera terhadap perilaku salah direksi dan merugikan perusahaan.⁹¹

2. Teori Agensi Sebagai Kelanjutan Teori Badan Hukum

Teori Agensi pada dasarnya merupakan kelanjutan atau pengembangan dari teori badan hukum. Teori Agensi membantu menjelaskan tentang hubungan kontraktual antara pihak yang mendelegasikan pengambilan keputusan tertentu dalam hal ini prinsipal/pemilik/ pemegang saham, dan pihak yang menerima pendelegasian tersebut dalam hal ini agen/direksi/ manajemen.

⁹¹ Ian M. Ramsay, *Litigation by Shareholders an directors: An Empirical study of the Statutory Derivative Action.*, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, The University of Melbourne, 2006, hlm. 16

Secara umum Teori Agensi menitikberatkan pada penentuan kontrak paling efisien yang mempengaruhi hubungan prinsipal dan agen.⁹² Teori agensi menganggap bahwa penggabungan kepemilikan dan pengendalian bukan merupakan syarat efisiensi kinerja perusahaan.⁹³ Perspektif ini menekankan aspek kesukarelaan dan sifat kontraktual perusahaan. Langkah pertama dalam memahami pendekatan orientasi pasar ini adalah mengenal lebih dekat bahwa pendekatan ini didasarkan atas asumsi, bahwa kepentingan utama dari pemegang saham adalah memaksimalkan nilai investasinya, dan bahwa hubungan kontraktual diantara para pengambil peran dalam suatu perusahaan, harus meyakinkan pemegang saham bahwa direksi atau manajer tidak akan menyalahgunakan kepentingan pemegang saham⁹⁴.

Hukum perusahaan Inggris sebenarnya sudah lama mengantisipasi bahwa direksi mungkin saja menyalahgunakan kepercayaan yang diberikan kepadanya, dan karenanya hukum perusahaan Inggris telah merespon hal tersebut dengan cara

⁹² Lihat Ridwan Khairandy dan Camelia Malik dalam *Good Corporate Governance, Perkembangan Pemikiran dan Implementasinya di Indonesia dalam Perspektif Hukum*, Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2007, hlm. 17.

⁹³ Lihat Henry N. Butler, *op.cit*, hlm. 109

⁹⁴ *Ibid*

menerapkan prinsip-prinsip kewajiban fidusia (*fiduciary duty*), yang mana hal tersebut telah diatur secara rinci dalam Bab X Undang-undang Perusahaan Inggris Tahun 1985.⁹⁵ Praktik tata kelola perusahaan Inggris telah berkembang lebih jauh dan memperkenalkan mekanisme tambahan untuk melindungi kepentingan pemegang saham dari penyalahgunaan atau kecurangan yang dilakukan oleh direksi.⁹⁶

Sebagai ilustrasi, James D. Cox⁹⁷ menggambarkan contoh yang menarik berdasarkan analisis ekonomik, bahwa dengan pemisahan manajemen dari kepemilikan dalam suatu perusahaan terbuka, direksi yang memegang saham dalam jumlah yang sedikit, akan tertarik untuk memaksimalkan keuntungan pribadi dari saham miliknya, ketimbang dari keuntungan perusahaan. Singkatnya, anggota direksi yang memiliki 0,5 % dari saham perusahaan, hanya mendapatkan \$ 50 dengan mengalokasikan dan mengarahkan suatu peluang bisnis baru senilai \$10,000 bagi perusahaan. Namun demikian, jika mengambil keuntungan secara eksklusif untuk dirinya, anggota

⁹⁵ Michael LP Lower, *op.cit.* hlm. 14.

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ James D. Cox., *REMEDIES, Compensation, Deterrence, and the Market as Boundaries for Derivative suit Procedures*, *The George Washington Law Review*, vol. 52:745. 1984., hlm.

direksi tersebut akan memperoleh tambahan sampai \$9,950 di atas yang seharusnya dia terima jika melaksanakan *fiduciary duty*.

Manajemen perusahaan yang dalam hal ini mencakup manajer senior dan direksi, pada hakikatnya merupakan agen dari pemegang saham. Dalam konteks ini, pemisahan antara kepemilikan dan kontrol dalam perusahaan menimbulkan hubungan agensi yang disebabkan karena manfaat dari hubungan agensi tersebut, melampaui besarnya ongkos hubungan yang terkait. Dengan kata lain, hubungan agensi timbul disebabkan karena prinsipal (pemegang saham), dan agen (direksi), keduanya sama-sama menikmati manfaat dari hubungan agensi tersebut.⁹⁸ Terlepas dari hal tersebut, analisis yang kritis dan pragmatis terhadap hubungan antara prinsipal dan agen, dapat pula digambarkan dengan ilustrasi bahwa, jika misalnya pemegang saham menginstruksikan direksi untuk melakukan kegiatan “a”, maka “a” termasuk dalam lingkup hubungan prinsipal-agen sebagai berikut.⁹⁹

⁹⁸ Lihat Henry N. Butler, *loc.cit*, hlm. 109

⁹⁹ Joseph Heath, *The Uses and the Abuses of Agency Theory in Business Ethics*, *Business Ethic Quarterly*, Volume 19, Issue: 4, October 2009. hlm. 35.

- (1) Jika “a” merupakan kewajiban bagi prinsipal, maka “a” juga merupakan kewajiban bagi agen.
- (2) Jika “a” diperbolehkan bagi prinsipal, maka “a” adalah wajib bagi agen.
- (3) Jika “a” dilarang bagi prinsipal, maka “a” dilarang bagi agen.

Butler mengidentifikasi beberapa titik singgung yang berpotensi menjadi sumber konflik antara pemegang saham dan direksi sebagai berikut:¹⁰⁰

(1) Upaya:

Perhatian utama teori agensi dan pemisahan kepemilikan dan kontrol adalah; apakah direktur mempunyai insentif atau motivasi untuk memaksimalkan upaya dalam rangka memaksimalkan keuntungan bagi pemegang saham.

(2) Wawasan:

Aspek ini merujuk kepada masalah bagaimana mendorong seorang anggota direksi bertindak untuk kepentingan pemegang saham, ketika anggota direksi yang bersangkutan

¹⁰⁰ Lihat Henry N. Butler, *loc.cit*

mendekati masa pensiun, atau akan meninggalkan perusahaan untuk pindah ke perusahaan lain.

(3) Penghindaran Risiko:

Direksi memiliki insentif atau motivasi untuk mencegah terjadinya kepailitan dengan cara apapun, namun pemegang saham dengan portfolio yang beragam, bersikap netral terhadap risiko tersebut. Dalam ketiadaan mekanisme tata kelola yang bersifat korektif, kepentingan direksi akan terjalin lebih dekat dengan kepentingan pemegang bond atau debitur ketimbang pemegang saham.

(4) Penggunaan hutang:

Meningkatnya penggunaan hutang dapat meningkatkan keuntungan perusahaan, namun bagi direksi yang tidak berani mengambil risiko mungkin tidak menginginkan meningkatnya risiko terkait dengan meningkatnya penggunaan hutang. Akan tetapi, pemegang saham lebih cenderung untuk mengambil risiko karena mereka lebih terampil dalam hal pengambilan risiko.

(5) Pembayaran Dividen:

Direksi yang tidak berani mengambil risiko mungkin lebih memilih menginvestasikan kembali keuntungan perusahaan dalam perusahaan, ketimbang mendistribusikan keuntungan tersebut kepada pemegang saham, meskipun pemegang saham dapat menggunakan keuntungan tersebut dalam usaha yang lebih produktif.

Teori agensi dalam kaitan dengan tata kelola perusahaan yang baik, dipandang sebagai teori yang memberikan pandangan terbaru, yaitu para pendiri perusahaan dapat membuat perjanjian yang seimbang antara prinsipal (pemegang saham) dan agen (direksi). Teori agensi menitikberatkan pentingnya pemegang saham perusahaan menyerahkan pengelolaan perusahaan kepada tenaga-tenaga profesional (agen) yang lebih terampil dalam menjalankan bisnis sehari-hari. Sebagaimana disebutkan terdahulu, teori agensi¹⁰¹ muncul sebagai konsekuensi dari fenomena terpisahnya antara kepemilikan dan pengelolaan atau pengendalian perusahaan, terutama perusahaan-perusahaan berskala besar.

¹⁰¹ Ridwan Khairandy, *op.cit.* hlm. 16.

Uraian yang dipaparkan di atas menggambarkan bahwa teori agensi sebenarnya juga menyoroti penerapan prinsip-prinsip kewajiban fidusia. Tentu saja tetap sejalan dan konsisten antara hubungan kontraktual pemegang saham dan direksi dalam rangka menciptakan parameter perilaku yang dapat diterima kedua belah pihak, dan penegakan prinsip kewajiban fidusia. Sesungguhnya, kontrak yang bersifat individual dan tersendiri tentu saja tidak efisien dan sangat rentan terhadap penyalahgunaan wewenang dan kecurangan. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa teori agensi memberi dukungan bagi pentingnya konsep *derivative action*¹⁰².

3. Teori Kumpulan Kontrak (*Nexus of Contracts Theory*)

Pada tahun 1980an, setelah sekitar lima puluh tahun tidak muncul teori baru mengenai korporasi, teori kumpulan kontrak kemudian muncul. Menurut teori ini, suatu perusahaan merupakan seperangkat kontrak yang diadakan dan mengikat di antara para pihak pada perusahaan. Ini merupakan bentuk dari teori agregat dimana kontrak-kontrak digabungkan secara bersama-sama, atau mungkin kontrak-kontrak dan kontraktor.

¹⁰² James D. Cox., *op.cit.*, hlm. 748

Tidak ada entitas yang diakui berada di atas atau di luar pihak-pihak perusahaan tersebut, dan tidak ada bentuk organisme korporasi yang diakui. Anggaran dasar perusahaan memberikan dasar-dasar hubungan kontraktual.¹⁰³

Hamilton melihat teori atau model kumpulan kontrak (*nexus of contract*) sebagai teori yang mengkonseptualisasikan perusahaan bukan sebagai entitas, melainkan sebagai kumpulan berbagai masukan yang bertindak bersama-sama untuk memproduksi barang dan jasa. Kayawan memberikan tenaga kerja. Kreditor memberikan pinjaman. Pemegang saham memasukkan modal dan pada akhirnya akan menanggung kerugian. Perusahaan hanya sekadar fiksi hukum yang mewakili sekumpulan hubungan kontraktual antara masukan-masukan tersebut. Dengan kata lain, perusahaan bukan merupakan sesuatu, melainkan sekumpulan kontrak baik implisit maupun eksplisit, yang menetapkan hak-hak dan kewajiban diantara berbagai input yang mewujudkan perusahaan tersebut.¹⁰⁴

Hamilton selanjutnya justru mengkritisi sendiri teori kumpulan kontrak dan menunjukkan kelemahan teori ini, bahwa

¹⁰³ Jan Dejnozka, *ibid.*, 31

¹⁰⁴ Lihat Robert W. Hamilton, *loc. cit.*, hlm. 53.

di dalam tubuh perusahaan terdapat beberapa hubungan yang sebenarnya tidak bersifat kontraktual sama sekali, atau setidaknya tidaknya bukan merupakan hubungan kontraktual dalam pengertian hukum secara normal. Hal ini terutama terjadi pada perusahaan terbuka yang mana sahamnya diperdagangkan di Bursa Efek.¹⁰⁵ Misalnya, adalah sulit untuk mengatakan bahwa seseorang yang membeli seratus lembar saham *General Motors Corporation* melalui broker di Bursa Efek New York, telah memasuki sebuah kontrak dengan *General Motors*. Tentu saja benar bahwa seorang pembeli saham *General Motors* memperoleh hak-hak tertentu. Apabila *General Motors* mengeluarkan dividen, maka pemegang saham berhak untuk menerima suatu pembayaran dividen. Akan tetapi pemegang saham tersebut tidak pernah membayar apapun kepada *General Motors* atau menyetujui untuk melakukan sesuatu untuk *General Motors*.¹⁰⁶ Jika dianalisis lebih lanjut, orang yang membeli saham *General Motors* tersebut dan menjadi pemegang saham *General Motors*, tentu saja terikat untuk menerima keputusan pemegang saham mayoritas, meskipun orang tersebut termasuk

¹⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 56

¹⁰⁶ *Ibid.*

dalam kelompok pemegang saham minoritas. Namun, pemegang saham tersebut tidak pernah memasuki suatu kontrak tertentu dengan *General Motors* yang membuktikan atau mendasari adanya persetujuan sebagaimana tersebut di atas.

Justifikasi atas penerapan teori kumpulan kontrak, adalah bahwa pengertian kontrak diperluas melampaui pengertian yang lazim dalam praktik dan hukum. Teori ini nampak memandang bahwa setiap hubungan ekonomi merupakan hubungan kontraktual.

4. Teori Struktur Kepemilikan Perusahaan

Mengenai struktur kepemilikan perusahaan, mengutip Marco Becht, Butler¹⁰⁷ menyatakan ada empat klasifikasi model ekonomik tentang kepemilikan perusahaan sebagai berikut:

a. Integrasi Vertikal (*Vertical Integration*).

Menurut model Integrasi Vertikal, struktur kepemilikan ditentukan oleh efek dari struktur kepemilikan pada perilaku pasar. Mungkin lebih menguntungkan untuk mengintegrasikan perusahaan secara vertikal, sebab biaya tidak sepenuhnya dibebankan kepada perusahaan yang independen. Teori integrasi

¹⁰⁷ *Ibid*

vertikal nampaknya mengacu kepada struktur kelompok usaha (*business group*), bukan hanya mengenai konsentrasi kepemilikan atau suatu perusahaan secara individual.

b. Teori Hubungan Prinsipal-Agen (*Principal-Agent Theory*).

Model ini merupakan pendekatan yang paling populer tentang analisis struktur kepemilikan dan tata kelola perusahaan. Teori ini mengasumsikan bahwa pemilik mendelegasikan pengelolaan perusahaan kepada direksi atau manajer perusahaan. Dalam pemikiran ini, tata kelola perusahaan mengatur mengenai tata cara pemberi modal atau investor menjamin diri mereka sendiri untuk mendapatkan pengembalian (hasil) dari investasi mereka. Antara lain misalnya, bagaimana pemberi modal meminta kepada direksi untuk memberikan hasil investasi (*return on investment*). Bagaimana pemberi modal yakin bahwa direksi atau manajer tidak menyalahgunakan modal atau tidak mengalihkan modal untuk penggunaan lain. Bagaimana pemberi modal mengontrol direksi atau manajer.

c. Teori Ongkos Transaksi (*Transaction Cost Theory*)

Teori ini menyatakan bahwa adalah lebih mahal biayanya untuk melaksanakan transaksi antara mereka yang ada di dalam dan di luar perusahaan (kelompok usaha, atau organisasi). Teori Ongkos Transaksi membuat prediksi-prediksi mengenai kepemilikan dan struktur kelompok usaha.

d. Teori Kontrak Tidak Sempurna (*Incomplete Contract Theory*).

Teori ini mengilustrasikan perusahaan sebagai cara untuk mengalokasikan kontrol bagi mereka yang memiliki keterampilan wirausaha dan kemampuan luar biasa dalam dunia usaha. Menurut teori ini, ongkos yang harus dikeluarkan untuk membuat kontrak-kontrak tertulis sangat mahal, dan kontrak-kontrak tersebut tidak mungkin lengkap, apalagi untuk jangka waktu lama. Misalnya, kontrak-kontrak tertulis yang dibuat antara pemilik perusahaan dan manajer tidak dapat menampung segala kemungkinan yang akan terjadi di kemudian hari. Pengaturan alternatif harus ditemukan untuk menyempurnakan kontrak-kontrak ini. Struktur tata kelola perusahaan dapat

dipandang sebagai suatu mekanisme pengambilan keputusan yang tidak dapat disebutkan secara spesifik dalam kontrak.

B. Kedudukan dan Perlindungan Hukum Terhadap Pemegang Saham Minoritas

Secara umum dalam berbagai bidang atau dimensi kehidupan manusia, kelompok minoritas dan keniscayaan perlindungan terhadapnya, merupakan satu kesatuan yang integral. Namun tidak seperti kelompok minoritas dalam dimensi etnik, jender atau keagamaan, kelompok minoritas dalam kepemilikan saham perseroan, merupakan minoritas yang lahir dari sebuah pilihan dan proses sukarela.

Prinsip-prinsip Pengelolaan Perusahaan Yang Baik yang dikembangkan oleh OECD, *Organisation for Economic Co-operation and Development*- Organisasi Kerjasama Ekonomi dan Pembangunan), khususnya dalam prinsip kedua mengaitkan perlindungan pemegang saham minoritas dengan prinsip keadilan dan keseimbangan.¹⁰⁸

Prinsip tersebut menegaskan bahwa kerangka pengelolaan perusahaan

¹⁰⁸ Dalam prinsip II – A (2) Prinsip-prinsip Pengelolaan Perusahaan OECD dinyatakan; “*Minority Shareholders should be protected from abusive actions by, or in the interest of, controlling shareholders and should have effective means of redress*” Lihat lebih lanjut Holly J. Gregory & Marsha E. Simms, dalam *Pengelolaan Perusahaan (Corporate Governance): Apa dan Mengapa Hal Tersebut Penting*, dalam Erman Radjagukguk, *op cit.*, hlm. 14.

harus dapat memastikan perlakuan yang setara (*equitable treatment*) dengan para pemegang saham, termasuk pemegang saham minoritas dan asing. Setiap pemegang saham harus memiliki kemampuan untuk memperoleh ganti rugi pelanggaran hak-hak mereka.

Kaitan perlindungan pemegang saham minoritas dengan prinsip keadilan juga tercermin dalam ketentuan Pasal 61 UUPT yang memberikan hak kepada pemegang saham minoritas untuk menuntut perseroan yang telah melakukan tindakan tidak adil terhadap pemegang saham minoritas.¹⁰⁹

Pemegang saham minoritas merupakan kelompok pemegang saham yang memiliki bagian saham yang kecil dalam perseroan, sehingga tidak dapat mengendalikan pengelolaan perseroan atau tidak mempunyai posisi yang menentukan dalam hal pemilihan direksi perseroan. Dalam kaitan ini, menurut sistem hukum Anglo Saxon, pemegang saham minoritas didefinisikan sebagai "*A shareholder who owns less than half the total shares outstanding and thus can not control the corporation's management or single handedly elect directors*" (Seorang pemegang saham yang memiliki kurang dari

¹⁰⁹ Ketentuan Pasal 61 UUPT 2007 menyatakan "*Setiap pemegang saham berhak mengajukan gugatan terhadap perseroan ke pengadilan negeri apabila dirugikan karena tindakan perseroan yang dianggap tidak adil dan tanpa alasan wajar sebagai akibat keputusan RUPS, direksi, dan/atau dewan komisaris*".

setengah dari seluruh jumlah saham dan tidak dapat mengendalikan pengelolaan perusahaan atau secara tunggal memilih direksi; terjemahan oleh Penulis) sedangkan pemegang saham mayoritas didefinisikan sebagai “ *A shareholder who owns or controls more than half the corporation's stock.*” ¹¹⁰ (Seorang pemegang saham yang memiliki atau mengendalikan lebih dari setengah saham perusahaan; Terjemahan oleh Penulis). Berdasarkan batasan di atas, maka pemegang saham minoritas adalah pemegang saham yang memiliki jumlah saham kurang dari 50% dari seluruh saham yang dikeluarkan, sehingga tidak memungkinkan untuk mengendalikan manajemen perusahaan.

Batasan atau definisi yang tegas tentang pemegang saham minoritas tidak dapat ditemukan pengaturannya dalam UUPT 2007. Namun dari beberapa ketentuan antara lain ketentuan Pasal 97 ayat 6 dapat dipahami bahwa pemegang saham minoritas yang diberikan hak-hak derivatif adalah pemegang saham yang memiliki paling sedikit 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara yang sah dalam Perseroan Terbatas. Sedangkan berdasarkan ketentuan Pasal 61 UUPT 2007, setiap pemegang saham

¹¹⁰ Henry Campbell Black, *op cit*, hlm. 1381

tanpa batasan minimal kepemilikan, dapat mengajukan gugatan terhadap perseroan apabila pemegang saham tersebut dirugikan karena tindakan perseroan yang dianggap tidak adil dan tanpa alasan wajar sebagai akibat keputusan RUPS, direksi, dan/atau dewan komisaris. Dengan demikian, dalam kerangka perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas melalui pengadilan, terdapat dua kategori pemegang saham minoritas menurut UUPT 2007; Pertama, dalam konteks gugatan derivatif hanya pemegang saham yang memiliki minimal 10% saham yang dapat mengajukan gugatan derivatif. Kedua, dalam konteks gugatan langsung (*direct action*), setiap pemegang saham minoritas tanpa pembatasan minimal jumlah saham, dapat mengajukan gugatan di pengadilan untuk memperjuangkan hak-haknya.

Hukum perusahaan modern telah lama memperkenalkan prinsip mayoritas (*majority rule*) dan diadopsi dalam hukum perusahaan negara-negara, termasuk di Indonesia. Apabila diterapkan dengan tepat, maka prinsip mayoritas sangat berarti dalam memajukan dan mengembangkan semangat investasi dari pemegang saham, menyeimbangkan kepentingan para pemegang saham dan meningkatkan efisiensi dalam proses pengambilan keputusan

perusahaan. Akan tetapi, prinsip ini dapat pula menimbulkan risiko dalam hal pemegang saham mayoritas menyalahgunakan kekuasaan yang dimilikinya dan merugikan kepentingan perusahaan secara keseluruhan. Oleh karena itu, di seluruh dunia, negara-negara terlibat dalam meningkatkan perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas.

Penguasaan dominan oleh pemegang saham mayoritas melalui pengurus perseroan, umumnya dapat terlihat pada kebijakan-kebijakan pengurus yang berpihak dan senantiasa cenderung menguntungkan pemegang saham mayoritas. Bagaimanapun kebijakan-kebijakan perusahaan bersumber dari hasil keputusan RUPS, sedangkan keputusan RUPS diambil berdasarkan suara terbanyak. Intervensi Pemegang Saham Mayoritas melalui pengurus Perseroan, jika dilakukan tanpa kendali, akan berpotensi menimbulkan kerugian pada pemegang saham dan pemangku kepentingan¹¹¹.

Pemegang saham mayoritas yang tidak beritikad baik dan senantiasa melakukan intervensi terhadap kebijaksanaan direksi maupun komisaris, dapat menjadikan perseroan hanya sebagai alat untuk kepentingan pemegang saham mayoritas. Apabila hal ini terjadi,

¹¹¹ Misahardi Wilamarta, *op cit*, hlm. 92

maka hubungan pemegang saham mayoritas dan pemegang saham minoritas menjadi tidak harmonis. Pemegang saham mayoritas dapat dikategorikan telah melakukan intervensi terhadap perseroan, apabila memenuhi kriteria sebagai berikut ¹¹² :

- (1) Pemegang saham mayoritas secara langsung atau tidak langsung terlibat dalam pengelolaan perseroan bersama-sama direksi maupun komisaris, yang mengakibatkan kerugian pada perseroan;
- (2) Pemegang saham mayoritas yang tidak beritikad baik secara langsung atau tidak langsung bertindak atas nama perseroan, melakukan perbuatan melawan hukum, yang mengakibatkan kerugian pada perseroan dan pihak ketiga, baik dengan cara menyertakan kekayaan pribadi maupun perusahaan pribadinya dalam perseroan atau memanfaatkan fasilitas perseroan.

Peluang pemegang saham mayoritas untuk melakukan intervensi terhadap perseroan, sangatlah besar. Hal ini disebabkan antara lain oleh kondisi-kondisi sebagai berikut :

- (1) Pemegang saham mayoritas memiliki kekuasaan melalui pemungutan suara dalam RUPS; berpeluang besar

¹¹² *Ibid*

memberhentikan atau mengangkat direksi atau komisaris dan menentukan pola kebijaksanaan perseroan.

- (2) Pemegang saham mayoritas berpengaruh terhadap Direksi maupun Komisaris, yang secara langsung atau tidak langsung memanfaatkan kedudukan strategis Direksi maupun Komisaris.

Pengaturan tentang perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas, terutama berkenaan dengan identifikasi tindakan-tindakan pemegang saham mayoritas yang dapat menjadi dasar bagi intervensi legislasi dan bahkan intervensi peradilan, memang sangat diperlukan. Intervensi legisilasi dimaksudkan untuk melindungi pemegang saham minoritas dari tindakan-tindakan ketidakadilan dari pemegang saham mayoritas. Fenomena ini telah mewarnai perkembangan hukum perusahaan pada pertengahan dan akhir abad kedua puluh, seiring dengan perkembangan ekonomi dunia yang semakin maju yang tidak lain menggunakan korporasi atau perseroan sebagai kendaraan.¹¹³ Sehubungan dengan hal tersebut Chew mengemukakan bahwa:¹¹⁴

The law relating to minority shareholders is primarily concerned with identifying such conduct on the part of the

¹¹³ Lihat Margaret Chew, *Minority Shareholders' Rights and Remedies*, Butterworths Asia, Singapore. Malaysia. Hongkong, 2000 hlm. 4

¹¹⁴ *Ibid.*, hlm.5

majority, and which thereby justifies judicial, and lately, legislative, intervention on behalf on minority."

(Hukum tentang pemegang saham minoritas terutama berkaitan dengan identifikasi perilaku mayoritas, dan oleh karenanya membenarkan intervensi peradilan, dan akhir-akhir ini, legislatif, atas nama minoritas. Terjemahan bebas oleh Penulis).

Pemegang saham minoritas merupakan salah satu *stakeholders* di samping *stakeholders* lainnya, yaitu pemegang saham mayoritas, direksi, komisaris, pegawai dan kreditor. Lebih dari itu, bersama-sama dengan pemegang saham mayoritas, pemegang saham minoritas juga merupakan pihak yang membawa modal bagi perusahaan. Sehingga dengan demikian, pemegang saham minoritas patut mendapatkan perlindungan hukum yang wajar¹¹⁵.

Kedudukan pemegang saham minoritas hanya dapat dipahami dengan tepat, jika dilihat dalam konteks hubungannya dengan kedudukan pemegang saham mayoritas. Dengan kata lain, isu mengenai kedudukan pemegang saham minoritas menjadi signifikan jika dilihat dari konteks dominasi pemegang saham mayoritas.¹¹⁶ Untuk itu perlu diuraikan prinsip-prinsip hubungan pemegang saham mayoritas dan pemegang saham minoritas sebagai berikut:

¹¹⁵ Munir Fuady *Perseroan Terbatas, Paradigma Baru*, Bandung: Bina Cipta, 2003 hlm.

¹¹⁶ Margaret Chew, *loc.cit.*

1. Prinsip Mayoritas (*Majority Rule*) dan Perlindungan Minoritas (*Minority Protection*).

Dominasi pemegang saham mayoritas seringkali memicu terjadinya hubungan yang tidak seimbang antara pemegang saham mayoritas dan pemegang saham minoritas. Dominasi pemegang saham mayoritas pada tahapan tertentu memperoleh legitimasinya pada prinsip mayoritas .

Menurut Ais, prinsip mayoritas (*Majority Rule*) secara historis berawal dari kasus terkenal *Foss v Harbottle* 1843 yang menyatakan bahwa, dalam hal pelaku penyalahgunaan kekuasaan tersebut mengendalikan Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) dan Direksi, gugatan terhadapnya adalah tidak mungkin. Lebih lanjut diuraikan, bahwa dalam kasus ini terdapat 2 (dua) orang pemegang saham menuntut 5 (lima) orang direksi, dengan tuduhan bahwa direksi telah melakukan penyalahgunaan atau kecurangan dalam menggunakan dana perseroan, dan menuntut agar direksi tersebut membayar ganti rugi kepada perseroan. Penggugat menuntut atas nama mereka berdua dan semua pemegang saham lainnya kecuali Tergugat.

Hakim Wigram V-C menolak gugatan ini dengan alasan bahwa perseroanlah yang seharusnya menjadi Penggugat.

Ais lebih jauh menguraikan bahwa dua konsep yang timbul dari kasus *Foss v Harbottle* ini adalah pertama, bahwa perseroan merupakan subjek hukum mandiri yang terpisah dari pemegang saham, dan kedua, perseroan hanya dapat berfungsi dengan baik apabila menjalankan keputusan atau kehendak RUPS. Aspek lain dari putusan ini adalah apa yang disebut manajemen internal (*internal management*) dimana seorang pemegang saham tidak dapat menggugat perseroan bila hal tersebut dapat diselesaikan oleh RUPS.¹¹⁷ Dalam level tertentu, putusan dalam perkara *Foss v Harbottle* menunjukkan formulasi yang demikian luas tentang *majority rule*.¹¹⁸

Mengutip pendapat Mellish LJ dalam perkara *MacDoygall v Gardiner* yang menguraikan *ratio decidendi* dalam perkara *Foss v Harbottle*, Chew mengemukakan sebagai berikut:¹¹⁹

¹¹⁷ Lihat Chatamarrasjid Ais, *op cit.*, hlm. 22. Lihat pula Margaret Chew, *op.cit.*, hlm.5.

¹¹⁸ Margaret Chew. *Op.cit.*, hlm. 4

¹¹⁹ *Ibid.*, hlm. 5

In my opinion, if the thing complained of is a thing which in substance the majority of the company are entitled to do, or if something has been done irregularly which the majority of the company are entitled to do regularly, or if something has been done illegally which the majority of the company are entitled to do legally, there can be no use in having litigation about it, the ultimate end of which is only that a meeting has to be called, and then ultimately the majority gets its wishes. Is it not better that the rule should be adhered to that if it is a thing which the majority are masters of, the majority in substance shall be entitled to have their will followed?

(Menurut pendapat saya, jika hal yang dikeluhkan adalah sesuatu yang dalam substansi mayoritas dari perusahaan berhak melakukannya, atau jika sesuatu yang telah dilakukan tidak teratur yang mana mayoritas perusahaan berhak untuk melakukan secara teratur, atau jika sesuatu telah dilakukan ilegal yang mayoritas perusahaan berhak untuk melakukan legal, tidak ada manfaat dalam melakukan litigasi mengenai hal itu, yang mana tujuan akhirnya adalah bahwa suatu rapat harus dilakukan, dan kemudian akhirnya mayoritas mendapatkan keinginannya. Apakah tidak lebih baik bahwa aturan harus dipatuhi bahwa jika itu merupakan sesuatu yang mana mayoritas sebagai penguasa, mayoritas dalam substansi berhak untuk diikuti kehendaknya? Terjemahan bebas oleh Penulis).

Prinsip Mayoritas memberikan kekuasaan yang dominan bagi pemegang saham mayoritas, sehingga dengan kekuasaan yang demikian besar, pemegang saham mayoritas dapat dengan mudah menyisihkan pemegang saham minoritas. Prinsip Mayoritas dalam implementasinya sangat erat terkait dengan

prinsip Suara Mayoritas atau ketentuan tentang kuorum dalam pemungutan suara pada saat RUPS mengambil keputusan.

Prinsip pemungutan suara berdasarkan Suara Mayoritas yang berlaku untuk segala macam keputusan RUPS mengakibatkan pemegang saham mayoritas menjadi berkuasa dan cenderung dominan. Sebaliknya pemegang saham minoritas menjadi lemah dan terpinggirkan serta dirugikan kepentingannya oleh pemegang saham mayoritas.

Di Indonesia, dominasi pemegang saham mayoritas dapat terjadi karena UUPT 2007 menentukan setiap saham yang dikeluarkan oleh perseroan mempunyai satu hak suara (*One Share One Vote*), kecuali ditentukan lain oleh anggaran dasar perusahaan¹²⁰. Selanjutnya RUPS dapat dilangsungkan apabila dalam RUPS lebih dari $\frac{1}{2}$ (satu perdua) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara yang sah hadir atau diwakili (*simple majority*), kecuali undang-undang dan/atau anggaran dasar menentukan jumlah kuorum yang lebih besar.¹²¹ Dalam konteks ini, prinsip Satu Saham Satu Suara berpotensi merugikan kepentingan hukum pemegang saham minoritas.

¹²⁰ Pasal 84 ayat (1) UUPT 2007

¹²¹ Pasal 86 ayat (1) UUPT 2007

Pemberlakuan prinsip satu saham satu suara tentu saja melemahkan posisi pemegang saham minoritas, karena prinsip tersebut menyebabkan pemegang saham minoritas tidak berdaya menghadapi kekuasaan dan kewenangan pemegang saham mayoritas yang demikian dominan. Tidak dapat disangkal, pemberlakuan prinsip tersebut, merupakan fenomena yang mengiringi perkembangan hukum perusahaan modern. Seiring dengan hal tersebut, penerapan doktrin-doktrin hukum yang berkenaan dengan perlindungan pemegang saham minoritas, menjadi relevan dan telah dikenal pula dalam UUPT 2007 bahkan sejak UUPT 1995¹²².

Justifikasi prinsip satu saham satu suara seringkali didasarkan pada pemikiran bahwa, pemegang saham mayoritas sebagai penyandang modal utama, selalu dihadapkan pada dua sisi yang kontradiktif. Di satu sisi pemegang saham mayoritas berharap mendapatkan dividen yang besar, tetapi di sisi lain khawatir akan menanggung risiko kerugian yang besar sesuai jumlah saham yang dimilikinya. Oleh karena itu, tidak mustahil

¹²² Lihat Munir Fuady *Perseroan Terbatas, Paradigma Baru*, Bina Cipta Bandung, 2003 hlm. 172

jika timbul kecenderungan pemegang saham mayoritas ingin memonopoli kekuasaan dalam perseroan terbatas.¹²³

UUPT 2007 dalam hal penerapan voting dalam pengambilan keputusan, selain memberlakukan prinsip mayoritas sederhana (*simple majority*), juga memberlakukan prinsip mayoritas besar (*super majority*), baik terhadap hal-hal yang ditentukan sendiri dalam anggaran dasar perseroan (Pasal 87 ayat (2)),¹²⁴ maupun terhadap kegiatan-kegiatan yang telah ditentukan sendiri oleh undang-undang, misalnya jika perseroan melakukan perubahan anggaran dasar (Pasal 88),¹²⁵ merger, akuisisi, konsolidasi, kepailitan, likuidasi (Pasal 89),¹²⁶ atau pembelian kembali saham (Pasal 38).¹²⁷

¹²³ *Ibid*, hlm. 88.

¹²⁴ Pasal 87 ayat (2) UUPT 2007 menentukan sebagai berikut;

Dalam hal keputusan berdasarkan musyawarah untuk mufakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak tercapai, keputusan adalah sah jika disetujui lebih dari $\frac{1}{2}$ (satu perdua) bagian dari jumlah suara yang dikeluarkan kecuali undang-undang dan/atau anggaran dasar menentukan lain bahwa keputusan adalah sah jika disetujui oleh jumlah suara setuju yang lebih besar.

¹²⁵ Pasal 88 ayat (1) UUPT 2007 menentukan sebagai berikut.

RUPS untuk mengubah anggaran dasar dapat dilangsungkan jika dalam rapat paling sedikit $\frac{2}{3}$ (dua pertiga) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara hadir atau diwakili dalam RUPS dan keputusan adalah sah jika disetujui paling sedikit $\frac{2}{3}$ (dua pertiga) bagian dari jumlah suara yang dikeluarkan, kecuali anggaran dasar menentukan kuorum kehadiran dan/atau ketentuan tentang pengambilan keputusan RUPS yang lebih besar.

¹²⁶ Pasal 89 ayat (1) UUPT 2007 menentukan sebagai berikut;

RUPS untuk menyetujui penggabungan, peleburan, pengambilalihan, atau pemisahan, pengajuan permohonan agar perseroan dinyatakan pailit, perpanjangan jangka waktu berdirinya, dan pembubaran perseroan dapat dilangsungkan jika dalam rapat paling sedikit $\frac{3}{4}$ (tiga perempat) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara hadir atau diwakili dalam RUPS dan keputusan adalah sah jika disetujui paling sedikit $\frac{3}{4}$ (tiga perempat) bagian dari jumlah suara yang

2. Hak-hak Pemegang Saham Minoritas

Harmonisasi di antara para pemegang saham sangatlah penting dalam memajukan dan mengembangkan kegiatan usaha perseroan. Namun seringkali tak terhindarkan terjadinya perselisihan antara pemegang saham mayoritas dan pemegang saham minoritas. Dalam rangka perlindungan hukum, UUPT 2007 memberikan hak-hak tertentu kepada pemegang saham minoritas agar pemegang saham mayoritas tidak menyalahgunakan kekuasaannya terhadap pemegang saham minoritas. Adapun hak-hak pemegang saham minoritas tersebut adalah sebagai berikut:¹²⁸

a. Hak Perseorangan (*Personal Right*)

Suatu keputusan perseroan yang ternyata merugikan kepentingan pemegang saham, tidak tertutup kemungkinan akan merugikan perseroan secara keseluruhan, tetapi juga dapat merugikan kepentingan pribadi pemegang saham tertentu.

dikeluarkan, kecuali anggaran dasar menentukan kuorum kehadiran dan/atau ketentuan tentang persyaratan pengambilan keputusan RUPS yang lebih besar.

¹²⁷ Pasal 38 ayat (1) UUPT 2007 menentukan sebagai berikut;

Pembelian saham kembali sebagaimana dimaksud dalam Pasal 37 ayat (1) atau pengalihannya lebih lanjut hanya boleh dilakukan berdasarkan persetujuan RUPS, kecuali ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan di bidangnya pasar modal.

¹²⁸ Misahardi Wilamarta, *op cit*, hlm. 282.

Dalam hal keputusan perseroan tersebut merugikan pribadi pemegang saham tertentu, maka pemegang saham tersebut dapat pula menggugat perseroan untuk kepentingan pribadinya.¹²⁹ Jadi, seorang pemegang saham dapat menuntut atas nama dirinya dan atau beserta pemegang saham lain, kecuali pemegang saham yang turut dituntut atau digugat. Demikian pula, pemegang saham minoritas atas namanya sendiri dapat menggugat Direksi atau komisaris, apabila Direksi atau Komisaris tersebut melakukan kesalahan yang merugikan pemegang saham minoritas.¹³⁰

Pemegang saham sebagai subjek hukum dapat menggunakan hak perserorangan yang diberikan oleh UUPT 2007 untuk mempertahankan serta menuntut pelaksanaan haknya. Hal tersebut dinyatakan dalam pasal 61 ayat (1) UUPT 2007, yang antara lain menyebutkan, bahwa setiap pemegang saham berhak mengajukan gugatan terhadap perseroan di pengadilan negeri, jika dirugikan oleh tindakan perseroan, yang dianggap tidak adil dan tanpa alasan yang wajar, sebagai akibat keputusan

¹²⁹ lihat penjelasan lebih jauh pada bab berikutnya mengenai *direct action* yang dapat dilakukan oleh pemegang saham minoritas.

¹³⁰ Chatamarrasjid Ais, *op.cit.* hlm. 26.

RUPS, Direksi atau komisaris yang merugikan pemegang saham minoritas. Dalam hal demikian, pemegang saham minoritas dapat menolak tindakan atau kebijaksanaan perseroan.

Tindakan direksi yang dapat dianggap merugikan atau melanggar hak perseorangan dari pemegang saham minoritas, antara lain adalah transaksi untuk kepentingan pribadi (*self dealing*) dan ajaran Peluang Perusahaan (*Corporate Oppurtunity*). *Self dealing* mengandung unsur benturan kepentingan (*conflict of interest*), yaitu antara kepentingan pribadi Direksi dan kepentingan perusahaan. Sedangkan ajaran Peluang Perusahaan (*Corporate Oppurtunity*)¹³¹ menyatakan bahwa Direksi atau organ perusahaan lainnya, tidak diperbolehkan mengambil kesempatan untuk memperoleh keuntungan untuk dirinya sendiri, jika kesempatan itu sebenarnya dapat diberikan kepada perusahaan.

b. Hak Penilaian (Appraisal Right)

Pemegang Saham Minoritas mempunyai Hak Penilaian yaitu hak untuk membela kepentingannya dalam hal penilaian harga saham. Pada saat pemegang saham meminta kepada

¹³¹ *Ibid.* hlm. 28.

perseroan untuk membeli sahamnya, pemegang saham minoritas dapat menggunakan *appraisal right*,¹³² agar sahamnya dinilai dan dibeli dengan harga yang wajar.¹³³ Hal ini dapat terjadi dalam hal pemegang saham tersebut tidak menyetujui tindakan perseroan yang dapat merugikan kepentingan pemegang saham atau perseroan. Misalnya, perseroan melakukan penjualan, penjaminan, pertukaran sebagian besar atau seluruh kekayaan perseroan, atau perseroan bermaksud melakukan merger, konsolidasi dan akuisisi.

Ketentuan Pasal 62 ayat (1) UUPM 2007 mengatur tentang hak penilaian yang menyatakan bahwa, setiap pemegang

¹³² Robert W. Hamilton, op it, hlm. 296 menyebutkan metode yang sering digunakan dalam menetapkan harga jual per saham yaitu (1) *A stated price*; (2) *Book value*; (3) *Capitalization of earnings*; (4) *Best offer by an outsider*; (5) *Appraisal or Arbitration, either by expert, impartial appraisers or arbitrators, or by directors or other shareholders*; or (6) *A percentage of net profits to be paid for a specified number of years following the event which triggers the sale*. Lihat juga Saiful M. Ruki, *Menilai Penyertaan dalam Perusahaan, Business Valuation; Valuation of Closely-Held Business and Business Ownership Interest*, PT. Gramedia Pustaka Utama, 1999, hlm. 87 -88 yang menyebutkan pendekatan (approach) atau cara umum dalam menentukan nilai dengan menggunakan satu atau lebih metode penilaian spesifik, yaitu (a) *Income Approach*, pendekatan pendapatan: cara penentuan nilai dengan mengacu pada pendapatan (income) sebagai pedoman; (b) *Market Approach*, pendekatan (perbandingan data) pasar: mengacu pada data transaksi yang pernah terjadi; (c) *Asset-based (B/S) Approach*, pendekatan aset atau near: mengacu pada aktiva perusahaan atau neraca.

¹³³ Pasal 37 ayat (1) UUPM 2007 menyatakan bahwa perseroan dapat membeli kembali saham yang telah dikeluarkan dengan ketentuan: (a) pembelian kembali saham tersebut tidak menyebabkan kekayaan bersih perseroan menjadi lebih kecil dari jumlah modal yang ditempatkan ditambah cadangan wajib yang telah disisihkan dan, (b) jumlah nilai nominal seluruh saham yang dibeli kembali oleh perseroan dan gadai saham atau jaminan *fiducia* atas saham yang dipegang oleh perusahaan sendiri dan/atau perseroan lain yang sahamnya secara langsung atau tidak langsung dimiliki oleh perseroan, tidak melebihi 10% (sepuluh persen) dari jumlah modal yang ditempatkan dalam perseroan, kecuali diatur lain dalam aturan perundang-undangan di bidang pasar modal.

saham berhak meminta kepada perseroan agar sahamnya dibeli dengan harga yang wajar apabila yang bersangkutan tidak menyetujui tindakan perseroan yang merugikan pemegang saham atau perseroan, berupa: (a) perubahan Anggaran dasar, (b) penjualan, penjaminan, pertukaran sebagian besar atau seluruh kekayaan perseroan; atau, (c) penggabungan, peleburan, pengambilalihan atau pemisahan.

Ketentuan mengenai penilaian harga saham secara wajar, menjadi penting karena pemegang saham mayoritas lebih dominan dalam pengambilan keputusan dalam RUPS, yang tentu saja berpotensi merugikan kepentingan pemegang saham minoritas. Sangat mungkin terjadi bahwa pemegang saham minoritas menjual sahamnya karena keadaan terpaksa yang sengaja dikondisikan oleh pemegang saham mayoritas yang beritikad buruk.

c. Hak Yang Didahulukan (*Pre-emptive Right*)

Perseroan biasanya mengeluarkan saham baru dalam rangka penambahan modal. Hak Yang Didahulukan (*Pre-emptive Right*) adalah hak yang diberikan kepada pemegang saham minoritas untuk dapat didahulukan untuk memiliki atau

membeli saham yang ditawarkan oleh perseroan.¹³⁴ Untuk kepentingan perlindungan hukum bagi pemegang saham minoritas, pasal 43 UUPA 2007 mengatur Hak Yang Didahulukan yang menyatakan bahwa, seluruh saham yang dikeluarkan untuk penambahan modal harus terlebih dahulu ditawarkan kepada setiap pemegang saham seimbang dengan kepemilikan saham untuk klasifikasi saham yang sama.¹³⁵ Dalam hal saham yang akan dikeluarkan untuk penambahan modal merupakan saham yang klasifikasinya belum pernah dikeluarkan, yang berhak membeli terlebih dahulu adalah seluruh pemegang saham sesuai dengan perimbangan jumlah saham yang dimilikinya.¹³⁶

Penawaran sebagaimana tersebut di atas (Pasal 43 ayat (1)), tidak berlaku dalam hal pengeluaran saham: (a) ditujukan kepada karyawan perseroan; (2) ditujukan kepada pemegang obligasi atau efek lain yang dapat dikonversikan menjadi saham, yang telah dikeluarkan dengan persetujuan RUPS, atau (c) dilakukan dalam rangka reorganisasi dan atau restrukturisasi

¹³⁴ Chatamarrasjid Ais, *op.cit.* hlm. 36.

¹³⁵ Pasal 43 ayat (1) UUPA 2007

¹³⁶ Pasal 43 ayat (2) UUPA 2007

yang telah disetujui oleh RUPS.¹³⁷ Dalam hal pemegang saham sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tersebut di atas, tidak menggunakan hak untuk membeli dan membayar lunas saham yang dibeli dalam jangka waktu 14 (empat belas) hari terhitung sejak tanggal penawaran, perseroan dapat menawarkan sisa saham yang tidak diambil bagian kepada pihak ketiga.¹³⁸

Hak Yang Didahulukan sesungguhnya merupakan hak pemegang saham, termasuk pemegang saham minoritas untuk meminta didahulukan atau hak untuk memiliki terlebih dahulu atas saham yang ditawarkan. Anggaran dasar perusahaan dapat mengatur pembatasan mengenai keharusan menawarkan saham kepada kelompok pemegang saham tertentu, baik ditawarkan kepada pemegang saham intern maupun ekstern atau pelaksanaannya harus mendapat persetujuan lebih dahulu dari organ perseroan.¹³⁹

Anggaran dasar perseroan dapat menentukan, bahwa pemegang saham minoritas diberikan hak untuk membeli saham, atau menambah jumlah saham secara proporsional terlebih

¹³⁷ Pasal 43 ayat (3) UUPT 2007

¹³⁸ Pasal 34 ayat (4) UUPT 2007

¹³⁹ Lihat pula penjelasan Misahardi Wilamarta, *op cit*, hlm. 309.

dahulu, dalam hal ada penambahan modal perseroan. Harga yang ditawarkan kepada pemegang saham minoritas harus sama dengan harga yang ditawarkan kepada pemegang saham lainnya¹⁴⁰.

d. Hak Angket (*Enquette Recht*)

Hak Angket (*Enquette Right*) adalah hak untuk melakukan pemeriksaan atas perseroan. Dalam hal ini, pemegang saham minoritas diberikan hak oleh undang-undang untuk mengajukan permohonan kepada pengadilan, untuk mengadakan pemeriksaan atas perseroan, jika terdapat dugaan adanya kecurangan-kecurangan atau hal-hal yang disembunyikan oleh Direksi, Komisaris atau Pemegang Saham Mayoritas.¹⁴¹

Pengawasan terhadap jalannya perseroan sesungguhnya dilakukan oleh Komisaris. Akan tetapi dapat saja terjadi, bahwa kerugian perusahaan timbul akibat kesalahan atau kelalaian direksi dan komisaris, atau setidaknya-tidaknya fungsi pengawasan

¹⁴⁰ Robert W. Hamilton, op cit, hlm. 288, menguraikan tentang pembatasan pemindahan hak atas saham bahwa “ *The principal types of restriction may take various legal forms: (1) An option exercisable by the corporation or shareholders to purchase shares at a designated or determinated price; (2) A mandatory buy-sell agreement obligating the corporation or shareholders to purchase the shares at a designated or determinable prices; (3) A right of first refusal, giving the corporation or the shareholders an opportunity to meet the best price the shareholder has been able to obtain from outsiders.*”

¹⁴¹ Dalam UUPT 2007 diatur mengenai Hak Angket yaitu dalam Bab IX mengenai Pemeriksaan Terhadap Perseroan yang terdiri dari Pasal 138 sampai dengan Pasal 141.

komisaris tidak dijalankan secara efektif disebabkan karena faktor atau kepentingan tertentu, antara lain misalnya karena dominasi pemegang saham mayoritas yang demikian kuat.

Hak angket merupakan mekanisme yang menjadi hak pemegang saham minoritas untuk mengetahui lebih jauh tentang perseroan terbatas, yang menyangkut perkembangan, kebijaksanaan sampai pelanggaran yang dilakukan oleh Pemegang Saham, Direksi atau Komisaris¹⁴².

Pemeriksaan terhadap perseroan dapat dilakukan dengan tujuan untuk mendapatkan data atau keterangan dalam hal terdapat dugaan bahwa; (a) perseroan melakukan perbuatan melawan hukum yang merugikan pemegang saham atau pihak ketiga atau; (b) anggota direksi atau dewan komisaris melakukan perbuatan melawan hukum yang merugikan perseroan atau pemegang saham atau pihak ketiga.¹⁴³ Permohonan pemeriksaan perseroan dapat diajukan oleh pemegang saham yang mewakili

¹⁴² Misahardi Wilamarta, *op cit*, hlm. 324.

¹⁴³ Pasal 138 UUPT 2007.

paling sedikit 10% dari jumlah seluruh saham dengan hak suara.¹⁴⁴

Pemegang Saham Minoritas baik perseorangan atau badan hukum, dapat memohon perlindungan kepada pengadilan atas perbuatan-perbuatan melanggar hukum yang dilakukan oleh organ perseroan. Tentu saja pengadilan berhak untuk menolak atau mengabulkan permohonan pemeriksaan terhadap perseroan yang diajukan oleh pemegang saham. Penolakan pengadilan terhadap permohonan pemeriksaan perseroan terjadi apabila permohonan tersebut tidak didasarkan atas alasan yang wajar dan/atau tidak dilakukan dengan itikad baik.¹⁴⁵ Dalam hal pengadilan mengabulkan permohonan pemeriksaan perseroan tersebut, ketua pengadilan negeri mengeluarkan penetapan pemeriksaan dan mengangkat paling banyak 3 (tiga) orang ahli untuk melakukan pemeriksaan dengan tujuan untuk mendapatkan data atau keterangan yang diperlukan.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Pasal 138 ayat (3) a UUPT 2007.

¹⁴⁵ Pasal 139 ayat (2) UUPT 2007

¹⁴⁶ Pasal 130 ayat (3) UUPT 2007.

e. Hak Derivatif

Hak Derivatif merupakan salah satu hak yang diberikan oleh undang-undang kepada pemegang saham minoritas. Secara singkat dapat dikatakan bahwa hak derivatif atau gugatan derivatif adalah hak atau kewenangan Pemegang saham Minoritas untuk menggugat direksi atau komisaris atas nama perseroan, dalam hal Direksi atau Komisaris melakukan kesalahan yang menyebabkan kerugian pada perusahaan. Jadi pada hakikatnya Gugatan Derivatif (*Derivative Action*) adalah bertujuan untuk melindungi kepentingan perseroan, dan secara tidak langsung melindungi kepentingan pemegang saham minoritas. Perlu pula ditekankan, bahwa konsep *Derivative Action* merupakan terobosan dalam hukum perusahaan yang bertujuan untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan wewenang oleh direksi atau komisaris, yang pada umumnya didominasi oleh pemegang saham mayoritas.

Konsep *Derivative Action* tidak hanya relevan dalam konteks perlindungan hukum bagi pemegang saham minoritas, namun lebih dari itu, yakni bertujuan melindungi kepentingan perseroan.

C. Konsep dan Sejarah *Derivative Action*

1. Doktrin *Proper Plaintiff*

Representasi pemegang saham, khususnya pemegang saham minoritas yang bertindak mewakili perusahaan di pengadilan dalam gugatan derivatif, dianggap sebagai suatu terobosan yang radikal dalam sejarah perkembangan hukum perusahaan.

Kajian atas gugatan derivatif (*derivative action*) tidak akan memadai tanpa menganalisis lebih jauh prinsip-prinsip yang terkandung dalam kasus *Foss v Harbottle* (1843) yang selalu menjadi rujukan utama dalam berbagai literatur, dalam konteks untuk memastikan siapa diantara organ perusahaan yang paling tepat untuk bertindak mewakili perusahaan di pengadilan.

Harbottle merupakan seorang direktur perusahaan yang didirikan untuk membeli sebidang tanah. Foss adalah pemegang saham minoritas. Harbottle menjual tanah miliknya bersama dengan seorang direktur lainnya, kepada perusahaan. Foss menuduh bahwa Harbottle telah memperoleh keuntungan pribadi dari penjualan tanahnya, dan akhirnya mengajukan gugatan terhadap Harbottle atas dasar dugaan kerugian yang dialami oleh

perusahaan. Bagaimanapun, jika Harbottle ternyata telah bertindak salah, maka tindakannya tersebut bertentangan dengan kepentingan perusahaan. Dalam putusan yang historis tersebut, pengadilan mengambil sikap yang tidak mencampuri dan menetapkan bahwa pemegang saham tidak memiliki *locus standi* (kedudukan hukum) untuk mengajukan gugatan¹⁴⁷.

Pengadilan berpendapat bahwa gugatan yang diajukan oleh *Foss* selaku pemegang saham minoritas tidak dapat dibenarkan apabila kekuasaan rapat umum pemegang saham sebagai organ pengambil keputusan perusahaan tertinggi, masih eksis. Lebih lanjut dijelaskan, membenarkan pemegang saham minoritas untuk mengajukan gugatan atas dasar dugaan kerugian yang dialami perusahaan, akan mendorong pemegang saham minoritas untuk merampas kekuasaan pengambilan keputusan dari tangan rapat umum pemegang saham perusahaan.

Sir James Wigram, the *Vice Chancellor*, yang memutus perkara *Foss v. Harbottle* tersebut dalam pertimbangan hukum, antara lain menyatakan sebagai berikut:

¹⁴⁷ Margareth Chew, *Minority Shareholders' Rights and Remedies, Butterworths Asia, Singapore* 2000. hlm. 17.

[T]he majority of the proprietors at a special general meeting assembled, independently of any general rules of law upon the subject, by the very terms of the incorporation in the present case, has power to bind the whole body, and every individual corporation must be taken to have come into the corporation upon the terms of being liable to be so bound. How then can this Court act in a suit constituted as this is, if it is to be assumed, for the purposes of the argument, that the powers of the body of the proprietors are still in existence, and may lawfully be exercised for a purposes like that I have suggested? Whilst the Court may be declaring the acts complained of to be void at the suit of the present Plaintiffs, who in fact may be the only proprietors who disapprove of them, the governing body of proprietors may defeat the decree by lawfully resolving upon the confirmation of the very acts which are the subject of the suit. The very fact that governing body of proprietors assembled at the special general meeting may so bind even a reluctant minority is then decisive to show that the frame of this suit may be sustained whilst that body retains its functions. In order then that this suit may be sustained it must be shown either that there is no such power as I have supposed remaining in the proprietors, or, at least, that all means have been resorted to and found ineffectual to set that body in motion: this later point is nowhere suggested in the bill: there is no suggestion that an attempt has been made by any proprietor to set the body of proprietor in motion: or to approve a meeting to be convened for the purpose of revoking the acts complained of.¹⁴⁸

(Mayoritas pemilik pada rapat umum diadakan secara khusus, terlepas dari aturan umum hukum terhadap subjek, berdasarkan ketentuan-ketentuan anggaran dasar, mempunyai kekuatan untuk mengikat seluruh badan, dan setiap korporasi dianggap telah masuk menjadi korporasi setelah berlakunya ketentuan anggaran dasar tersebut. Bagaimana kemudian Pengadilan ini dapat bertindak dalam suatu kasus karena ini merupakan, jika itu harus

¹⁴⁸ *Ibid*

diasumsikan, untuk keperluan argumentasi, bahwa kekuasaan badan pemilik adalah masih ada, dan mungkin secara sah dapat dilaksanakan untuk keperluan seperti saya telah sarankan? Sementara Pengadilan dapat menyatakan tindakan yang dikeluhkan menjadi batal pada gugatan Penggugat ini, yang pada kenyataannya mungkin satu-satunya pemilik yang menyetujui mereka, badan dari pemilik dapat mengalahkan keputusan dengan sah menyelesaikan pada konfirmasi dari tindakan yang sangat yang merupakan subjek dari gugatan. Kenyataan bahwa yang mengatur badan pemilik berkumpul di rapat umum khusus mungkin sehingga mengikat bahkan minoritas yang enggan justru kemudian memutuskan untuk menunjukkan bahwa kerangka tuntutan ini dapat dipertahankan sementara badan tersebut mempertahankan fungsinya. Agar kemudian tuntutan ini dapat dipertahankan maka harus ditunjukkan bahwa baik tidak ada kekuatan seperti saya anggap tetap berada pada pemilik, atau, setidaknya, bahwa segala cara telah terlaksana dan ternyata tidak efektif untuk mengatur badan yang bergerak : point terakhir ini tidak disarankan dalam rancangan undang-undang : tidak ada saran bahwa upaya telah dibuat oleh pemilik apapun untuk mengatur badan pemilik dalam mosi : atau untuk menyetujui pertemuan yang akan diselenggarakan untuk keperluan membatalkan tindakan yang dikeluhkan. Terjemahan bebas oleh Penulis).

Uraian mengenai *Foss v Harbottle* tersebut di atas, menggambarkan bahwa secara konseptual, diperlukan analisis tentang perlu tidaknya menggunakan mekanisme internal perusahaan sebelum pemegang saham minoritas mengajukan gugatan atas kesalahan direksi yang dilakukan terhadap permasalahan. Selain itu, pengadilan berpendapat bahwa

kerugian yang didalilkan adalah kerugian perusahaan, dan dengan demikian, perusahaan seharusnya merupakan pihak yang tepat bertindak mewakili perusahaan, yang dikenal dengan doktrin Penggugat yang Tepat (*The Proper Plaintiff Rule*).

Sir James Wigram VC menyatakan bahwa mengenai kesalahan yang dilakukan terhadap perusahaan, perusahaan harus menggugat atas namanya sendiri dan dalam karakter sebagai perusahaan, atau dengan nama seseorang yang oleh hukum telah ditunjuk sebagai perwakilan atau representatif dari perusahaan¹⁴⁹. Mengenai doktrin Penggugat Yang Tepat dan pengecualiannya telah dibahas dalam sejumlah kasus di pengadilan. Dalam kasus *Edwards v Halliwell*, Hakim Jenkin LJ menyatakan bahwa doktrin yang terkandung dalam *Foss v Harbottle* harus dilihat dari dua hal sebagai berikut:

Pertama, Penggugat yang Tepat dalam suatu gugatan yang menyangkut suatu kesalahan yang diduga telah dilakukan terhadap perusahaan, adalah perusahaan itu sendiri.

Kedua,¹⁵⁰ dalam hal kesalahan yang terjadi merupakan suatu transaksi yang telah dibuat mengikat perusahaan dan

¹⁴⁹ Ian M. Ramsay, *loc cit.*, hlm. 8.

¹⁵⁰ *Ibid*

seluruh pemegang saham dengan prinsip mayoritas sederhana, maka tidak ada pemegang saham secara individual yang diperbolehkan untuk mengajukan gugatan mengenai hal tersebut dengan alasan, apabila pemegang saham mayoritas menyetujui apa yang telah dilakukan, maka tidak ada lagi permasalahan (*cadit quaestio*).

Ketentuan atau prinsip yang lahir dari *Foss v Harbottle* terdiri atas dua prinsip. Prinsip pertama dikenal dengan prinsip “Penggugat yang Tepat” dan didasarkan atas prinsip bahwa suatu perusahaan merupakan entitas hukum yang terpisah, tidak identik dengan pemegang saham. Kesalahan yang dilakukan terhadap perusahaan bukanlah kesalahan terhadap pemegang saham, dan karenanya kesalahan tersebut harus diatasi atau ditanggapi oleh perusahaan, dan mengambil tindakan atas nama perusahaan sendiri.

Prinsip kedua dikenal sebagai prinsip “Manajemen Internal”. Pengadilan tidak akan campur tangan pada manajemen internal perusahaan dalam hal mereka bertindak dalam batas-batas kewenangan yang dimilikinya¹⁵¹.

¹⁵¹ *Ibid*, hlm. 9

Meskipun ketentuan dalam *Foss v Harbottle* didasarkan atas prinsip-prinsip hukum perusahaan, namun ketentuan tersebut bisa mengarah kepada ketidakadilan.¹⁵² Oleh karena itu, sejumlah pengecualian¹⁵³ terhadap ketentuan tersebut telah dikembangkan sebagai berikut¹⁵⁴:

a. Pengecualian atas dasar perbuatan melanggar hukum dan di luar kewenangan (*ultra vires*).

Perbuatan melanggar hukum dan bersifat *ultra vires* yang dilakukan oleh direksi, memungkinkan pemegang saham menggugat direksi agar segera menghentikan tindakan tersebut, sebab pemegang saham mayoritas tidak dapat mensahkan tindakan-tindakan yang bersifat *ultra vires*.

b. Pengecualian berdasarkan mayoritas khusus.

Tindakan yang diambil oleh direksi dengan melanggar persyaratan pengambilan keputusan berdasarkan anggaran dasar

¹⁵² *Ibid*, hlm.9

¹⁵³ Dalam perkara *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd*, Pengadilan Tingkat Banding Inggris menguraikan putusan yang dibuat oleh Jenkins LJ dalam *Edwards v Halliwell* sebagai pembatasan klasik terhadap *Foss v Harbottle rule* (dan pengecualiannya). Lihat lebih lanjut Margaret Chew, loc. Cit hlm. 21 yang juga menguraikan ada lima pengecualian terhadap *Foss v Harbottle rule* seperti diuraikan di atas, sebagaimana ditetapkan oleh Jenkins LJ dalam *Edwards v Halliwell*.

¹⁵⁴ Ian M. Ramsay, *loc cit.*, hlm. 9.

yang mensyaratkan mayoritas khusus untuk mensahkan tindakan tersebut, maka pemegang saham dapat menentang atau mengajukan gugatan untuk melawan keabsahan keputusan.

c. Pengecualian berdasarkan hak-hak pribadi.

Pelanggaran terhadap hak-hak pribadi pemegang saham mengakibatkan ketentuan dalam *Foss v Harbottle* tidak berlaku. Pemegang saham dapat mengajukan gugatan untuk melindungi hak-hak pribadi mereka.

d. Pengecualian atas dasar perbuatan curang terhadap pemegang saham minoritas.

Tindakan kecurangan terhadap pemegang saham minoritas, dan pelaku kecurangan tersebut dalam posisi mengendalikan perusahaan, maka pemegang saham diperbolehkan untuk mengajukan gugatan atas nama perusahaan terhadap pelaku kecurangan atau kesalahan tersebut.

Gugatan yang diajukan berdasarkan pengecualian yang disebutkan pada point (a),(b) dan (c) bersifat pribadi atau langsung, sedangkan gugatan yang diajukan berdasarkan

pengecualian yang disebutkan pada point (d) mengenai perbuatan curang terhadap pemegang saham minoritas, merupakan gugatan derivatif, dan karenanya merupakan satu-satunya pengecualian yang sebenarnya terhadap ketentuan dalam *Foss v Harbottle*¹⁵⁵.

Persyaratan untuk mengajukan gugatan derivatif berdasarkan *common law*, antara lain penggugat harus mengajukan bukti bahwa tergugat berada dalam posisi pengendali dalam perusahaan, dan telah melakukan kecurangan terhadap pemegang saham minoritas. Tentu saja tidak mudah dalam *common law* untuk menentukan kriteria pengendali tersebut. Pengadilan Inggris biasanya menggunakan pendekatan konservatif terhadap istilah pengendali¹⁵⁶, yang mensyaratkan bahwa tergugat harus dalam posisi mengendalikan suara mayoritas saham. Hal ini membuat gugatan derivatif sulit dilakukan kecuali dalam perusahaan-perusahaan kecil. Demikian pula seringkali kecurangan hanya dikaitkan dengan perbuatan yang mengambil aset perusahaan secara tidak wajar.

¹⁵⁵ *Ibid*, hlm. 10 -

¹⁵⁶ Lihat Christian Chin dalam *Minority Shareholders and Derivative Actions*, <http://lawgazette.com.sg/2000-10/Oct00-focus3.htm>, hlm. 1

Konsekuensinya, tidak mudah untuk mengajukan gugatan derivatif dengan menggunakan pengecualian ini dalam sistem *common law*¹⁵⁷.

Mengenai unsur kecurangan pada minoritas (*fraud on the minority*) dan unsur posisi pengendali (*in control position*) sebagaimana disinggung di atas, Chin mengemukakan sebagai berikut;

*If there has been a fraud on the minority and the wrongdoers are in control of the company, a minority member may bring an action to enforce the company's rights. However, it is important to bear in mind that this exception is merely a procedural device to enable justice to be done. As such, member has no right to bring an action. The Court maintains its discretion to disallow a member from bringing such an action if he does not come with 'clean hands' or where the justice of the case otherwise dictates that such an action should not be allowed.*¹⁵⁸

(Jika telah terjadi kecurangan pada minoritas dan pelaku kesalahan berada dalam kendali perusahaan, anggota minoritas dapat membawa tindakan untuk menegakkan hak-hak perusahaan. Namun, penting untuk diingat bahwa pengecualian ini hanyalah sebuah perangkat prosedural untuk memungkinkan keadilan dilakukan. Dengan demikian, anggota tidak memiliki hak untuk mengajukan gugatan. Pengadilan mempertahankan kebijakannya untuk melarang anggota untuk membawa tindakan seperti itu jika ia tidak datang

¹⁵⁷ Ian M. Ramsay, *op. cit.*, hlm. 10

¹⁵⁸ Christian Chin, *loc. cit*

dengan 'tangan yang bersih' atau di mana keadilan kasus lain menyatakan bahwa tindakan tersebut seharusnya tidak diperbolehkan; Terjemahan bebas oleh Penulis).

e. Pengecualian berdasarkan kepentingan keadilan¹⁵⁹

Pengadilan dapat mengizinkan pemegang saham untuk mengajukan gugatan atas nama perusahaan, sebagai pengecualian terhadap ketentuan dalam *Foss v Harbottle* apabila kepentingan keadilan mengharuskan demikian. Terkait dengan hal ini, mengutip Boyle, Ramsay menyatakan sebagai berikut:

There has.....been thin but steady stream of obiter dicta...which adopt a more flexible approach to Foss v Harbottle. They are to the effect that a minority action will be allowed by exception to the rule whenever justice requires it is in the circumstances of the case, even though the requirements of one of the established exceptions can not be made.¹⁶⁰

(Terdapat aliran yang kecil tapi stabil dari *obiter dicta* ... yang mengadopsi pendekatan yang lebih fleksibel untuk *Foss v Harbottle*. Mereka yang menyatakan bahwa tindakan minoritas akan diizinkan oleh pengecualian terhadap aturan apabila keadilan mensyaratkan dalam kasus ini, meskipun persyaratan salah satu pengecualian yang ditetapkan tidak dapat dibuat; Terjemahan bebas oleh Penulis) .

¹⁵⁹ Pengecualian ini oleh Ramsay disebut sebagai *The interest of justice Exception*, *Ibid* hlm. 10. Sedangkan oleh Chew disebut sebagai "*The Justice Of the Case Exception*". Istilah yang dipergunakan oleh Chew identik dengan istilah yang dipergunakan oleh Hakim Jenkins LJ dalam kasus *Edwards v Halliwell* yang menjadi rujukan utama terhadap pengecualian ketentuan dalam *Foss v Harbottle*. Lihat lebih lanjut Margaret Chew, *op.cit.* hlm. 24.

¹⁶⁰ Ian M. Ramsay, *op.cit.* hlm. 10

Pengecualian terhadap ketentuan dalam *Foss v Harbottle* berdasarkan kepentingan keadilan, tampaknya memang mempunyai cakupan yang luas dan bersifat abstrak. Bahkan sebenarnya semua pengecualian yang disebutkan di atas, pada dasarnya semuanya berdasarkan keadilan.

Pengecualian berdasarkan keadilan tersebut bersifat abstrak namun dapat menjadi alternatif yang efektif dalam hal pengadilan menemukan bahwa pengecualian-pengecualian lainnya tidak relevan, termasuk pengecualian atas dasar perbuatan curang terhadap pemegang saham minoritas, sedangkan terdapat kepentingan mendesak misalnya untuk melindungi kepentingan pemegang saham minoritas melalui upaya gugatan derivatif (*derivative action*). Pengecualian berdasarkan keadilan ini dijadikan dasar pertimbangan oleh pengadilan di Australia dalam perkara *Biala v Mallina Holdings Ltd*. Dalam kasus tersebut para pelaku kesalahan adalah pemegang saham mayoritas pada perusahaan. Mereka telah mengalihkan sahamnya sebelum dimulainya sidang di pengadilan untuk menentukan apakah terdapat unsur “perbuatan curang terhadap minoritas” (*Fraud on the minority*). Kemudian

para tergugat mengajukan tangkisan bahwa tanggal yang dipergunakan untuk memastikan permasalahan “status pengendali”¹⁶¹ bukanlah tanggal pendaftaran perkara, melainkan adalah tanggal dimulainya sidang di pengadilan. Pengadilan berpendapat bahwa tanggal yang dipergunakan untuk menentukan status pengendali Tergugat adalah tanggal dimulainya sidang. Dengan demikian Tergugat tidak lagi dianggap sebagai pemegang saham pengendali pada waktu sidang dimulai, karena telah mengalihkan sahamnya sebelum sidang dilaksanakan. Akan tetapi, meskipun Tergugat tidak dianggap sebagai pemegang saham pengendali namun, Pengadilan tetap mengizinkan pemegang saham minoritas penggugat untuk mengajukan gugatan derivatif dengan dasar “pengecualian berdasarkan kepentingan keadilan”¹⁶².

¹⁶¹ Menarik untuk dicatat pendapat dan pertimbangan *Edgar Joseph JR J*, seorang hakim di Malaysia yang memeriksa gugatan *derivative action* dalam perkara *Tan Guan Eng v Mg Kweng Hee* (1991), yang menyatakan bahwa “cara yang paling mudah untuk menentukan apakah tergugat memiliki status pengendali atau tidak, adalah dengan melihat kepemilikan sahamnya di perusahaan. Apabila mayoritas saham perusahaan dipegang oleh tergugat, berarti tergugat adalah pengendali perusahaan. Akan tetapi jika tidak demikian halnya, maka tidak serta merta dapat disimpulkan bahwa tergugat bukanlah pengendali perusahaan. Pengadilan harus melihat lebih jauh dibalik kepemilikan saham, untuk menentukan apakah tergugat secara *de facto* mengendalikan perusahaan. Lihat putusan Pengadilan Tinggi Malaysia tanggal 21 Juni 1991 dalam perkara *Tan Guan Eng v Mg Kweng Hee*, [http://www.ipsufactoj.com/archieve/1991/Part07/arc1991\(07\)-002.htm](http://www.ipsufactoj.com/archieve/1991/Part07/arc1991(07)-002.htm).

¹⁶² Margaret Chew, *op.cit.*, hlm. 25

Menurut *Edgar Joseph JR J*, seorang hakim di Malaysia yang memeriksa gugatan *derivative action* dalam perkara *Tan Guan Eng v Mg Kweng Hee* (1991), cara yang paling mudah untuk menentukan apakah tergugat memiliki status pengendali atau tidak, adalah dengan melihat kepemilikan sahamnya di perusahaan. Apabila mayoritas saham perusahaan dipegang oleh tergugat, berarti tergugat adalah pengendali perusahaan. Akan tetapi jika tidak demikian halnya, maka tidak serta merta dapat disimpulkan bahwa tergugat bukanlah pengendali perusahaan. Pengadilan harus melihat lebih jauh dibalik kepemilikan saham, untuk menentukan apakah tergugat secara *de facto* mengendalikan perusahaan.¹⁶³

2. Gugatan Derivatif dan Gugatan Langsung

Konsep gugatan derivatif berbeda dengan konsep gugatan langsung. Gugatan langsung merupakan tindakan yang dilakukan oleh pemegang saham atas dasar kerugian langsung yang dideritanya selaku pemegang saham. Dalam litigasi ini, pemegang saham bertindak mewakili kepentingannya sendiri,

¹⁶³Lihat putusan Pengadilan Tinggi Malaysia tanggal 21 Juni 1991 dalam perkara *Tan Guan Eng v Mg Kweng Hee*, [http://www.ipsofactoj.com/archieve/1991/Part07/arc1991\(07\)-002.htm](http://www.ipsofactoj.com/archieve/1991/Part07/arc1991(07)-002.htm).

dan bukan atas nama atau mewakili perusahaan. Gugatan langsung umumnya terkait dengan hak-hak hukum maupun hak-hak kontraktual pemegang saham, atau terkait dengan saham itu sendiri, atau terkait dengan kepemilikan saham dan hal-hal lain yang terkait dengan kedudukan selaku pemegang saham.

UUPT 2007 memberikan hak bagi setiap pemegang saham untuk mengajukan gugatan terhadap perseroan ke pengadilan negeri apabila dirugikan karena tindakan perseroan yang dianggap tidak adil dan tanpa alasan wajar sebagai akibat keputusan RUPS, direksi, dan/atau dewan komisaris¹⁶⁴. Gugatan langsung tersebut pada dasarnya memuat permohonan agar perseroan menghentikan tindakan yang merugikan tersebut dan mengambil langkah tertentu, baik untuk mengatasi akibat yang sudah timbul maupun untuk mencegah tindakan serupa di kemudian hari.¹⁶⁵ Dalam konteks gugatan derivatif ganti rugi akan dibayarkan kepada perusahaan, sedangkan dalam gugatan langsung, ganti rugi akan dibayarkan kepada pemegang saham penggugat jika pemegang saham penggugat tersebut memenangkan perkara. Tidak seperti *derivative action* yang

¹⁶⁴ Pasal 61 ayat (1) UUPT 2007.

¹⁶⁵ Lihat Penjelasan Pasal 61 ayat (1) UUPT 2007.

mensyaratkan kepemilikan minimal 10 % (sepuluh persen) saham, dalam gugatan langsung tidak ada persyaratan kepemilikan minimal jumlah saham.

Garis batas antara gugatan derivatif dan gugatan langsung dalam kondisi seringkali menjadi kabur. Hal ini disebabkan karena setiap tindakan yang merugikan perusahaan pada hakikatnya juga merugikan pemegang saham, khususnya untuk perusahaan terbuka, yang mana dapat berakibat turunnya harga saham yang dimiliki. Namun demikian, pemegang saham tidak dapat secara otomatis mengalihkan gugatan derivatif menjadi gugatan langsung hanya dengan dalih bahwa harga saham yang dimilikinya turun akibat kerugian yang dialami perusahaan.

Alasan praktis untuk menggunakan instrumen gugatan derivatif atas kerugian yang dialami perusahaan akibat kesalahan direksi setidaknya adalah; (1) menghindari gugatan diajukan berkali-kali oleh berbagai pemegang saham; (2) gugatan derivatif menjamin bahwa semua pemegang saham yang mengalami kerugian akan mendapat manfaat secara proporsional dari gantirugi yang dibayarkan kepada perusahaan, dan; (3) melindungi kreditor dan pemegang saham utama terhadap

pengalihan aset perusahaan secara langsung kepada pemegang saham penggugat.¹⁶⁶ Sehubungan dengan hal tersebut, *The American Law Institute's Corporate Governance Project* menetapkan suatu ketentuan yang memperbolehkan pengadilan untuk memperlakukan gugatan derivatif sebagai gugatan langsung yang melibatkan perusahaan tertutup, apabila hal tersebut tidak akan mengakibatkan timbulnya gugatan ganda, tidak merugikan kepentingan kreditur, atau mengganggu pembagian yang adil atas gantirugi kepada pihak-pihak yang berkepentingan.¹⁶⁷ Terlepas dari tersedianya standar kriteria untuk menentukan apakah suatu kasus termasuk dalam kategori gugatan derivatif atau gugatan langsung, namun dalam praktik, mengklasifikasikan kedua kategori kasus tersebut terkadang tidak mudah bahkan bisa menjadi problematik.

Problematik dalam penentuan gugatan derivatif dan gugatan langsung tercermin dalam perkara *In re Tri-Star Pictures, Inc. Litigation*. Dalam perkara tersebut, penggugat sebagai mantan pemegang saham minoritas dari *Tri-Star Pictures, Inc.*, ("*Tri-Star*"), menentang suatu penggabungan

¹⁶⁶ Lihat Robert W. Hamilton, *ibid*, hlm. 537.

¹⁶⁷ *Ibid*, hlm. 538

usaha antara *Tri-Star* dan Divisi Hiburan *The Coca Cola Company*.¹⁶⁸

Para Penggugat mendalilkan bahwa Para Tergugat yang secara bersama-sama merupakan mantan pemegang saham pengendali *Tri-Star*, telah memanipulasi Penggabungan tersebut sedemikian rupa sehingga Para Tergugat menerima sejumlah saham *Tri-Star* yang bernilai besar sebagai kompensasi untuk aset yang bernilai kecil. Para Penggugat mengklasifikasikan tuntutan mereka sebagai gugatan langsung dengan alasan bahwa tindakan Para Tergugat hanya merugikan Para Penggugat, bukan perusahaan. Secara khusus, Para Penggugat mengajukan keberatan bahwa Penggabungan tersebut mendilusi nilai uang tunai dan merugikan hak suara atas saham mereka, tapi tidak atas saham yang dimiliki oleh Para Tergugat. Dalam Jawaban, Para Tergugat mendalilkan bahwa Para Penggugat tidak lain kecuali mempersoalkan pembayaran berlebihan atas aset, hal mana tidak dapat diajukan sebagai gugatan langsung, melainkan harus dengan gugatan derivatif. Pengadilan Delaware setuju dengan dalil Para Tergugat, dan tidak menerima sejumlah dalil yang

¹⁶⁸ Gregory P. Williams and Evan Williford, *Chapter 8, Derivative Litigation*, Richards, Layton & Finger, P.A. Wilmington, DE., hlm.6

diajukan oleh Para Penggugat dengan alasan, Para Penggugat tidak mematuhi *demand requirement* (persyaratan tuntutan)¹⁶⁹. Pengadilan menyimpulkan bahwa setiap pengurangan nilai dalam hak pemungutan suara Para Penggugat merupakan hasil tidak langsung dari kerugian langsung yang diderita *Tri-Star*. Oleh karena kerugian langsung ternyata dialami oleh Perusahaan, maka Pengadilan berpendapat bahwa Para Penggugat hanya dapat mengajukan gugatan derivatif, bukan gugatan langsung terhadap Para Tergugat. Pengadilan Tinggi Delaware dalam pemeriksaan banding, membatalkan putusan pengadilan tingkat pertama. Pengadilan Tinggi berpendapat bahwa fakta-fakta yang diajukan dalam gugatan menunjukkan bahwa hanya Para Penggugat yang mengalami kerugian dalam bentuk berkurangnya nilai uang tunai dan hak suara mereka atas saham. Pengadilan Tinggi Delaware kemudian menyatakan bahwa, sudah cukup bukti bahwa efek dari manipulasi yang dilakukan oleh pemegang saham mayoritas, telah menyebabkan suatu kerugian ekonomis terhadap pemegang saham minoritas,

¹⁶⁹ Yang dimaksud dengan *Demand Requirement* adalah persyaratan yang mengharuskan pemegang saham penggugat untuk terlebih dahulu meminta kepada perusahaan untuk mengambil tindakan atau menggugat anggota direksi yang bersalah, sebelum pemegang saham penggugat tersebut mengajukan gugatan derivatif.

pemegang saham minoritas telah menyatakan suatu alasan gugatan untuk kerugian khusus (*'special injury'*) untuk mengajukan permohonan penolakan. Oleh karena Para Pengugat menderita kerugian langsung, maka mereka dapat mengajukan gugatan langsung terhadap Para Tergugat¹⁷⁰.

Fakta lain dapat pula terjadi bahwa pemegang saham mayoritas ikut terlibat dalam perbuatan anggota direksi yang salah dan menyebabkan kerugian bagi perusahaan. Menurut Peneliti, dalam hal terjadi demikian, menjadi tidak adil bagi pemegang saham minoritas, apabila ganti rugi yang dituntut kepada anggota direksi yang salah tersebut, akan dibayarkan kepada perusahaan yang juga akan dinikmati secara proporsional oleh pemegang saham mayoritas. Dalam kondisi demikian pengadilan dapat memperbolehkan pembayaran ganti rugi dibayarkan langsung kepada pemegang saham minoritas penggugat.

¹⁷⁰ Gregory P. Williams and Evan Williford, *op cit*, hlm. 6

3. *Demand Requirement* (Syarat Tuntutan)

Pemegang saham penggugat sebelum mengajukan gugatan derivatif khususnya di negara *common law*,¹⁷¹ terlebih dahulu harus meminta perusahaan untuk mengambil tindakan terhadap direksi yang telah melakukan kesalahan yang menyebabkan kerugian bagi perusahaan. Apabila perusahaan menolak permintaan pemegang saham tersebut, maka pemegang saham dapat mengajukan *derivative action* terhadap anggota direksi yang melakukan kesalahan tersebut. Dalam hal ini, pemegang saham bertindak atas nama perusahaan, sebab direksi telah gagal untuk menjalankan kewenangannya untuk kepentingan perusahaan dan seluruh pemegang saham. Pada umumnya hal tersebut terjadi jika direksi terlibat perbuatan curang, kesalahan manajerial, atau melakukan perbuatan atau transaksi untuk kepentingan diri sendiri (*self dealing*) dan/atau ketidakjujuran yang tidak lagi dipedulikan oleh direksi.¹⁷² Apabila direksi diberitahukan atau diminta oleh pemegang

¹⁷¹ Di negara *Common law*, hal ini disebut sebagai *demand requirement* (Persyaratan untuk terlebih dahulu meminta kepada perseroa agar menggugat direksi yang bersalah sebelum mengajukan gugatan derivatif).

¹⁷² Zou Ping., and Cheng Wui Wing, Andy., *Corporate Governance: A Summary Review on Different Theory Approachlm.*, *International Reserach Journal of Finance and Economis*, ISSN 1450-2887, Issue 68 (2011) @EuroJournal Publishing, Inc. 2011. <http://www.eurojournals.com/finance.htm>, hlm. 11.

saham untuk mengajukan tuntutan terhadap anggota direksi yang bersalah, dan direksi memanfaatkan kesempatan tersebut untuk menyelesaikan permasalahan dengan baik dan menghindarkan terjadinya gugatan derivatif, maka tentu pilihan ini dapat dipertimbangkan. Bagaimanapun, upaya direksi untuk melakukan langkah-langkah untuk menyelesaikan permasalahan yang timbul, dapat didorong dengan alasan-alasan antara lain;¹⁷³ Pertama, oleh karena *derivative action* didasarkan pada suatu tuntutan perusahaan, maka perusahaan adalah merupakan pihak yang sesungguhnya berkepentingan.

Kedua, ketentuan tersebut menawarkan kepada manajemen perusahaan suatu peluang untuk memulihkan permasalahan tanpa biaya, publisitas, dan penundaan litigasi. Tentu saja, keputusan untuk membawa permasalahan kepada pengadilan meniscayakan pertimbangan bisnis, melibatkan bukan hanya analisis *cost-benefit*, melainkan juga pertimbangan tentang potensi dampak terhadap reputasi perusahaan.

¹⁷³ Hui Huang, *The Statutory Derivative Action in China: Critical Analysis and Recommendation for Reform*. Berkeley Business Law Journal Vol. 4.2, 2007 hlm. 238

Ketiga, meskipun seandainya perlu bagi perusahaan membawa permasalahan kepada pengadilan, namun kepentingan perusahaan dapat lebih terlayani jika direksi sendiri yang mengajukan gugatan. Hal ini disebabkan karena perusahaan berada dalam posisi yang lebih tepat untuk melakukan hal tersebut, dilihat dari sudut ketersediaan sumberdaya, antara lain pembiayaan, sumberdaya manusia dan informasi. Ketentuan tersebut memungkinkan direksi perusahaan untuk mengontrol litigasi dan karenanya menyerahkan keputusan signifikan kepada pihak manajemen yang memang berkualifikasi dan kompeten untuk itu.

Keempat, ketentuan tersebut dapat mengurangi litigasi yang hanya bertujuan mengganggu, dan karenanya mengangkat ekonomi yudisial sebab ia berfungsi sebagai mekanisme penyaring, yang akan mengesampingkan kasus-kasus yang tidak memiliki dasar hukum yang kuat.

Keputusan suatu perusahaan untuk memulai gugatan berdasarkan hukum *Delaware*, berada dalam lingkup diskresi atau keputusan bisnis dari direksi perusahaan sebagaimana halnya keputusan lainnya mengenai bagaimana menjalankan

perusahaan. Berdasarkan doktrin keputusan bisnis, keputusan direksi dilindungi terhadap penilaian atau pengujian (*second guessing*) oleh pihak lain kecuali apabila mayoritas dari direksi terlibat dalam perbuatan yang dijadikan obyek gugatan atau direksi gagal bertindak dengan itikad baik. Doktrin keputusan bisnis mensyaratkan bahwa pemegang saham, jika ia menganggap bahwa perusahaan harus mengajukan gugatan, harus terlebih dahulu mengajukan permintaan (*demand*) kepada direksi untuk mengajukan gugatan mewakili perusahaan. Keputusan pun kemudian tergantung pada direksi. Apabila pemegang saham lalai mengajukan permintaan kepada direksi untuk memulai gugatan, dan memilih untuk langsung mengajukan gugatan maka gugatan akan dinyatakan tidak diterima kecuali jika pemegang saham mengajukan fakta-fakta yang cukup untuk menimbulkan keraguan bahwa mengajukan permintaan kepada direksi untuk memulai gugatan, merupakan tindakan yang sia-sia yang berujung pada kegagalan.¹⁷⁴

Gugatan derivatif pada dasarnya melibatkan dua tuntutan yang terpisah, yaitu; (1) tuntutan pokok dari perusahaan terhadap

¹⁷⁴ Jeffrey N. Leibel, *Investor Prevail In Columbia/HCA Derivative Action*, hlm. 2. www.blbglaw.com/jeffL2Q2001.pdf

pihak ketiga (direksi), dan; (2) tuntutan bahwa pemegang saham harus diizinkan untuk bertindak mewakili atau atas nama perusahaan. Dari sudut pandang lain dapat pula dilihat bahwa *derivative action* pada prinsipnya merupakan litigasi yang bersegi tiga. Selain litigasi tersebut melibatkan pemegang saham penggugat dan perusahaan selaku penggugat, juga melibatkan pihak yang diduga telah melakukan kesalahan yang merugikan perusahaan atau mengambil manfaat secara pribadi dari perusahaan dengan cara yang tidak dibenarkan, yang berkedudukan selaku tergugat. Tuntutan yang diarahkan kepada tergugat tentu merupakan hal yang esensial atau inti dari gugatan derivatif (*derivative action*), dan kepentingan perusahaan dalam hal ini secara langsung bertentangan dengan kepentingan tergugat. Oleh karena itu, sudah merupakan praktik umum di negara-negara *common law* bahwa para tergugat dalam kasus gugatan derivatif akan diwakili oleh Advokat pribadi mereka, dan bukan oleh Advoka t atau konsultan hukum perusahaan.¹⁷⁵

Kegagalan memenuhi persyaratan tuntutan dapat berakibat kekalahan daalam perkara. Dalam kasus *Maurer v.*

¹⁷⁵ Robert W. Hamilton, *The Law of Corporation In a Nutshell*, West Group, USA, St. Paul Minn, 2000. hlm. 539

Slickedit, Inc., 2005 NCBC 1 (N.C. Super, Ct. May 15 2005) penggugat, pemegang 42% saham perusahaan, mengajukan gugatan derivatif terhadap perusahaan. Pengadilan mengidentifikasi kasus tersebut sebagai kasus internal yang berselubung gugatan derivatif. Pengadilan menerapkan hukum Virginia, tempat perusahaan itu didirikan, untuk menentukan syarat-syarat yang diperlukan.

Tuntutan penggugat kepada direksi perusahaan adalah mengenai pelanggaran kewajiban fidusia, dan oleh karenanya tuntutan derivatif adalah hak perusahaan. Pengadilan menetapkan bahwa penggugat telah gagal membuat permintaan kepada direksi (*demand*), dan karenanya gugatan derivatif tidak dapat diterima.¹⁷⁶

4. Tujuan Utama Gugatan Derivatif (*Derivative Action*)

Derivative Action merupakan mekanisme yang dapat dipergunakan oleh pemegang saham, khususnya pemegang saham minoritas untuk menegakkan hak-hak perusahaan ketika direksi melakukan pelanggaran terhadap kewajibannya, sedangkan direksi yang sehari-hari bertindak mewakili

¹⁷⁶ *Derivative Actions: North Carolina Litigation Report*. www.ncbusinesslitigationreport.com/case-database/derivative-actions-1, hlm.9.,

perusahaan, tidak mungkin akan mengambil tindakan terhadap direksi yang melakukan pelanggaran tersebut¹⁷⁷.

Konsep *Derivative Action* seyogyanya memberikan keseimbangan antara pemulihan efektif bagi pemegang saham saham di satu sisi, dan sisi lain memberikan keleluasaan kepada direksi secara wajar, dan bebas dari campur tangan dari pemegang saham. Hal ini didasarkan atas prinsip bahwa pemegang saham seharusnya tidak terlibat dalam manajemen perusahaan¹⁷⁸. Selain itu, konsep *Derivative Action* dapat memainkan peran dalam tata kelola perusahaan, dengan memberikan efek jera terhadap direksi perusahaan yang melakukan penyimpangan atau kecurangan.

Menurut Ramsay konsep *Derivative Action* pada dasarnya dimaksudkan untuk dapat memberikan keseimbangan antara keniscayaan akuntabilitas direksi, dan keniscayaan

¹⁷⁷ Sehubungan dengan konsep dasar dan pelaksanaan *derivative action*, Christian Chin dalam *Minority Shareholders and Derivative Actions* menyatakan, "Ketika suatu kesalahan telah dilakukan terhadap perusahaan dan tidak ada tindakan yang diambil untuk memulihkan atau memperbaiki kesalahan tersebut, maka terdapat beberapa tindakan yang dapat diambil oleh pemegang saham perusahaan; (i) pemegang saham meminta kepada dewan direksi untuk mengambil tindakan atau mengajukan gugatan atas nama perusahaan; atau (ii) pemegang saham meminta diadakan rapat umum pemegang saham luar biasa untuk memutuskan/menyetujui pengajuan gugatan; atau (iii) jika kedua hal tersebut di atas tidak mungkin terlaksana, maka pemegang saham dapat mengajukan gugatan atas namanya sendiri terhadap tergugat; atau memohon kepada pengadilan berdasarkan ketentuan pasal 216A Undang-undang Perusahaan Inggris, untuk mengajukan gugatan atas nama perusahaan. Dalam hal calon tergugat ternyata menghalang-halangi upaya-upaya untuk menegakkan hak-hak perusahaan tersebut, maka alternatif yang tersedia bagi pemegang saham adalah sebagaimana dinyatakan dalam butir (iii) di atas".

¹⁷⁸ Ian M. Ramsay, *op.cit.* hlm. 7.

kebebasan yang wajar baginya dalam menjalankan roda perusahaan.¹⁷⁹ Hal ini sejalan dengan apa yang dinyatakan dalam Laporan Komite Penasihat Sekuritas dan Perusahaan, 1993 (*The 1993 Companies and Securities Advisory Committess Report*), sebagai berikut:

*A key objective of shareholders litigation is that of achieving managerial accountability.... Consequently, shareholder litigation can be seen as a mechanism for maintaining investor confidence. ... At the same time however it is clear that management needs to be protected against vexation and hostile minority shareholders who, when commencing litigation, are not acting in the interest of the company. Therefore, any proposal for law reform in this area must contain mechanism which operate to prevent needless and harmful shareholder litigation.*¹⁸⁰

(Suatu tujuan utama dari litigasi pemegang saham adalah untuk mencapai akuntabilitas manajerial Akibatnya, litigasi pemegang saham dapat dilihat sebagai mekanisme untuk menjaga kepercayaan investor. ... Pada saat yang sama jelas bahwa manajemen perlu dilindungi terhadap gangguan dan permusuhan dari pemegang saham minoritas, ketika dimulai litigasi yang tidak bertindak untuk kepentingan perusahaan. Oleh karena itu, setiap usulan untuk reformasi hukum di bidang ini harus memuat mekanisme yang beroperasi untuk mencegah litigasi pemegang saham yang merugikan dan tidak perlu; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Dari pernyataan tersebut di atas, dapat dimengerti bahwa tujuan utama *Derivative Action* adalah untuk mencapai

¹⁷⁹ *Ibid*

¹⁸⁰ *Ibid*, hlm. 8

akuntabilitas manajemen. Dengan demikian, *Derivative Action* dapat berperan sebagai mekanisme untuk memelihara kepercayaan investor atau pemegang saham. Dalam waktu yang sama, manajemen tentu perlu mendapatkan perlindungan dari gangguan atau sikap bermusuhan dari pemegang saham minoritas, yang ketika mengajukan *Derivative Action* misalnya, tidak bertindak mewakili kepentingan perusahaan.

Sejalan dengan hal tersebut di atas, mengutip Coffee dan Schwartz, Ramsay menegaskan bahwa *derivative action* memainkan peran dalam memberikan efek jera kepada direksi, untuk tidak melakukan pelanggaran terhadap kewajiban-kewajibannya, dan sekaligus menghukum pelanggaran tersebut¹⁸¹. Dengan kata lain, *derivative action* merupakan suatu mekanisme yang bermanfaat untuk membuat jera kepada manajemen yang tidak jujur.

Terlepas dari perdebatan tentang sejauh mana keadilan dapat dicapai melalui mekanisme *derivative action*, secara umum telah diterima bahwa *derivative action* telah memainkan peran yang penting dalam membuat jera direksi untuk melakukan tindakan yang salah dan merugikan perusahaan. Dalam

¹⁸¹ *Ibid*, hlm. 7

memberikan efek jera, *derivative action* membantu mensinergikan kepentingan direksi dan kepentingan perusahaan, sekaligus dapat menjadi unsur kunci dalam mengurangi ongkos keagenan (*agency cost*), khususnya dalam pengelolaan perusahaan terbuka.

5. Signifikansi Gugatan Derivatif (*Derivative Action*)

Menurut sistem *Common Law*¹⁸² dapat diidentifikasi manfaat atau tujuan praktis dari *Derivative Action* sebagai berikut:

a. Akuntabilitas Manajerial

Pemisahan antara pengelolaan (*management*) dan kepemilikan (*ownership*) dalam suatu perusahaan, merupakan masalah tersendiri bagi pemegang saham. Kondisi tersebut dipandang potensial untuk mendorong direksi melakukan penyalahgunaan sumberdaya perusahaan untuk kepentingan pribadi. Selain itu, pembagian kewenangan tersebut pada level tertentu, dapat menimbulkan rintangan bagi pemegang saham untuk menuntut direksi yang telah melakukan pelanggaran atas

¹⁸² Ian M Ramsay and Benjamin B Saunders *op.cit.* hlm. 15

kewajibannya. Sementara di sisi lain, memelihara tata kelola perusahaan yang baik (*Good Corporate Governance*) adalah amat esensial untuk meyakinkan investor, khususnya bagi perusahaan terbuka. Dalam konteks ini, *Derivative Action* diperlukan sebagai suatu mekanisme untuk mencegah dan memberi efek jera terhadap setiap kesalahan tindakan manajerial (*managerial misconduct*).¹⁸³

Sehubungan dengan hal tersebut, dapat dikatakan bahwa tujuan utama doktrin *derivative action* sebenarnya adalah untuk mengembangkan akuntabilitas manajerial, dengan cara memberi efek jera terhadap tindakan manajemen yang salah.

Dalam konteks ini, doktrin *Derivative Action* seolah-olah memberikan peluang kepada pemegang saham minoritas untuk bertindak sebagai pengawas korporasi (*corporate watchdog*) yang akan beraksi terhadap pelaku kesalahan, jika dewan direksi menolak untuk bertindak atas nama perusahaan terhadap pihak yang melakukan kesalahan tersebut. Tentu saja dalam hal ini, doktrin *derivative action* tidak dirancang untuk menggusur fungsi-fungsi dewan direksi, melainkan adalah

¹⁸³ *ibid*

untuk memberikan pemulihan (*remedy*), jika dewan direksi bertindak secara tidak benar.

b. Sarana Kompensasi bagi Perusahaan

Tujuan ini pada dasarnya amat terkait dengan tujuan pertama yang telah diuraikan di atas. Sebab, dengan memberikan peluang kepada pemegang saham untuk menegakkan hak-hak perusahaan maka tujuan ini pun akan tercapai sejalan dengan tujuan untuk memberikan efek jera terhadap pelaku penyimpangan manajerial (*managerial misconduct*) tersebut. Tujuan ini sebenarnya bukan merupakan tujuan utama, melainkan lebih merupakan konsekuensi logis berupa upaya pemulihan jika terjadi keadaan atau tindakan-tindakan yang merugikan perusahaan. Bagaimanapun, doktrin *derivative action* pada hakikatnya tidak memberikan sesuatu yang baru, melainkan lebih merupakan upaya pemberian fasilitas kepada pemegang saham untuk menegakkan hak-hak yang sudah ada melekat pada perusahaan.

Heenan J mengemukakan bahwa "*The action for relief under the statutory derivative action [is a remedy] to*

*vindicate an interest of the company as a whole, with consequent benefit to all current shareholders or members*¹⁸⁴. (Tindakan untuk pemulihan..... berdasarkan peraturan gugatan derivatif (merupakan suatu penyelesaian) untuk mengutamakan kepentingan perusahaan secara keseluruhan, dengan manfaat kepada seluruh pemegang saham yang sekarang; Terjemahan bebas oleh Penulis).

c. Penyelesaian Konflik Internal

Pada dasarnya dewan direksi atau manajemen suatu perusahaan harus diberikan kebebasan dalam mengelola operasional perusahaan. Direksi perusahaan memerlukan keleluasaan untuk menjalankan tugas dan kewajibannya tanpa ada campur tangan yang tidak beralasan dari pihak manapun termasuk dari pemegang saham. Sebagai kompensasi, direksi mempunyai kewajiban fidusia yang didalamnya terkandung kewajiban untuk senantiasa bertindak hati-hati dan kewajiban untuk loyal kepada perusahaan dan pemegang saham. Kedua aspek kewajiban ini hanya dapat dikembangkan dengan baik jika ada ruang kebebasan bagi direksi. Dengan kata lain, direksi

¹⁸⁴ *ibid*, hlm. 17

mebutuhkan perlindungan agar dalam menjalankan tugasnya sehari-hari, tidak mendapatkan gangguan dari pihak lain, bahkan termasuk dari pihak pengadilan.

Namun demikian, dalam kondisi tertentu campur tangan dari pengadilan seringkali diperlukan dalam upaya mengatasi konflik internal yang tidak dapat diselesaikan oleh mereka yang sehari-hari mengelola perusahaan dalam hal ini adalah direksi. Jika dalam suatu perusahaan, terjadi keadaan atau kondisi yang menuntut dilakukannya tindakan hukum terhadap anggota direksi yang nyata-nyata telah bersalah, maka tentu perusahaan harus mengambil keputusan. Namun, jika segala tindakan direksi senantiasa mendapat dukungan dari pemegang saham mayoritas, maka dewan direksi tidak akan mengambil keputusan untuk mengambil tindakan hukum tersebut. Kondisi ini jelas berpotensi memicu konflik internal, baik antara pemegang saham minoritas dengan direksi maupun antara pemegang saham minoritas dan pemegang saham mayoritas.

Dari uraian di atas dapat dipahami bahwa doktrin *Derivative Action* menerobos mekanisme pengambilan keputusan konvensional. Dengan doktrin *Derivative Action*

pemegang saham minoritas diberikan hak untuk membawa permasalahan tersebut ke pengadilan, dengan bertindak atas nama perusahaan. Sehingga, konflik internal setidaknya-tidaknya mendapatkan saluran yang sistematis dan prosedural.

D. Prinsip-prinsip Tanggungjawab Direksi

1. Teori Kewajiban Fidusia (*Fiduciary Duty Theory*)

Bismar Nasution mencatat bahwa Kewajiban Fidusia (*fiduciary duty*) adalah suatu kewajiban yang ditetapkan oleh undang-undang bagi seseorang yang memanfaatkan seseorang lainnya, dimana kepentingan pribadi seseorang yang diurus oleh pribadi lainnya, yang sifatnya hanya hubungan atasan-bawahan sesaat.¹⁸⁵ Lebih lanjut dikemukakan, orang yang memiliki kewajiban ini harus melaksanakannya berdasarkan suatu standar dari kewajiban (*standard of duty*) yang paling tinggi sesuai ketentuan yang dinyatakan oleh hukum.¹⁸⁶ Dalam kaitannya dengan direksi perusahaan, Nasution mengemukakan bahwa dalam pengelolaan perseroan atau perusahaan, para anggota direksi dan komisaris sebagai salah satu organ vital dalam

¹⁸⁵ Bismar Nasution, *Pertanggungjawaban Direksi Dalam Pengelolaan Perseroan*, bismar.wordpress.com., diakses tanggal 10 April 2013.

¹⁸⁶ *Ibid.*

perusahaan tersebut merupakan pemegang amanah atau kepercayaan (*fiduciary*) yang harus berperilaku sebagaimana layaknya pemegang kepercayaan.¹⁸⁷

Menurut Hamilton, dalam konteks kewajiban fidusia direksi, konsep hubungan mendasar antara perusahaan dan direksi berasal dari tradisi *Common Law*¹⁸⁸. Hubungan ini kemudian diletakkan dalam kerangka prinsip-prinsip kewajiban fidusia. Sejalan dengan pandangan Hamilton tersebut, Johnson,¹⁸⁹ menyatakan bahwa kewajiban fidusia merupakan suatu prinsip hukum kodrat yang telah diadopsi kedalam tradisi hukum Anglo-Amerika melalui tradisi *common law*.

Secara historis, sebenarnya prinsip kewajiban fidusia sudah terefleksi dalam ketentuan-ketentuan Kode Hammurabi, yaitu sekitar 1700 sebelum Masehi. Prinsip tersebut mengatur perilaku orang yang diberikan kepercayaan untuk mengurus harta kekayaan orang lain. Mereka yang mendapat kepercayaan untuk mengurus harta kekayaan dari orang lain, mempunyai kewajiban untuk merawat dan memelihara harta kekayaan

¹⁸⁷ *Ibid*

¹⁸⁸ Robert W. Hamilton., *op.cit.*, hlm.446.

¹⁸⁹ Joseph F. Johnston., *op.cit.*, hlm. 28.

tersebut dengan aman dan selamat. Dalam tradisi Yahudi – Kristen, akar keagamaan dari prinsip kewajiban fidusia dapat pula ditelusuri pada Perjanjian Lama maupun Perjanjian Baru¹⁹⁰. Dalam agama Islam, menjaga dan menjalankan amanah juga merupakan salah satu kewajiban yang amat ditekankan.¹⁹¹

Menurut Velasco, pada awalnya hukum tentang fidusia, khususnya yang terkait dengan kewajiban direktur perusahaan, cukup simpel dan sederhana. Terdapat dua kewajiban utama; Kewajiban Kehati-hatian (*Duty of Care*) dan Kewajiban Kesetiaan (*Duty of Loyalty*). Kewajiban Kehati-hatian dilindungi oleh doktrin keputusan bisnis (*Business Judgement Rule*). Sedangkan kewajiban kesetiaan ditinjau berdasarkan uji kepatutan atau keseimbangan. Dengan demikian, hanya pelanggaran terhadap kewajiban kesetiaan, yang berpotensi menimbulkan tanggungjawab bagi direksi.¹⁹²

Atheron mencatat bahwa pengadilan-pengadilan di Amerika Serikat telah lama menetapkan bahwa direksi

¹⁹⁰ *Ibid.*, hlm. 29.

¹⁹¹ Q.S. 008:27.

¹⁹² Julian Velasco, *How Many Fiduciary Duties Are There In Corporate Law?* Legal Studies Research paper No.09-35 originally published *Southern California Law Review*, No. 6, pp. 1231-1318, 2010., hlm.1233.

perusahaan merupakan penerima fidusia. Hubungan tersebut merupakan hubungan kepercayaan, karena pemegang saham menyerahkan pengendalian dan pengawasan aset-aset perusahaan kepada direksi, dengan ketentuan bahwa direksi akan menjalankan pengendalian tersebut semata-mata untuk kepentingan dan manfaat pemegang saham. Pada tahun 1928, hakim Benjamin Cardozo, sebagai hakim ketua pada pengadilan banding New York, dengan mengesankan mengakui makna penting dan kesakralan prinsip fiduciary dalam kasus *Meinhard v. Salomon*. Cardozo antara lain mengemukakan pertimbangan sebagai berikut:

*Joint Adventurers, like copartners, owe to one another.... the duty of the finest loyalty... and the level of conduct for fiduciary has been kept at a higher level than trodden by the crowd. It will not consciously be lowered by any judgement of this court.*¹⁹³

(Usaha Bersama, seperti kemitraan, berutang satu sama lain tugas loyalitas terbaik ... dan tingkat perilaku bagi fidusia telah disimpan pada tingkat yang lebih tinggi yang dilalui oleh orang banyak. Ini tidak akan secara sadar diturunkan oleh suatu putusan pengadilan; Terjemahan bebas oleh Penulis).

¹⁹³ Susan C. Atheron, et., al., *Fiduciary Principles: Corporate responsibilities to Stakeholders*, *Journal of Religious and Business Ethics*, DePaul Universities, University Libraries, Volume 2, Issue 2 Article 5, tanggal 9 October 2011., hlm. 4.

Pendapat hakim Cardozo sebagaimana dikemukakan dalam pertimbangan hukum dalam perkara tersebut, menggambarkan ada tiga prinsip penting yang mencerminkan tingkat kepercayaan bagi para *fiduciary*, yaitu; (1) masalah *fiduciary* meniscayakan suatu standar yang lebih tinggi ketimbang transaksi biasa yang bersifat umum; (2) penyimpangan terhadap standar fidusia meruntuhkan *duty of loyalty* (kewajiban kesetiaan); dan (3) baik pengadilan maupun pemerintah, yang menafsirkan, menegakkan atau mengubah standar *fiduciary* tersebut, tidak boleh secara sadar melemahkannya.¹⁹⁴

Mahkamah Agung Delaware Amerika Serikat, terkenal dengan putusan-putusannya menyangkut tata kelola perusahaan yang baik, dan merupakan sumber lahirnya standar-standar hukum utama mengenai kewajiban dan tanggungjawab direksi, yang dikeluarkan pada tahun 1993, dan kemudian dikuatkan pada tahun 2006, dan dikuatkan kembali pada tahun 2010, bahwa “triad” kewajiban adalah meliputi kewajiban kesetiaan (*duty of loyalty*), kewajiban kehati-hatian (*duty of care*) dan itikad baik (*Good faith*). Sedangkan itikad baik dan keterbukaan

¹⁹⁴ *Ibid*

penuh dan adil (*full and fair disclosure*), dianggap sebagai unsur penting atau syarat utama yang harus terpenuhi untuk terwujudnya tindakan yang benar dari seorang direktur perusahaan. Pelanggaran terhadap kewajiban itikad baik dapat meniadakan perlindungan direksi terhadap tanggungjawab.¹⁹⁵

Terkait dengan populernya perkembangan hukum perusahaan Delaware sebagaimana disebutkan di atas, Johnston mengemukakan bahwa hukum di Delaware telah menjadi sumber utama bagi perkembangan hukum perusahaan di Amerika Serikat. Hal ini disebabkan karena sebagian besar korporasi yang berskala besar, umumnya didirikan dan didaftarkan di Delaware. Delaware juga telah membangun sistem peradilan yang sangat baik dan dihormati, dengan ketersediaan hakim yang memiliki kompetensi dalam litigasi korporasi.¹⁹⁶

Sementara itu, Tricker¹⁹⁷ berpendapat bahwa sebenarnya di bawah yurisdiksi mana pun, direksi tentu diharapkan untuk

¹⁹⁵ *Ibid*

¹⁹⁶ Joseph F. Johnston Jr, *Natural Law and Fiduciary Duties of Business Managers, Journal of Market and Morality, Volume 8, Number 1 (Spring 2005): 27 – 51.*

¹⁹⁷ Bob Tricker, *Directors, An A-Z Guide*, Profile Book LTD, London, 2009., hlm. 112.

senantiasa bersikap dan bertindak jujur, penuh integritas dan loyal terhadap perusahaan, khususnya terhadap kepentingan para pemegang saham. Kewajiban fidusia ini pada hakikatnya ditujukan kepada perusahaan secara keseluruhan, baik kepada pemegang saham mayoritas maupun pemegang saham minoritas. Sistem hukum *Common Law*, khususnya di negara-negara persemakmuran (*Commonwealth*) yaitu Australia, Canada, Hong Kong, India, Selandia Baru, Singapura, Afrika Selatan dan sebagainya, mengizinkan para direktur perusahaan untuk menentukan kepentingan terbaik bagi perusahaan, walaupun dapat ditinjau kembali oleh pengadilan. Direksi perusahaan yang didirikan di Amerika Serikat mempunyai kewajiban fidusia khusus kepada pemegang saham minoritas. Dengan kata lain, kewajiban utama dari seorang direktur adalah bertindak jujur dan beritikad baik, memberikan informasi kepada para pemegang saham secara sama dan seimbang, memadai dan akurat khususnya menyangkut informasi yang dapat berpengaruh terhadap kepentingan pemegang saham. Prinsip yang mendasar dalam hal ini adalah, bahwa direksi tidak boleh memperlakukan perusahaan untuk kepentingan pribadi direksi.

Pada prinsipnya teori kewajiban fidusia dalam ilmu hukum perusahaan ditujukan kepada direksi. Namun dalam perkembangannya kemudian, prinsip kewajiban fidusia sampai batas-batas tertentu berkembang lebih jauh sehingga diterapkan pula terhadap pemegang saham khususnya pemegang saham mayoritas yang tentunya mempunyai kewajiban untuk memperhatikan kepentingan pemegang saham minoritas.¹⁹⁸

Hukum perusahaan di berbagai negara sudah lama menetapkan bahwa direktur perusahaan merupakan pihak yang pada akhirnya bertanggungjawab (*ultimately responsible*) atas pengelolaan (manajemen) perusahaan, walaupun direksi seringkali mendelegasikan pengambilan keputusan kepada level manajer atau *officer* yang dipandang cakap dan memiliki keahlian dalam bidang tertentu. Berdasarkan hukum Delaware misalnya, *officer* diberikan kewenangan dan kewajiban melalui anggaran dasar perusahaan atau melalui keputusan direksi, sedangkan karyawan yang tidak diberikan kewenangan dan kewajiban demikian dipandang sebagai *agent*. Kewajiban

¹⁹⁸ Lihat lebih lanjut Munir Fuady, dalam *Doktrin-doktrin Modern dalam Corporate Law dan Eksistensinya dalam Hukum Indonesia*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2002., hlm. 62

spesifik *agent* meliputi kewajiban kesetiaan (loyalitas), kinerja, patuh, memberitahukan, pertanggungjawaban.¹⁹⁹ Menurut hukum Delaware, penggunaan istilah "*officers*" atau "*agents*" tidak boleh saling dipertukarkan dalam penggunaannya, karena keduanya memiliki status dan tanggungjawab yang berbeda. Jika *officers* merupakan wakil dari perusahaan, maka *agent* merupakan karyawan perusahaan.²⁰⁰

Terkait hal tersebut di atas, mengutip Peter Meindhardt dan Nigel Davis, Sjawie mengemukakan bahwa:²⁰¹

The business of a company is managed by the board of directors which has authority to represent the company. The directors act as agents of the company; their acts bind the company and, with few exception, not the directors personally. The directors are in fiduciary relationship to the company and must exercise their powers for benefit of the company. The directors are not employee of the company as such; a directors may, however, in addition to his directorship, hold a salaried employment in the company.

(Usaha suatu perusahaan dikelola oleh direksi yang memiliki kewenangan mewakili perusahaan. Direksi bertindak sebagai agen perusahaan; tindakan-tindakan mereka mengikat perusahaan dan, dengan sedikit pengecualian, tidak mengikat direksi secara pribadi.

¹⁹⁹ Lihat Atherton, Susan C., et., al., *Fiduciary Principles: Corporate responsibilities to Stakeholders*, *Journal of Religious and Business Ethics*, DePaul Universities, University Libraries, Volume 2, Issue 2 Article 5, tanggal 9 October 2011., hlm. 5.

²⁰⁰ *Ibid*

²⁰¹ Hasbullah F. Sjawie, *Direksi Perseroan Terbatas serta Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Bandung: Citra Aditya Bakti 2013., hlm. 163

Direksi mempunyai hubungan fidusia dengan perusahaan dan harus melaksanakan kekuasaannya untuk kepentingan perusahaan. Direksi bukanlah karyawan perusahaan; namun demikian seorang direktur dapat mempunyai status karyawan yang digaji selain statusnya sebagai direktur; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Di Indonesia, doktrin kewajiban fidusia bagi direksi perseroan pada awalnya tidak dikenal dalam hukum perusahaan Indonesia. Sebelum berlaku Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, hukum perusahaan di Indonesia diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUHD), yang berasal dari KUHD Belanda yang berasal dari *Napoleon Code* yang nota bene tidak mengenal adanya prinsip kewajiban fidusia. Setelah berlakunya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, doktrin kewajiban fidusia bagi direksi perseroan sudah mulai diperkenalkan dan dipraktikkan di Indonesia. Prinsip kewajiban fidusia semakin dikenal luas dan berkembang dalam tata kelola perusahaan setelah berlakunya Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

Pada dasarnya prinsip-prinsip kewajiban fidusia bagi direksi perusahaan meliputi standar-standar sebagai berikut:

a. Kewajiban Itikad baik (*Duty of Good Faith*)

Menurut Fauzie Yusuf Hasibuan, landasan utama dari setiap transaksi komersial adalah itikad baik dan transaksi jujur.²⁰² Kewajiban itikad baik senantiasa diperlukan dalam hubungan-hubungan pribadi maupun bisnis. Kewajiban itikad baik mengharuskan adanya kejujuran dalam bekerja dengan pihak lainnya, dan menghindari perilaku serampangan, atau upaya mengambil manfaat secara sadar dengan merugikan pihak lain.

Menurut Peneliti prinsip itikad baik merupakan esensi dari kewajiban fidusia dan bersumber dari prinsip-prinsip hukum kodrat. Istilah itikad baik secara tradisional dipergunakan untuk menunjukkan sifat mental dan keyakinan yang jujur atas kebenaran suatu rencana atau aspek moralitas dari suatu tindakan. Prinsip itikad baik tidak hanya mempertimbangkan maksud penerima fidusia tapi juga seberapa tinggi derajat maksud dari penerima fidusia tersebut untuk melaksanakan kewajiban.

²⁰² Hasibuan, Fauzie Yusuf., *Keseimbangan Dan Keterbukaan Dalam Kontrak Anjak Piutang Di Indonesia.*, Jakarta: Fauzie & Partners, 2010.,hlm.26.

Berkaitan dengan pelaksanaan kewajiban fidusia direksi sebagaimana diuraikan di atas, menarik untuk menyimak suatu putusan Pengadilan Delaware yang menunjukkan pentingnya itikad baik dalam melaksanakan kewajiban bagi direksi perusahaan. Dalam kasus tersebut, seorang pemegang saham menggugat direktur perusahaan Walt Disney yang mendalilkan bahwa direktur tersebut melanggar kewajiban fidusia ketika menetapkan kompensasi dan ketentuan-ketentuan pemberhentian presiden direktur perusahaan. Gugatan tersebut mengklaim bahwa setelah masa satu tahun, mantan presiden direktur tersebut meninggalkan perusahaan, dan menerima uang pesangon dan manfaat lainnya melebihi jumlah USD 140 juta. Fakta yang didalilkan dalam gugatan menunjukkan bahwa persetujuan direktur atas pengaturan kompensasi, dengan risiko keuangan yang menyertainya, bersifat asal-asalan dan keputusan tersebut diambil tidak berdasarkan informasi yang akurat. Dalam pertimbangan hukumnya, pengadilan menyatakan bahwa perilaku direktur termasuk kategori "*deliberate indifferent*", yaitu dengan sengaja melakukan pengabaian. Tindakan demikian merupakan

suatu kegagalan untuk bertindak jujur dan dengan itikad baik (*honestly and in good faith*).²⁰³

Pengertian itikad baik sebagaimana dimaksudkan dalam putusan Pengadilan Tinggi Delaware, sebenarnya terbuka untuk berbagai interpretasi. Pengadilan Tinggi berpendapat bahwa tiga kategori perilaku merupakan cikal bakal perilaku itikad buruk.²⁰⁴ Pertama, itikad buruk subjektif (*Subjective bad faith*). Hal ini terjadi ketika “perilaku fidusia dimotivasi oleh niat untuk melakukan tindakan merugikan” (*fiduciary conduct motivated by an actual intent to do harm*).

Kedua, yaitu ketika penerima kepercayaan (fidusia) bertindak “semata-mata karena kelalaian dan tanpa maksud yang tidak baik” Ketiga, adalah kategori antara yang pertama dan yang kedua di atas, yaitu sengaja melalaikan kewajiban, suatu kesadaran mengabaikan tanggung jawab.

²⁰³ Johnston Jr, Joseph F., *Loc.cit.*, hlm. 38.

²⁰⁴ Andrew S. Gold., *op.cit.*, hlm.420.

Berkaitan dengan pengertian itikad baik bagi direksi, Putusan Pengadilan Chancery dalam *Re-Caremark International, Inc.* (“*Caremark*”) memberikan pengertian sebagai berikut:²⁰⁵

- a) Kegagalan sistematis dan berkelanjutan dari direksi untuk memantau kepatuhan perusahaan, menjadi bukti tidak adanya itikad baik;
- b) Diabaikannya itikad baik, bisa ditunjukkan oleh kegagalan direksi untuk melakukan tugas-tugas, yang sudah ada, yang sebelumnya wajib untuk dipantau, yakni, tugas untuk mengawasi/memonitor. Tugas untuk memantau berimplikasi pada kewajiban kehati-hatian. Hal ini menuntut direksi untuk melakukan kehati-hatian dalam merancang sebuah sistem pemantauan.
- c) Kegagalan sistematis dan berkelanjutan untuk melakukan tugas, akan merupakan kegagalan atas kewajiban kesetiaan.

Pihak *beneficiary* (penerima manfaat) dalam hubungan dengan penerima fidusia pada dasarnya rentan terhadap perilaku atau praktik curang yang bersumber dari ketidakjujuran

²⁰⁵ Lihat *Memorandum Opinion*, Allen Chacellor , In Re Caremark International Inc. *Derivative Action Consolidated Civil Action* No.13670. 698 A 2d 959, 1996 Ch. LEXIS 125 (Del. Sept, 25, 1996) (960).

penerima fidusia. Bagaimanapun, ilustrasi tentang perilaku curang merupakan gambaran yang menyuramkan kehidupan perusahaan. Ketika misalnya seorang manajer keuangan diarahkan oleh direktur keuangan untuk memalsukan laporan keuangan perusahaan dengan maksud menyembunyikan kondisi keuangan yang buruk, manajer keuangan tersebut tentu saja dapat menolak untuk melakukan hal tersebut, karena kewajiban utamanya adalah terhadap perusahaan dan pemegang saham, bukan kepada direktur keuangan. Mengabaikan prinsip ini menyebabkan kesalahan dalam pengurusan dan menimbulkan kesulitan pribadi.

Tanggungjawab direksi dalam melaksanakan pengurusan perseroan, tidak cukup hanya dilakukan untuk kepentingan perseroan sesuai dengan maksud dan tujuan yang ditetapkan dalam anggaran dasar perusahaan. Namun, pengurusan itu wajib dilaksanakan dengan itikad baik (*good faith*) dan penuh tanggungjawab. Hal tersebut secara tegas pula dinyatakan dalam ketentuan pasal 97 ayat (2) UUP, bahwa pengurusan

perusahaan wajib dilaksanakan setiap anggota direksi dengan itikad baik dan penuh tanggungjawab.²⁰⁶

Menurut Yahya Harahap,²⁰⁷ makna itikad baik dalam konteks pengurusan perseroan oleh anggota direksi dalam praktik dan doktrin hukum, memiliki jangkauan luas yang meliputi antara lain sebagai berikut:

(1). Wajib Dipercaya (*fiduciary duty*).

Setiap anggota direksi selamanya harus “dapat dipercaya” (*must always bonafide*), dan selamanya harus jujur (*must always be honest*) dalam melaksanakan tugas dan tanggungjawab pengurusan perusahaan.

Terkait dengan hal tersebut, mengutip MC, Oliver dan EA Marshall, Yahya Harahap menyatakan.... “*a director is permitted to be very stupid as long as honest*”²⁰⁸. (Seorang direktur diperbolehkan untuk menjadi sangat bodoh sepanjang dia jujur; Terjemahan oleh Penulis). Tentu saja makna pernyataan tersebut bukanlah merekomendasikan direktur yang bodoh, melainkan

²⁰⁶ Pasal 97 ayat 2 UUPD 2007

²⁰⁷ M. Yahya Harahap, SH. *Hukum Perseroan Terbatas*, Jakarta: Sinar Grafika, 2009., hlm. 374 - 375

²⁰⁸ *Ibid.*, hlm. 374.

menekankan pentingnya sifat jujur dimiliki oleh seorang direktur sebagai *fiduciary*.

(2) Wajib melaksanakan pengurusan untuk tujuan yang wajar (*duty to act for a proper purpose*)

Makna itikad baik mencakup pula kewajiban anggota direksi untuk melaksanakan kekuasaan atau fungsi dan kewenangan pengurusan itu untuk “tujuan yang wajar” (*for a proper purpose*). Dengan demikian, apabila anggota direksi dalam melaksanakan tugas pengurusan perusahaan dengan tujuan tidak wajar, maka anggota direksi tersebut dianggap beritikad buruk.

(3) Wajib patuh mentaati peraturan perundang-undangan (*statutory duty*).

Itikad baik juga mempunyai makna sebagai kepatuhan dan ketaatan terhadap hukum dan peraturan perundang-undangan dalam arti luas, dan terhadap anggaran dasar perusahaan dalam arti sempit.

Yahya Harahap mencatat bahwa kepatuhan direksi terhadap peraturan perundang-undangan, wajib dilakukan

dengan itikad baik. Jika anggota direksi mengetahui bahwa tindakannya melanggar peraturan perundang-undangan, atau tidak hati-hati atau sembrono (*carelessly*) dalam melaksanakan kewajiban mengurus perseroan, yang mengakibatkan pengurusan itu melanggar peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka tindakan pengurusan itu “melawan hukum” (*onwettig, unlawful*) yang dikategorikan sebagai perbuatan melawan hukum (*onregmatiegedaad, unlawful act*). Dalam kasus demikian, anggota direksi bertanggungjawab secara pribadi (*personally liable*) atas segala kerugian yang timbul kepada perseroan.²⁰⁹

(4) Wajib Loyal terhadap Perseroan (*Loyalty Duty*).

Itikad baik juga mengandung makna bahwa anggota direksi wajib loyal kepada perusahaan. Dalam hal ini, itikad baik memiliki makna yang sama dengan loyalitas. Artinya, anggota direksi wajib dengan itikad baik yang setinggi-tingginya mengurus perusahaan semata-mata untuk kepentingan perusahaan, dan menghindari kepentingan pribadinya. Sebagai anggota direksi, tidak menggunakan dana perusahaan untuk kepentingan dirinya sendiri. Demikian pula anggota direksi

²⁰⁹ *Ibid.*, hlm. 375

wajib dengan itikad baik menjaga rahasia perusahaan atau rahasia dagang perusahaan sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku.

(5) Wajib menghindari benturan kepentingan (*avoid conflict of interest*).

Anggota direksi wajib menghindari terjadinya benturan kepentingan dalam melaksanakan pengurusan perusahaan. Hal ini mengandung pengertian bahwa, setiap pengurusan yang mengandung benturan kepentingan, dikategorikan sebagai tindakan itikad buruk (*bad faith*). Sebab, tindakan demikian merupakan pelanggaran terhadap *kewajiban fiducia* sekaligus merupakan pelanggaran terhadap kewajiban kepatuhan terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Mengutip Carson dan Boartright, Kurniawan menguraikan batasan benturan kepentingan sebagai berikut.²¹⁰

A conflict of interest exists in any situation in which an individual has difficulty discharging the official duties attaching to a position or office she holds because: (i) there is an actual or potential conflict between her own

²¹⁰Lihat lebih lanjut Wahyu Kurniawan, *Corporate Governance, Dalam Aspek Hukum Perusahaan*, Jakarta, PT Pustaka Utama Grafiti, 2012., hlm. 92.

personal interests and the interests of the party to whom she owes those duties, or (ii) there is an actual or potential conflict of interest of her friends, family, or other clients, and the interests of the party to whom she owes those duties”.

(Sebuah konflik kepentingan muncul dalam situasi di mana seorang individual mengalami kesulitan melaksanakan tugas resmi yang melekat pada posisi atau jabatan yang ia pegang karena: (i) ada konflik aktual atau potensial antara kepentingan pribadi sendiri dan kepentingan pihak untuk siapa dia bertanggungjawab dalam tugas-tugas tersebut, atau (ii) ada konflik aktual atau potensial kepentingan teman-temannya, keluarga, atau klien lain, dan kepentingan pihak kepada siapa ia bertanggungjawab atas tugas itu; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Konsep benturan kepentingan (*conflict of interest*) bagi anggota direksi dalam pengurusan perusahaan, juga diadopsi oleh hukum perseroan di Indonesia yang dianggap sebagai salah satu bentuk pelanggaran terhadap *kewajiban fidusia* anggota direksi.

Pasal 99 ayat (1) UUPT 2007 menyatakan sebagai berikut:

Anggota direksi tidak berwenang mewakili perseroan apabila:

- a. terjadi perkara di pengadilan antara perseroan dengan anggota direksi yang bersangkutan; atau
- b. anggota direksi yang bersangkutan mempunyai benturan kepentingan dengan perseroan.

Sedangkan dalam ketentuan pasal 97 ayat (5) UUPT 2007, dinyatakan sebagai berikut:

Anggota direksi tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian sebagaimana pada ayat (3) apabila dapat membuktikan:

- a. tidak mempunyai benturan kepentingan baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan yang mengakibatkan kerugian.

Kedua ketentuan pasal yang dikutip di atas sama-sama menekankan kewajiban untuk menghindari benturan kepentingan. Sedangkan berdasarkan ketentuan Pasal 99 ayat (2) UUPT 2007 sebagaimana tersebut di atas, dapat dipahami bahwa seorang anggota direksi yang melanggar prinsip *conflict of interest* atau mengalami benturan kepentingan dengan perseroan, akan kehilangan hak representasi, atau tidak dapat bertindak mewakili perusahaan.

Peraturan Bapepam-LK juga memberikan pengertian Benturan Kepentingan sebagai berikut :

Benturan kepentingan adalah perbedaan antara kepentingan ekonomis Perusahaan dengan kepentingan ekonomis pribadi anggota Direksi, anggota Dewan Komisaris, atau pemegang saham utama yang dapat merugikan perusahaan dimaksud.²¹¹

²¹¹ Peraturan Bapepam-LK No. IX.E.1 tentang Transaksi Afiliasi dan Benturan kepentingan, Angka 1 Huruf e.

Berbeda dengan kategori makna itikad baik dari direksi sebagaimana diuraikan di atas, Gordon D. Smith mengutip Robert S. Summers, menyatakan bahwa sebenarnya makna Itikad baik (*Good faith*) berfungsi sebagai standar pengecualian. Dalam pengertian, itikad baik selalu dianggap ada apabila tidak terbukti adanya itikad buruk. Lebih lanjut diuraikan bahwa itikad buruk pada dasarnya mempunyai enam kategori yaitu;

- (1) tidak menunjukkan semangat dalam bertransaksi;
- (2) tidak menunjukkan ketekunan dan kesungguhan dalam pekerjaan;
- (3) menyalahgunakan kekuasaan dalam pekerjaan;
- (4) menunjukkan kinerja yang tidak optimal;
- (5) menyalahgunakan kekuasaan untuk memastikan kepatuhan;
- (6) dan mengganggu, atau lalai dalam bekerjasama dengan pihak lain.²¹²

Prinsip itikad baik tampaknya memiliki cakupan makna yang cukup luas, dan tidak berdiri sendiri berdasarkan uraian

²¹² Gordon D. Smith, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, *Vanderbilt Law Review*, Vol.55:1399, 2002., hlm.1489.

yang dipaparkan di atas. Itikad baik pada dasarnya mencakup pula prinsip loyalitas. Dalam kasus *Disney V*, Mahkamah Agung Delaware menyatakan bahwa menunjukkan pelanggaran kewajiban itikad baik, bukan merupakan dasar yang independen untuk menbebaskan tanggungjawab, namun merupakan jalan yang tidak langsung untuk menerapkan tanggungjawab di bawah kewajiban loyalitas (*Duty of Loyalty*).²¹³ Hal ini sejalan pula dengan apa yang dinyatakan oleh Hakim Jacob sebagaimana dikutip oleh Wahyu Kurniawan sebagai berikut:

*Although corporate directors are unquestionably obligated to act in good faith, doctrinally that obligation does not exist separate and apart from fiduciary duty of loyalty. Rather, it is a subset or "subsidiary requirement" that is subsumed within the duty of loyalty, as distinguished from being a compartmentally distinct fiduciary duty of equal dignity with the two bedrock fiduciary duties of loyalty and due care.*²¹⁴

(Meskipun direksi perusahaan wajib bertindak dengan itikad baik, secara doktrinal kewajiban tersebut tidak hadir secara terpisah dan terlepas dari kewajiban kesetiaan fidusia. Namun, ia merupakan suatu bagian atau syarat tambahan yang dimasukkan dalam kewajiban kesetiaan, sebagaimana dibedakan dari dua kewajiban fidusia yang memiliki derajat yang sama yaitu kewajiban kesetiaan dan kewajiban kehati-hatian; Terjemahan oleh Penulis)

²¹³ Lihat lebih jauh Andrew S. Gold., *A Decision Theory Approach to The Business Judgement Rule: Reflections on Disney, Good Faith, And Judicial Uncertainty*, *Maryland Law Review*, Vol. 66:398., 2007.

²¹⁴ Wahyu Kurniawan, *Corporate Governance, Dalam Aspek Hukum Perusahaan*, Jakarta, PT Pustaka Utama Grafiti, 2012., hlm. 89.

b. Kewajiban Loyalitas (*Duty of loyalty*)

Kewajiban Loyalitas²¹⁵ pada prinsipnya bermaksud memastikan bahwa direksi tidak terlibat dalam transaksi untuk kepentingan pribadi (*self dealing*), atau memanfaatkan peluang-peluang perusahaan (*Company Oppurtunities*) untuk kepentingan pribadinya, dan menimbulkan dampak kerugian bagi pemegang saham. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa kewajiban loyalitas terlanggar ketika benturan kepentingan muncul.

Kewajiban loyalitas senantiasa menuntut bahwa setiap keputusan yang dibuat oleh direksi, harus berorientasi kepada kepentingan terbaik perusahaan. Kewajiban loyalitas dengan demikian mengharuskan setiap anggota direksi untuk melindungi kepentingan pemegang saham dan kepentingan perusahaan, serta mencegah itikad buruk, atau setiap bentuk kecurangan, atau transaksi yang menguntungkan kepentingan pribadi (*self dealing*). Kewajiban kesetiaan juga melarang direksi selaku

²¹⁵ Black Law Dictionary mendefinisikan *Duty of loyalty* sebagai "A person's duty not to engage in self dealing or otherwise use his or her position to further personal interests dather than those of the beneficiary . For example, directors have a duty not to engage in self dealing to further their own personal interests rather than the interests of the corporation". Lihat Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, ST, Paul MN, USA:West Group, 1999.hlm. 523.

penerima fidusia untuk memanfaatkan posisinya sebagai “insider” (pemain dalam) dengan jalan mengambil alih peluang-peluang bisnis perusahaan untuk kepentingan pribadi.

Berkaitan dengan lingkup peluang-peluang bisnis (*Business Oppurtunities*) sebagaimana disinggung di atas, mengutip Eric G. Orlinsky, Wahyu Kurniawan menegaskan empat alat uji sebagai tes untuk munjustifikasi apakah kesempatan atau peluang-peluang tersebut adalah milik perusahaan. Keempat alat uji tersebut adalah sebagai berikut:²¹⁶

- (1) Kesempatan termasuk dalam kepentingan atau harapan perusahaan (*the interest or expectancy test*);
- (2) Kesempatan tersebut dalam ruang lingkup area bisnis perusahaan (*the line of business test*);
- (3) Kapsitas untuk menggunakan kesempatan bagi diri sendiri direksi (*the capacity in which the oppurtunity was presented to the director*); dan Uji kesetaraan (*the fairness test*).

²¹⁶ Wahyu Kurniawan, *Loc.cit.*, hlm. 98.

Terkait dengan alat uji di atas, Hamilton melihat bahwa kasus-kasus mutakhir telah menggunakan ruang lingkup usaha²¹⁷ perusahaan sebagai alat uji untuk memastikan apakah suatu peluang bisnis merupakan peluang bisnis milik perusahaan atau bukan. Dalam praktik, terdapat pengadilan yang tidak begitu mementingkan persyaratan “ruang lingkup usaha” sebagai alat uji, melainkan lebih menekankan pada persoalan keadilan, apakah wajar jika direktur dengan alasan apapun mengambil manfaat untuk kepentingan pribadi atas suatu peluang bisnis. Dengan demikian terdapat dua aspek yang perlu diperhatikan dalam konteks ini. Pertama, apakah perusahaan memiliki kepentingan yang sah atas suatu peluang bisnis (pendekatan “ruang lingkup usaha”). Kedua, dalam kondisi apakah, seorang direktur boleh mengambil manfaat dari peluang usaha tersebut (pendekatan “kewajaran”).²¹⁸

Anggota direksi yang mengambil peluang bisnis perusahaan untuk kepentingan pribadinya, dapat dikatakan bahwa anggota direksi tersebut menempatkan dirinya dalam

²¹⁷ Pada umumnya ruang lingkup usaha (*line of business*) perseroan terbatas di Indonesia, diatur dalam pasal 3 Anggaran Dasar Perseroan.

²¹⁸ Lihat Robert W. Hamilton., *op.cit.*, hlm. 478 -479.

posisi yang berkompetisi dengan perusahaan, sehingga terjebak dalam kepentingan yang saling berbenturan. Sebaliknya, apabila anggota direksi melakukan tindakan-tindakan yang berada di luar ruang lingkup usaha perusahaan, maka anggota direksi tersebut terjebak dalam kondisi *ultra vires*, yang dapat dikategorikan sebagai pelanggaran kewajiban fidusia.

Ketentuan Pasal 5.05(b) *American Law Institute's Corporate Governance Project* menetapkan, suatu peluang bisnis dianggap sebagai peluang bisnis perusahaan (*Corporate Opportunity*), apabila memenuhi salah satu syarat sebagai berikut:²¹⁹

- (1) Direktur perusahaan meyakini peluang tersebut pernah ditawarkan keadan perusahaan;
- (2) Direktur perusahaan meyakini bahwa peluang tersebut termasuk dalam kepentingan perusahaan;
- (3) Peluang bisnis tersebut terkait erat dengan suatu bisnis yang sedang atau diharapkan akan dijalankan oleh perusahaan;

²¹⁹ *Ibid.*, hlm. 80.

Anggota direksi tentu saja menghadapi beban yang lebih berat untuk memenuhi kewajiban loyalitas. Apalagi prinsip *Business Judgement Rule* tidak akan berlaku bagi direksi ketika kewajiban loyalitas dilanggar. Akan tetapi, meskipun kewajiban loyalitas lebih ketat dibanding kewajiban kehati-hatian, namun kewajiban loyalitas mensyaratkan bahwa transaksi harus adil dan wajar. Sepanjang transaksi tersebut mempunyai landasan yang wajar, maka hal tersebut tidak dianggap sebagai pelanggaran kewajiban loyalitas. Esensi dari kewajiban loyalitas²²⁰ mensyaratkan bahwa suatu transaksi yang wajar adalah bertujuan untuk memastikan anggota direksi perusahaan tidak mengambil manfaat untuk kepentingan pribadi dari transaksi perusahaan dan tidak merugikan kepentingan pemegang saham.

Berbagai kemungkinan kasus sebagai konsekuensi terjadinya pelanggaran kewajiban loyalitas dapat dibagi kedalam lima jenis sebagai berikut:²²¹

- (1) Kasus-kasus yang melibatkan transaksi antara seorang direktur dan perusahaan (*self-dealing*);

²²⁰ *Bridging the Gap Between Ownership and Control*, *The Journal of Corporation Law*, Volume 14:2, 2009., hlm.416.

²²¹ Robert W. Hamilton., *op.cit.*, hlm. 467.

- (2) Kasus-kasus yang melibatkan transaksi antara perusahaan-perusahaan dan satu atau lebih direktur bersama;
- (3) Kasus-kasus yang melibatkan seorang direktur mengambil manfaat berupa peluang-peluang bisnis perusahaan;
- (4) Kasus-kasus dimana direktur bersaing dengan perusahaan dan bisnisnya; dan
- (5) Kasus-kasus dimana direktur menyampaikan informasi keliru atau menyesatkan kepada pemegang saham, biasanya sehubungan dengan beberapa transaksi yang mensyaratkan persetujuan pemegang saham.

Sebagai salah satu bentuk pelanggaran terhadap kewajiban loyalitas, *self-dealing* mengandung risiko berbahaya bagi perusahaan. Dalam transaksi tersebut, perusahaan sangat rentan diperlakukan secara tidak adil atau tidak wajar. Sebab, transaksi-transaksi demikian umumnya bersifat sukarela atau tidak diwajibkan secara spesifik. Oleh karena itu dalam praktik, dalam kasus-kasus terkait *self-dealing* beban pembuktian diarahkan kepada direktur bukan kepada penggugat, untuk

membuktikan tidak adanya pelanggaran terhadap prinsip *self-dealing* tersebut.

Mengenai prinsip *self-dealing* serta persyaratan “ruang lingkup usaha” dapat ditemukan dalam hukum perusahaan di Indonesia, sebagaimana ditentukan Pasal 92 ayat (1) UUP 2007 yang menyatakan Direksi menjalankan pengurusan perseroan untuk kepentingan perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan.

c. Kewajiban Kehati-hatian (*Duty of Care*)

Kewajiban Kehati-hatian (*Duty of Care*) dikenal pula dengan istilah *Duty of Prudence* atau kewajiban kecermatan. Sifat kehati-hatian sesungguhnya memiliki akar yang dalam pada hukum moral (*moral law*). Dari zaman klasik hingga zaman modern, sifat kehati-hatian dianggap sebagai salah satu nilai utama, beriringan dengan nilai keadilan, keteguhan dan kesederhanaan, dan seringkali dapat diidentifikasi dengan nalar yang praktis. Sifat kehati-hatian mencakup kemampuan atau kualitas untuk melihat kedepan, mempertimbangkan, melakukan penilaian yang diperlukan untuk mengambil keputusan dengan

dasar yang jelas dan obyektif.²²² Dalam perkembangannya, standar kehati-hatian dan kepatutan telah diadopsi oleh pengadilan-pengadilan *Anglo-America* sebagai unsur obyektifitas kedalam pengambilan keputusan dalam permasalahan yang terjadi karena faktor kelalaian.²²³

Kewajiban kehati-hatian sering disebut sebagai aspek intrinsik dari hubungan kepercayaan. Dengan kata lain, kewajiban kehati-hatian merupakan suatu konsekuensi wajar dari adanya kewajiban kesetiaan (*Duty of Loyalty*), sebab loyalitas menuntut bahwa seorang penerima fidusia harus memiliki tanggungjawab yang fokus, tidak terbagi, dan menjalankan prinsip kehati-hatian dalam melaksanakan amanah yang diberikan kepadanya.

Kewajiban kehati-hatian merupakan kewajiban yang mengharuskan direktur untuk mengelola bisnis dan mengurus hal-hal lain yang terkait dengan perusahaan, semata-mata untuk kepentingan perusahaan. Kewajiban ini mengharuskan seorang direktur untuk melaksanakan kewajibannya dan mengambil

²²² Johnston Jr, Joseph F. *Loc.cit.*, hlm. 39.

²²³ *Ibid*

keputusan bisnis berdasarkan kehati-hatian yang pantas dilakukan oleh orang yang cermat (*reasonably prudent person*).

Pada dasarnya kewajiban kehati-hatian bersumber dari kewajiban moral yang dibangun dari proposisi nilai-nilai moralitas, dan kemudian dijemakan menjadi norma hukum. Prinsip ini dikombinasikan dengan prinsip-prinsip pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan (*liability based on fault*), khususnya unsur kelalaian (*negligence*). Proposisi moral mengasumsikan bahwa, suatu tindakan yang dijalankan oleh seseorang dapat mencelakai pihak lain apabila tindakan tersebut tidak dijalankan dengan penuh kehati-hatian. Oleh sebab itu, orang yang bersangkutan memiliki kewajiban untuk menjalankan kegiatannya dengan penuh kehati-hatian, agar dapat menghindari risiko yang mencelakakan pihak lain.

Mengutip Eisenberg, Wahyu Kurniawan menguraikan prinsip kewajiban kehati-hatian yang merupakan bagian dari kewajiban moral dari direksi, dalam empat unsur sebagai berikut.²²⁴

²²⁴ Wahyu Kurniawan, *Loc. Cit.*, hlm. 109.

A moral obligation to exercise care in the performance of one's role is also imposed on corporate directors and officers. This moral obligation is an aggregate comprised of four relatively distinct duties, each of which requires separate analysis. These are:

- (1) The duty of directors to reasonably monitor or oversee the conduct of the corporation's business, and, as a corollary, to take reasonable steps to keep abreast of the information that flows to the board as a result of monitoring procedures and technique.*
- (2) The duty of inquiry – that is, the duty to follow up reasonably on information that has been acquired and should raise cause for concern.*
- (3) The duty to employ a reasonable decision making process.*
- (4) The duty to make reasonable decision.*

Terjemahan bebas oleh Penulis sebagai berikut:

Sebuah kewajiban moral untuk berhati-hati dalam pelaksanaan tugas seseorang juga dikenakan pada direktur perusahaan dan pejabat. Kewajiban moral ini merupakan gabungan dari empat tugas yang berbeda, yang masing-masing memerlukan analisis berbeda yaitu:

- (1) Tugas direksi untuk memantau atau mengawasi dengan wajar perilaku bisnis korporasi, dan, mengambil langkah-langkah yang wajar untuk mengikuti perkembangan informasi yang mengalir kepada direksi sebagai hasil dari prosedur dan teknik pemantauan.

- (2) Tugas penyelidikan - yaitu, tugas untuk menindaklanjuti secara wajar informasi yang telah diperoleh dan meningkatkan keprihatinan.
- (3) Kewajiban untuk menggunakan proses pengambilan keputusan yang wajar.
- (4) Kewajiban untuk membuat keputusan yang wajar.

Kewajiban memonitor perusahaan mewajibkan direksi untuk mendapatkan informasi yang relevan dan penting mengenai seluruh aktivitas perusahaan. Direksi harus memastikan bahwa jalannya roda perusahaan tetap berada dalam jalur kebijakan perusahaan, dan tetap berada dalam koridor kepatuhan terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dalam menjalankan kewajiban ini, direksi melakukan pengawasan dan memastikan mekanisme dan sistem pengawasan dalam perusahaan berjalan dengan teratur dan sistematis.

Selain hal tersebut diatas, unsur kewajiban kehati-hatian lainnya adalah kewajiban untuk melakukan pemeriksaan dan penyelidikan dalam perusahaan (*duty to inquiry*). Kewajiban ini diperlukan agar direksi dapat segera mengetahui jika terdapat indikasi pelanggaran yang dilakukan oleh anggota direksi lainnya atau manajer senior dalam perusahaan. Untuk kasus-kasus tertentu yang berindikasi tindak pidana, biasanya dibentuk

suatu tim yang akan melakukan penyelidikan secara seksama, guna memperkaya informasi sebagai dasar untuk pengambilan keputusan lebih lanjut.

Penggunaan mekanisme atau proses yang tepat dalam pengambilan keputusan, merupakan hal yang penting pula bagi direksi. *Standard Operating Procedures (SOP)* atau mekanisme lain yang ditetapkan dalam anggaran dasar perusahaan maupun peraturan perundang-undangan, merupakan hal yang penting dan wajib diperhatikan dalam proses pengambilan keputusan oleh direksi. Terlebih lagi apabila keputusan yang akan diambil berkaitan dengan kepentingan karyawan, atau pemerintah serta pemangku kepentingan lainnya.

Selain mekanisme atau proses pengambilan keputusan yang harus tepat dan benar secara hukum, substansi keputusan yang akan diambil oleh direksi, harus pula merupakan keputusan yang wajar, yang didasarkan atas informasi yang memadai, serta semata-mata untuk kepentingan perusahaan.

Prinsip kewajiban kehati-hatian oleh direksi perusahaan di Indonesia, dapat diidentifikasi dalam hukum perusahaan di

Indonesia, sebagaimana dinyatakan dalam ketentuan pasal 97 ayat

(5) b dan d UUPT 2007 sebagai berikut:

Anggota direksi tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian sebagaimana dimaksud pada ayat (3) apabila dapat membuktikan:

- a. Kerugian tersebut bukan karena kesalahan atau kelalaiannya;
- b. telah melakukan pengelolaan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan;
- c. tidak mempunyai benturan kepentingan, baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengelolaan yang mengakibatkan kerugian; dan
- d. telah mengambil tindakan untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian tersebut.

2. Doktrin Keputusan Bisnis (*Business Judgement Rule*)

Mengawali uraian tentang doktrin keputusan bisnis, kiranya perlu memaparkan apa yang dikemukakan oleh Gold²²⁵ sebagai berikut:

The business judgement rule is often described as "presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company"

(Ketentuan keputusan bisnis sering digambarkan sebagai "anggapan bahwa dalam membuat keputusan bisnis direksi sebuah perusahaan bertindak berdasarkan informasi,

²²⁵ Andrew S. Gold, *A Decision Theory Approach to The Business Judgement Rule: Reflections on Disney, Good Faith, And Judicial Uncertainty*, *Maryland Law Review*, Vol. 66:398, 2007. hlm.398.

dengan itikad baik dan dalam keyakinan yang jujur bahwa tindakan yang diambil adalah demi kepentingan terbaik dari perusahaan; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Berdasarkan *Black's Law Dictionary*²²⁶ Doktrin Keputusan Bisnis (*Business Judgement Rule*) adalah praduga bahwa dalam membuat keputusan bisnis yang tidak melibatkan kepentingan pribadi atau transaksi untuk kepentingan diri sendiri (*self dealing*), direksi bertindak berdasarkan informasi yang tersedia, dengan itikad baik, atas dasar keyakinan yang jujur bahwa tindakannya adalah semata-mata untuk kepentingan perusahaan. Doktrin tersebut melindungi direksi dari tanggungjawab atas transaksi yang tidak menguntungkan atau berakibat merugikan perusahaan, apabila transaksi tersebut dibuat atas dasar itikad baik, dengan kehati-hatian, dan dalam lingkup kewenangan direksi.

Doktrin keputusan Bisnis merupakan prinsip dasar yang berlaku terhadap keputusan bisnis yang dibuat oleh direksi. Keputusan-keputusan yang dibuat oleh direksi atas dasar informasi yang wajar dan rasional, tidak menimbulkan tanggungjawab bagi direksi, meskipun keputusan tersebut

²²⁶ Briyan A. Garner, *Black's Law Dictionary, Seventh Edition, Black's Law Dictionary, Seventh Edition*, ST, Paul MN, USA: West Group, 1999.hlm. 192.

kemudian berdampak merugikan bagi perusahaan. Konsekuensinya, keputusan tersebut tetap sah dan mengikat perusahaan, serta tidak dapat dikesampingkan oleh pemegang saham.

Kualifikasi selanjutnya adalah bahwa keputusan direksi tidak mendapatkan perlindungan apabila keputusan tersebut mengandung unsur konflik kepentingan, atau keputusan tersebut merupakan transaksi yang mementingkan diri direksi sendiri. Dengan kata lain, keputusan direksi yang mengandung kepentingan pribadi di dalamnya, tidak mendapatkan perlindungan dalam Doktrin keputusan Bisnis.

Scarlett mencatat bahwa Doktrin keputusan Bisnis merupakan suatu prinsip *common law* yang sudah dikenal sekitar 200 tahun. Lebih lanjut dikatakan bahwa:²²⁷

An often stated rationale for the business judgement rule defence is to provide the protection needed for directors to fulfill their responsibility to manage the corporation without fear of shareholders second guessing their decisions through derivative lawsuits.

(Suatu hal yang sering dijadikan sebagai *ratio* pembelaan untuk ketentuan keputusan bisnis adalah untuk

²²⁷ Ann M. Scarlett, *Investors Beware Assessing Shareholder Derivative Litigation in India and China*, U.Pa. J.Int'l L. [Vol.33:1] 10/30/2011., hlm. 189..

memberikan perlindungan bagi direksi dalam menjalankan tanggungjawabnya mengelola perusahaan tanpa rasa takut akan digugat keputusannya oleh pemegang saham melalui gugatan derivatif; Terjemahan bebas oleh Penulis)

Menurut Sekicho,²²⁸ Doktrin keputusan Bisnis merupakan “tempat yang aman” bagi direksi perusahaan. Seorang direktur perusahaan tidak tunduk pada penilaian atau pemeriksaan oleh pengadilan sepanjang keputusannya memenuhi kriteria; (i) dibuat dengan itikad baik; (ii) dibuat atas dasar informasi yang lengkap; (iii) dibuat semata-mata untuk kepentingan perusahaan; (iv) bebas dari benturan kepentingan.

Berdasarkan *common law*, direksi diberikan kewenangan untuk membuat keputusan bisnis atau pengelolaan perusahaan, dan pelaksanaan kewenangan tersebut tidak tunduk pada peninjauan kembali oleh pengadilan. Hal ini juga didasarkan atas asumsi bahwa tidak semua hakim memiliki pengetahuan yang memadai dan rinci dalam bidang bisnis, sehingga tidak memiliki

²²⁸Sekicho, *Business Judgement Rule* http://everything2.com/index.pl?node_id=1763648 diakses pada tanggal 10 Oktober 2013.

kecakapan atau keahlian untuk melakukan penilaian terhadap keputusan bisnis dari direksi.²²⁹

Dengan Doktrin keputusan Bisnis, pengadilan tidak akan terlibat dalam evaluasi substantif atas suatu keputusan bisnis. Akan tetapi, pengadilan dapat menilai proses atau prosedur yang menjadi dasar keputusan itu diambil. Walaupun dalam hal ini, pada derajat tertentu mungkin saja dapat bersinggungan langsung dengan substansi keputusan bisnis.

Doktrin keputusan Bisnis dapat dianggap penghormatan terhadap pengambilan keputusan direksi, yang ditandai dengan keengganan pengadilan untuk melakukan penilaian atau pemeriksaan ulang terhadap suatu keputusan bisnis, dan keengganan pengadilan untuk menyurutkan keberanian direksi untuk mengambil risiko bisnis.²³⁰

Pengadilan memang seringkali menjadikan Doktrin keputusan Bisnis sebagai instrumen untuk menyingkap tujuan yang lebih luas. Misalnya, pengadilan khawatir bahwa standar

²²⁹ Robert W. Hamilton., *op.cit.*, hlm. 454.

²³⁰ Fred W. Triem, *Judicial Schizophrenia In Corporate Law: Confusing the Standard of Care With Business judgement Rule.*, *Alaska Law Reiview*, 24:23/2007. hlm. 26.

peninjauan kembali yang ketat, dapat menyurutkan keberanian direksi untuk mengambil pilihan-pilihan yang berisiko dalam rangka memaksimalkan kesejahteraan. Ketidakberanian mengambil risiko ini pada akhirnya juga merugikan perusahaan.²³¹

Doktrin keputusan Bisnis memiliki beberapa ciri khas, yaitu: Pertama, *Business Judgement Rule* berlaku terhadap keputusan-keputusan bisnis yang dibuat oleh direksi dengan berdasarkan praduga kebenaran (*presumption of correctness*).

Kedua, Doktrin keputusan Bisnis mensyaratkan adanya penilaian atau keputusan.

Ketiga, Doktrin keputusan Bisnis memproteksi direksi perusahaan dari tanggung jawab atas kesalahan yang dilakukan dalam keputusan bisnis, meskipun keputusan tersebut mengidap kesalahan.

Menurut Peneliti, prinsip Doktrin keputusan Bisnis memiliki hubungan yang erat dengan doktrin *Derivative Action*

²³¹ Andrew S. Gold., A Decision Theory Approach to The Business Judgement Rule Reflections: On *Disney, Good Faith, ND Judicial Uncertainty*, *Maryland Law Review*, Vol. 66:398, 2007, hlm. 444 .

sebab doktrin ini mengajarkan bahwa direksi suatu perusahaan tidak bertanggungjawab atas kerugian yang timbul dari suatu tindakan pengambilan keputusan, apabila tindakan direksi tersebut didasari itikad baik dan sifat hati-hati. Berkaitan dengan hal ini, Margotta berpendapat bahwa dengan doktrin keputusan Bisnis, direksi akan mendapatkan perlindungan hukum, sehingga tidak perlu memperoleh peninjauan oleh pemegang saham atau pengadilan atas keputusan yang diambil dalam konteks pengelolaan perusahaan.²³²

Selanjutnya, doktrin keputusan Bisnis mempunyai kaitan yang erat dengan standar kehati-hatian (*Standard of care*), namun terdapat perbedaan di antara keduanya. Perbedaan pokok antara standar kehati-hatian dan doktrin keputusan bisnis adalah bahwa standar kehati-hatian menetapkan secara *ex ante* perilaku-perilaku yang harus dipatuhi oleh direksi, sedangkan doktrin keputusan bisnis adalah merupakan standard peninjauan yang bersifat *ex post* yang diterapkan oleh pengadilan.²³³

²³² Lihat Donald G. Margotta, *The Business Judgement Rule vs. The Efficient Market Hypothesis in Takingover Litigation*, <http://www.michel-shaked.com>, terakhir dikunjungi pada tanggal 7 April 2006, hlm. 1.

²³³ Fred W. Triem, *op cit.*, hlm.29

Di balik kewajiban kehati-hatian, tentu saja direksi diharapkan untuk senantiasa menjalankan perusahaan dengan tujuan memberikan keuntungan kepada perusahaan. Direksi tentu diberikan kelonggaran dalam bertindak untuk melaksanakan fungsi kegiatan manajemen, dengan keberanian mengambil risiko dan menangkap peluang serta mendapatkan manfaat dan keuntungan bagi perseroan.

Dalam hal pengambilan keputusan, setiap keputusan direksi mempunyai dua kemungkinan, apakah keputusan tersebut termasuk kategori keputusan yang salah, atau termasuk keputusan yang benar. Di luar konteks pengambilan keputusan, tentu saja masih ada hal-hal bermanfaat yang sebenarnya dapat menjadi agenda keputusan direksi. Namun, hal-hal yang bermanfaat tersebut tentu saja jumlahnya tidak terbatas dan biasanya baru diketahui setelah direksi gagal mempertimbangkan. Dengan demikian, tuntutan yang bersifat retrospektif terhadap direksi karena dianggap gagal mempertimbangkan sesuatu hal yang spesifik, dapat menjadi hal yang memberatkan direksi. Hal ini bisa terjadi bukan hanya bagi direksi yang mempunyai

performa tidak bagus, tapi juga direksi yang mempunyai performa yang cukup bagus.

Dalam hubungan ini, menarik untuk disimak putusan dari Delaware *Chancellor*, William T Allen pada tahun 1986 dalam perkara *Caremark International Inc., Derivative Action* mengenai tanggungjawab direksi dalam konteks operasional, sebagai berikut:²³⁴

"[A] director's obligation includes a duty to attempt in good faith to assure that a corporate information and reporting system, which the board concludes is adequate, exist."

Directors do not "satisfy their obligation to be reasonably informed concerning the corporation, without assuring themselves that information and reporting systems exist in the organization that are reasonably designed to provide to senior management and to the board itself timely, accurate information sufficient to allow management and the board, each within its scope, to reach informed judgements concerning both the corporation's compliance with law and its business performance".

"Obviously the level of detail is appropriate for such an information system is a question for business judgement," and "obviously too, no rationally designed reporting system will remove the possibility that the corporation will violate laws and regulations, or that

²³⁴ Ibid, hlm. 2

senior officers or directors may nevertheless sometimes be misled or otherwise fail reasonably to detect acts material to the corporation's compliance with the law."

"[I]t is important that the board exercise a good faith judgement that the corporation's information and reporting system is in concept and design adequate to assure the board that appropriate information will come to its attention in a timely manner as a matter of ordinary operations".

("kewajiban direktur meliputi kewajiban untuk berusaha dengan itikad baik untuk menjamin adanya informasi perusahaan dan sistem pelaporan, yang menurut dewan adalah cukup memadai."

Direksi tidak "memenuhi kewajiban mereka untuk memiliki informasi yang cukup tentang korporasi, tanpa meyakinkan diri mereka sendiri bahwa informasi dan sistem pelaporan ada dalam organisasi yang cukup dirancang untuk menyediakan kepada manajemen senior dan dewan itu sendiri tepat waktu, informasi yang akurat cukup untuk memungkinkan manajemen dan dewan, masing-masing dalam ruang lingkup, untuk mencapai keputusan berdasar informasi mengenai kepatuhan korporasi terhadap hukum dan kinerja usahanya

"Sebenarnya tingkat detail yang sesuai untuk sistem informasi tersebut adalah pertanyaan untuk pertimbangan bisnis, " dan " jelas terlalu , tidak rasional dirancang sistem pelaporan akan menghapus kemungkinan bahwa korporasi akan melanggar undang-undang dan peraturan , atau bahwa staf senior atau direktur mungkin kadang-kadang tetap disesatkan atau gagal untuk mendeteksi tindakan material terhadap kepatuhan korporasi pada hukum.

"adalah penting bahwa direksi melakukan penilaian dengan itikad baik bahwa informasi perusahaan dan

sistem pelaporan adalah dalam konsep dan desain yang memadai untuk meyakinkan direksi bahwa informasi yang tepat akan menjadi perhatian dalam waktu yang tepat sebagai masalah operasi biasa"; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Terkait dengan paparan di atas, Stephen M. Marcus, Esq menyatakan sebagai berikut:

*Over the years, the business judgement rule has protected the actions of community association board members. Although various states have given the business judgment rule different standards towards its application, in essence the business judgment rule requires that in the absence of fraud or lack of good faith in a conduct of a community association's internal affairs, the courts will not second guess the decisions of a board. Obviously, fraud, self-dealing or unconscionable conduct will justify judicial review*²³⁵.

(Selama bertahun-tahun, ketentuan keputusan bisnis telah melindungi tindakan-tindakan dari anggota-anggota dewan asosiasi masyarakat. Meskipun berbagai negara telah memberikan standar yang berbeda dalam aplikasi ketentuan keputusan bisnis, esensinya ketentuan keputusan bisnis mensyaratkan bahwa dalam hal tidak ada kecurangan atau kurangnya itikad baik dalam suatu perilaku internal asosiasi komunitas, pengadilan tidak akan menilai ulang keputusan dari suatu dewan. Kenyataannya, kecurangan, transaksi kepentingan pribadi atau perilaku yang menyimpang akan

²³⁵ *The Business Judgment Rule Is Touched by An Angel*, www.meeb.com terakhir dikunjungi pada tanggal 13 Maret 2012.

menjustifikasi peninjauan kembali oleh pengadilan; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Doktrin keputusan Bisnis tersebut dimaksudkan untuk memberikan dorongan bagi direksi agar dalam melakukan tugasnya, tidak perlu takut terhadap ancaman tanggung jawab pribadi, dengan kata lain, Doktrin keputusan Bisnis *Rule* mendorong direksi untuk lebih berani mengambil risiko ketimbang terlalu hati-hati. Prinsip tersebut juga mencerminkan asumsi bahwa pengadilan tidak dapat membuat keputusan yang lebih baik dalam bidang bisnis ketimbang direksi. Sebab, para hakim sebagaimana telah disinggung sebelumnya, pada umumnya tidak memiliki keterampilan kegiatan dan penilaian bisnis dan baru memulai mempelajari permasalahan bisnis setelah terjadinya fakta-fakta.

Namun demikian, Doktrin keputusan Bisnis hanya berlaku terhadap pertimbangan atau keputusan bisnis, termasuk keputusan untuk tidak bertindak. Prinsip tersebut tidak dapat diterapkan dalam hal tidak ada keputusan bisnis yang diambil. Namun, sejauh mana doktrin keputusan Bisnis dapat diterapkan oleh pengadilan di luar konteks pengambilan keputusan, merupakan sesuatu yang tidak dapat dipastikan. Dalam kaitan

ini, E. Norman Veasey, the Chief Justice, Delaware Supreme Court, menyatakan "*the business judgement rule does not strictly apply in oversight context, but there are judgement aspects to mechanisms directors decide to set up to monitor mismanagement*".²³⁶

(“Ketentuan keputusan bisnis tidak secara mutlak berlaku dalam konteks pengawasan, tapi terdapat aspek-aspek penilaian terhadap mekanisme yang ditetapkan oleh direksi untuk memonitor kesalahan pengelolaan; terjemahan bebas oleh Penulis)

Penerapan doktrin keputusan Bisnis dalam konteks pengambilan keputusan oleh direksi, dapat mengundang kontroversi, terutama terkait penerapannya terhadap isu-isu yang berhubungan dengan pengendalian perusahaan. Hal ini tercermin dalam pernyataan Donald G. Margotta sebagai berikut :

There is a minimal controversy in the legal literature over the applicability of the Business Judgement Rule concerning routine decisions of a firm.

²³⁶ Dennis J. Block and Stephen A. Radin, *loc.cit.*

*However, there is a great deal of controversy over its applicability in issues dealing with corporate control.*²³⁷

(Terdapat suatu kontroversi kecil dalam literatur hukum tentang penerapan doktrin keputusan bisnis terhadap keputusan rutin dari suatu perusahaan. Namun demikian, terdapat suatu kontroversi besar terhadap aplikasinya dalam permasalahan yang berkaitan dengan pengendalian perusahaan; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Namun demikian, pengadilan Delaware telah menetapkan bahwa Business Judgement Rule dapat diterapkan sekalipun dalam transaksi-transaksi mendasar perusahaan, seperti Pengambilalihan (*takeover*). Sebagai contoh, dewan direksi dari *City Investing Company* menolak *tender offer* atas sahamnya yang dilakukan oleh *Tamco Enterprises*, lalu kemudian pemegang saham mengajukan *derivative action* terhadap direksi, dengan dalil bahwa direksi tidak mempunyai tujuan bisnis yang tepat dalam menolak *tender offer* tersebut, melainkan hanya mendasarkan keputusannya pada keinginan untuk tetap bertahan sebagai direksi, sehingga karenanya melanggar kewajiban fidusia. Dalam permasalahan ini, Mahkamah Agung Delaware (1984) menolak gugatan pemegang

²³⁷ Donald G. Margotta, *op. cit.*

saham, dengan menerapkan Doktrin keputusan Bisnis, sebagaimana terungkap pada pertimbangan sebagai berikut:²³⁸

We are not persuaded by plaintiffs' claim that the City board's refusal to accept the premium offered by Tamco, or to negotiate with Tamco under these circumstances, are prima facie breaches of fiduciary duty and hence, excuse demand. Establishing such a principle would rob corporate boards of all discretion, forcing them to choose between accepting any tender offer or merger proposal above market, or facing the likelihood of personal liability if they reject it. To put directors to such a Hobson's choice would be the antithesis of the principles upon which a proper exercise of business judgement is demanded of them.

(Kami tidak dipengaruhi oleh tuntutan Penggugat bahwa penolakan dewan kota untuk menerima premi yang ditawarkan oleh Tamco, atau untuk berunding dengan Tamco di bawah kondisi-kondisi ini, dengan sendirinya merupakan pelanggaran kewajiban fidusia dan karenanya, membolehkan adanya tuntutan. Menetapkan prinsip demikian akan merampok seluruh diskresi dewan direksi perusahaan, memaksa mereka untuk memilih antara menerima suatu tawaran tender atau usulan merger di atas pasar, atau menghadapi kemungkinan tanggungjawab pribadi apabila mereka menolak itu. Menempatkan direksi pada pilihan Hubson demikian, akan merupakan antitesis prinsip-prinsip dimana dasar-dasar pelaksanaan keputusan bisnis adalah dituntut dari mereka; Terjemahan bebas oleh Penulis)

²³⁸ *Ibid.*

Prinsip-prinsip Tata Kelola Perusahaan yang dikeluarkan oleh *American Law Institute* (ALI), juga menetapkan prinsip yang menjadi dasar Doktrin keputusan Bisnis. Pasal 4.01(a) menetapkan Kewajiban Kehati-hatian (*Duty of Care*) secara umum. Pasal 4.01(c) menetapkan bahwa seorang direktur yang membuat suatu keputusan bisnis dengan itikad baik, dianggap telah memenuhi kewajibannya berdasarkan pasal 4.01 (a) apabila (1) dia tidak memiliki kepentingan terkait dengan keputusannya, (2) dia memiliki informasi yang layak dan patut dipercaya mengenai pokok atau hal-hal yang dinyatakan dalam keputusannya, dan (3) dia secara rasional meyakini bahwa keputusan bisnis yang telah dibuat, semata-mata untuk kepentingan perusahaan.

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Pengantar

Menurut Sri Gambir metodologi dalam penelitian berfungsi untuk menjelaskan bagaimana bahan atau data dikumpulkan dan bagaimana dianalisis serta bagaimana hasil analisis tersebut.²³⁹ Cohen sebagaimana dikutip oleh Peter Mahmud Marzuki, mengungkapkan, *Legal Research is the process of finding the law that governs activities in human society.*²⁴⁰ (Penelitian hukum adalah proses menemukan hukum yang mengatur aktivitas masyarakat manusia; Terjemahan bebas oleh Penulis) Selanjutnya Cohen menjelaskan, *it involves locating both the rules which are enforced by the states and commentaries which explain or analyze these rules.*²⁴¹ (ia melibatkan pencarian aturan-aturan yang ditegakkan oleh negara dan komentar-komentar yang menjelaskan atau menganalisis aturan-aturan ini; Terjemahan bebas oleh Penulis)

²³⁹ Sri Gambir Melati Hatta, *op.cit.*, hlm.27.

²⁴⁰ Lihat Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta 2006, hlm. 30.

²⁴¹ *Ibid*

Mengutip Huitchiston, Peter Mahmud Marzuki menguraikan empat tipe penelitian hukum sebagai berikut:

1. *Doctrinal Research: Research which provide a systematic exposition of the rules governing a particular legal category, analyses the relationship between rules, explain areas of difficulty and, perhaps, predicts future development;*
2. *Reform-Oriented Research: Research which intensively evaluates the adequacy of existing rules and which recommends changes to any rules found wanting;*
3. *Theoretical Research: Research which fosters a more complete understanding of the conceptual bases of legal principles and of combined effects of a range of rules and procedures that touch on a particular area of activity;*
4. *Fundamental Reserach: Research designed to secure a deeper understanding of law as a social phenomenon, including research on the historical, philosphical, linguistic, economic, social or political implication.*

Terjemahan bebas oleh Penulis sebagai berikut:

1. Penelitian Doktrinal: Penelitian yang memberikan eksposisi yang sistematis mengenai peraturan yang mengatur kategori hukum tertentu, menganalisis hubungan antara aturan-aturan, menjelaskan area kesulitan dan, barangkali memprediksi perkembangan kedepan;
2. Penelitian-Berorientasi reformasi: Penelitian yang secara intensif mengevaluasi kelayakan aturan-aturan yang ada dan akan merekomendasikan perubahan-perubahan terhadap aturan-aturan yang kurang memadai;

3. Penelitian Teoretikal: Penelitian yang mengangkat pemahaman yang lebih lengkap mengenai dasar-dasar konseptual dari prinsip-prinsip hukum dan efek gabungan dari seperangkat aturan dan prosedur yang menyentuh area aktivitas tertentu;
4. Penelitian Fundamental: Penelitian yang dirancang untuk mengamankan suatu pengertian yang mendalam mengenai hukum sebagai suatu fenomena sosial, termasuk penelitian tentang implikasi historis, filosofis, linguistik, ekonomis, sosial atau politik;

Tipe-tipe penelitian yang disebutkan di atas, terutama yang disebutkan pada butir 1 sampai butir 3 merupakan kategori penelitian yuridis normatif. Penelitian yuridis normatif menganalisis data atau bahan dengan mengacu kepada norma-norma hukum yang dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.²⁴² Oleh karena itu, kajian dalam penelitian yuridis normatif tidak lepas dari lapisan dogmatika hukum yaitu pada konsep dan teknis juridis (*Technischjuridisch begrippen*). Dalam hal ini yang dimaksud dogmatik hukum adalah ilmu hukum dalam arti sempit yang bertitik fokus pada analisis hukum positif, pengertian-pengertian dalam peraturan perundang-undangan, konsep-konsep hukum dan asas-asasnya, teori-teori hukum

²⁴² Sri Gambir Melati Hatta, *loc.cit.*

dan dari segi filsafat hukum²⁴³. Berkaitan dengan hal tersebut Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji²⁴⁴ mengemukakan bahwa penelitian terhadap asas-asas hukum dilakukan terhadap kaidah-kaidah hukum sebagai pedoman perilaku. Penelitian tersebut terutama dilakukan terhadap bahan-bahan hukum primer dan sekunder sepanjang bahan-bahan memuat kaidah-kaidah hukum.

Hal tersebut sejalan pula dengan pandangan yang dikemukakan oleh Hadin Muhjad dan Nunuk Nuswardani mengutip kesimpulan Arief Sidharta bahwa:

Obyek telaah ilmu hukum adalah hukum positif yang berlaku di suatu negara tertentu (pada waktu tertentu (hukum yang berlaku di sini sekarang), yakni sistem konseptual asas-asas hukum, kaidah-kaidah hukum dan putusan-putusan hukum produk kesadaran hukum dan politik hukum yang bagian pentingnya didepositifkan oleh penguasaan kewenangan (otoritas) hukum dalam negara yang bersangkutan, serta lembaga-lembaga hukum untuk mengaktualisasikan sistem konseptual tersebut²⁴⁵.

²⁴³. Hadin Muhjad dan Nunuk Nuswardani, *Penelitian Hukum Indonesia Kontemporer*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2012, hlm. 11.

²⁴⁴. Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian hukum Normatif*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1983, hlm. 62.

²⁴⁵ Hadin Muhjad dan Nunuk Nuswardani, *op.cit.* hlm 17

Lebih lanjut dikemukakan kegunaan ilmu hukum yang normatif sebagai berikut:²⁴⁶

- 1) Mempersiapkan putusan hukum pada tataran mikro maupun makro;
- 2) Menunjukkan apa hukumnya tentang hal tertentu dan merekomendasi interpretasi terhadap aturan yang tidak jelas (penemuan hukum)
- 3) Mengeliminasi kontradiksi yang tampak tampil dalam ilmu hukum.
- 4) Kritik dan menyarankan amandemen terhadap perundang-undangan yang ada, serta pembentukan perundang-undangan yang baru.
- 5) Analisis kritis terhadap putusan hakim untuk pembinaan yurisprudensi.

B. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif dan menggunakan bahan hukum primer, bahan hukum sekunder yang berkaitan gugatan derivatif sebagai upaya perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas di Indonesia.

Bahan hukum primer dalam hal ini adalah bahan hukum berupa peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan. Sedangkan bahan hukum sekunder adalah berupa buku-buku dan

²⁴⁶ *Ibid.*, hlm.18

jurnal dan bahan publikasi lainnya.²⁴⁷ Bahan hukum tertier berupa-berupa kamus-kamus atau karya-karya tulisan non hukum lainnya.

C. Pendekatan Masalah

Untuk menuntun dan mendukung arah penelitian yuridis normatif tersebut, peneliti akan menggunakan pendekatan-pendekatan sebagai berikut:

1. Pendekatan Perundang-undangan (*Statute Approach*)

Pendekatan perundang-undangan dipergunakan dalam penelitian ini untuk memperjelas konsistensi dan kesesuaian dasar filosofis antara norma yang terdapat dalam Konsitusi dan peraturan perundang-undangan, menyangkut perlindungan hukum pemegang saham minoritas melalui gugatan derivatif.

Untuk itu peneliti akan mengkaji esensi perlindungan hukum yang terkandung dalam Undang-undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) sebagai norma tertinggi yang melandasi segala norma dan peraturan perundang-undangan yang ada di bawahnya, termasuk UUPT 2007 yang secara konkret menjabarkan norma perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas melalui *derivative action*.

²⁴⁷ Lihat Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.*, hlm. 141.

2. Pendekatan Konseptual (*Conceptual Approach*).

Menurut Peter Mahmud Marzuki, dalam menggunakan pendekatan konseptual, peneliti perlu merujuk prinsip-prinsip hukum. Prinsip-prinsip ini dapat ditemukan dalam pandangan-pandangan sarjana ataupun doktrin-doktrin hukum. Meskipun tidak secara eksplisit, konsep hukum juga dapat ditemukan dalam undang-undang. Hanya saja, dalam mengidentifikasi prinsip tersebut, peneliti terlebih dahulu perlu memahami konsep tersebut melalui pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang ada.²⁴⁸

Peneliti dalam menggunakan pendekatan konseptual, akan beranjak dari konsep *Derivative Action* dan prinsip-prinsip serta doktrin hukum yang terkait dengannya, yang telah berkembang di Negara-negara *Common Law*. Kemudian Peneliti akan memaparkan analisis untuk mengidentifikasi konsep *Derivative Action* dalam UUPT 2007. Tidak disebutkannya secara eksplisit tentang istilah atau konsep *Derivative Action* dalam UUPT 2007 dan peraturan lain di Indonesia, merupakan justifikasi utama untuk menggunakan pendekatan konseptual dalam penelitian ini.

²⁴⁸ Lihat Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.* hlm. 138.

Ada beberapa tantangan spesifik sehubungan dengan pendekatan konseptual sebagaimana disebutkan oleh *De Cruz* sebagai berikut:²⁴⁹

- (a) Terminologis;
- (b) Konseptual;
- (c) Kesamaan yang mendasari meskipun adanya perbedaan dalam terminologi; dan
- (d) Sistemik.

Tantangan atau keberatan terminologis merujuk pada fakta bahwa, meskipun istilah tertentu sama-sama digunakan untuk menggambarkan sebuah fitur atau institusi dari sebuah cabang hukum, namun istilah tersebut bisa saja merujuk pada pengertian yang berbeda, meskipun mungkin ada kesamaan dalam terminologinya.

Tantangan atau keberatan konseptual merujuk pada fakta bahwa, meskipun konsep hukum ada di setiap negara, ia bisa dipahami secara berbeda.²⁵⁰

²⁴⁹ Lihat Peter De Cruz, *Perbandingan Sistem Hukum, Common Law, Civil Law dan Socialist Law*. Terjemahan oleh Narulita Yusron, Penerbit Nusa Medika, Jakarta, 2010., hlm. 490.

²⁵⁰ *Ibid*

Tantangan atau keberatan ketiga merujuk pada kesamaan-kesamaan yang mendasari yang mungkin ada terlepas dari perbedaan-perbedaan *ex facie*; ²⁵¹ misalnya, meskipun negara-negara tertentu tidak mengenal adanya perbedaan antara penyertaan modal yang diterbitkan dan disahkan, sebagian negara Eropa memiliki kewenangan untuk menerbitkan saham baru meskipun kewenangan ini bisa diatur dengan batas waktu atau pihak-pihak lainnya.

Tantangan atau keberatan yang terakhir berhubungan dengan masalah sistemik yang muncul dari hakikat sistem hukum dari negara dimana perusahaan didirikan atau dijalankan. Antara lain misalnya, dalam hal penggabungan profesi, hanya ada satu praktisi hukum yang bisa mewakili perusahaan. Oleh sebab itu, di Inggris, orang perlu menyadari tentang fungsi-fungsi tertentu yang berbeda dari perwakilan hukum tertentu sehingga sebuah perusahaan menyadari tentang berbagai konsekuensi hukum dari perwakilan hukum yang terkait dengan perusahaan. ²⁵²

3. Pendekatan Perbandingan (*Comparative Approach*).

²⁵¹ *Ibid*

²⁵² *Ibid*

Menurut Muhjad dan Nuswardani²⁵³, dalam penelitian hukum normatif pendekatan perbandingan hukum adalah pendekatan yang lebih tepat untuk mengkaji suatu permasalahan hukum. Pada penelitian ilmu hukum bukanlah persoalan data, melainkan persoalan norma yang merupakan obyek dari ilmu hukum.

Menurut Michael Bogdan, perbandingan hukum memungkinkan seorang yuris untuk melihat sistem hukum di negerinya sendiri dari sudut pandang yang baru dengan jarak tertentu. Melalui perspektif baru ini akan diperoleh pemahaman yang lebih baik mengenai fungsi dan nilai-nilai fenomena hukum yang sudah dikenal baik dalam hukum di negerinya sendiri.²⁵⁴

Bogdan lebih jauh mengemukakan bahwa studi perbandingan memberikan pemahaman yang lebih baik mengenai sistem hukum di negara sendiri. Menurut Bogdan, banyak peraturan hukum dan lembaga hukum yang diterima di masyarakat berbudaya sesungguhnya muncul secara kebetulan dalam sistem hukum di negeri tersebut atau karena faktor sejarah

²⁵³ Hadin Muhjad dan Nunuk Nuswardani, *op.cit.* hlm 48.

²⁵⁴ Lihat lebih lanjut Michael Bogdan, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, terjemahan oleh Derta Sri Widowati, Bandung: Penerbit Nusa Media, 2010.

atau faktor geografi khusus, dan kemungkinan besar banyak sistem hukum lain yang dapat bertahan cukup baik tanpa peraturan-peraturan serupa itu. Dalam sistem-sistem hukum yang lain itu, penyelesaian masalah-masalah yang sama mungkin dilakukan dengan cara yang sama sekali berbeda, bahkan barangkali cara itu lebih sederhana dan lebih baik. Peraturan hukum dan lembaga hukum lain, yang dulu pernah dianggap orisinal milik hukum di negara tertentu, sesungguhnya bisa terbukti berasal usul dari luar negeri.²⁵⁵

Salah satu tugas studi perbandingan adalah berupaya menjelaskan persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan atas obyek yang diperbandingkan. Saat mencari penjelasan yang dapat dimengerti itulah akan diketahui faktor-faktor mana yang memengaruhi struktur, perkembangan, dan muatan-muatan substantif sistem hukum tersebut.²⁵⁶

Menurut Peter De Cruz, metode perbandingan akan bermanfaat dalam artian praktis bagi para praktisi masa kini. Penggunaan hukum perbandingan juga telah menjadi bagian inti dari hukum privat internasional. Semakin banyak transplantasi

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Micahel Bogdan, *op.cit.*, hlm. 77.

konsep-konsep hukum dilakukan, semakin penting upaya-upaya adaptasi dilakukan. Dengan demikian diperlukan banyak informasi yang relevan dengan konsep tersebut baik dalam tataran praktis maupun doktrin. Hal ini penting bukan hanya karena kerjasama interregional dan perdagangan yang semakin erat, tetapi juga karena didirikannya firma-firma hukum transnasional, litigasi transnasional, dan semakin berkembangnya pengaruh korporasi-korporasi Amerika Serikat di sejumlah negara lainnya, rancangan kontrak-kontrak transnasional, dan pengelolaan kredit internasional.²⁵⁷

Transplantasi hukum atau konsep hukum sebagaimana disinggung oleh Peter De Cruz di atas, pada umumnya dapat terjadi dengan dua cara, yaitu penerimaan secara paksa (*imposed reception*) dan penerimaan secara sukarela (*voluntary reception*). Penerimaan secara paksa ditandai dengan tekanan misalnya dengan kekuatan militer dari suatu negara untuk menerima sistem atau konsep hukum tertentu, sehingga transplantasi hukum terjadi secara terpaksa. Untuk menggambarkan hal ini, pemberlakuan hukum negara penjajah

²⁵⁷ *Ibid* hlm. 54.

di wilayah jajahannya merupakan contoh penerimaan secara paksa.²⁵⁸

Penerimaan secara sukarela terjadi ketika ada gagasan untuk melakukan transplantasi hukum yang berasal dari suatu negara tertentu. Tribudiyono mengutip Watson, mengutarakan ada tiga kategori utama transplantasi hukum yang dilakukan secara sukarela, yaitu: (a) ketika suatu bangsa memindahkan hukum ke suatu teritorial yang berbeda yang tidak ada peradaban yang dapat dibandingkan atau dibedakan, kemudian menerima hukum dengan kondisi demikian, (b) ketika suatu bangsa memindahkan hukum ke dalam hukum yang berbeda dan terdapat peradaban yang dapat dibandingkan, (c) ketika suatu bangsa secara sukarela menerima sebagian besar dari sistem hukum suatu bangsa atau beberapa bangsa lainnya.²⁵⁹

Menurut Peneliti, pendekatan perbandingan dewasa ini semakin menarik dan menantang seiring dengan kecenderungan negara yang menganut *civil law* termasuk Indonesia, mengadopsi konsep-konsep hukum dari negara *common law*, tidak terkecuali konsep-konsep hukum dalam lapangan hukum perusahaan.

²⁵⁸ Lihat Tribudiyono, *op.cit.* hlm. 64

²⁵⁹ *Ibid.*, hlm.64.

Tentu saja terdapat variabel-variabel yang akan mempengaruhi bekerjanya sistem atau konsep hukum yang diadopsi tersebut, yang juga menarik untuk dikaji dalam penelitian tertentu.

Tradisi *Common Law* ditandai dengan peristiwa ketika Kaisar William mendirikan dasar pemerintahan yang bersifat sentralistik dan membentuk lembaga peradilan yang disebut *Curia Regis (King's Court)*. *Curia Regis* pada hakikatnya bukan suatu lembaga peradilan seperti layaknya lembaga peradilan yang kita kenal pada saat ini, tetapi lebih merupakan sekelompok orang yang berada di sekeliling raja dan melakukan pekerjaan-pekerjaan yang didelegasikan kepadanya.²⁶⁰

Tradisi *common law* mulai berkembang sejak abad ke-12 dalam sejarah Inggris, yang berasal dari keputusan-keputusan yudisial yang berbasis tradisi, kebiasaan, dan preseden. *Common Law* kemudian berlaku terhadap semua orang dan menggantikan hukum regional Anglo Saxon untuk masyarakat dan para pemilik tanah yang agung. Penalaran hukum yang dipergunakan dalam *Common law* adalah penalaran yang bersifat kasuistis atau berbasis kasus. Namun demikian, sudah banyak sekali bagian

²⁶⁰ Lihat Tri Budiyono, *op.cit.*, hlm. 112.

hukum *common law* yang sudah dikodifikasi sejak abad ke-20 dan 21. *Common law* dipergunakan di banyak negara terutama negara-negara bekas koloni atau teritori. Pada saat sekarang sistem hukum Inggris, Irlandia, Amerika Serikat Kanada, Australia, Selandia baru, Afrika Selatan (sebagian), India, Malaysia, Singapura dipengaruhi oleh tradisi *Common Law*.²⁶¹

Salah satu karakteristik dari *Common Law* adalah munculnya doktrin preseden. Hakim seringkali menghadapi kasus-kasus baru yang belum pernah terjadi sebelumnya. Dalam kondisi demikian dimana tidak ada aturan tertulis yang menuntun mereka untuk memutuskan perkara, hakim harus berupaya semaksimal mungkin sesuai dengan rasa keadilan yang dimilikinya dan berdasarkan *fair dealing*. Lalu kemudian putusan ini menjadi pedoman untuk menjatuhkan putusan pada masa yang akan datang ketika perkara serupa muncul dalam masyarakat. Dengan doktrin *Stare Decesis* atau *precedent*, hakim mengikatkan diri untuk mengikuti putusan pengadilan yang telah dibuat sebelumnya.²⁶²

²⁶¹ Michael Bogdan., *loc.cit*

²⁶² Lihat Tribudiyono, *loc.cit.* hlm. 118

Civil Law adalah tradisi hukum yang kemudian menjadi landasan bagi sistem hukum di banyak negara, tidak hanya di negara-negara Eropa Kontinental, tapi juga di Jepang, Korea Selatan, Taiwan, Amerika latin, dan umumnya negara-negara bekas koloni negara-negara Eropa Kontinental. *Civil Law* pada awalnya merupakan satu sistem hukum bersama bagi hampir seluruh Eropa, namun dengan perkembangan nasionalisme pada abad ke 17 dan terjadinya revolusi Perancis, maka *Civil Law* menjadi terpecah menjadi tiga hukum nasional, yaitu hukum nasional Perancis, Jerman dan Switzerland. Oleh karena Jerman merupakan suatu kekuatan yang muncul di penghujung abad ke 19 ketika banyak bangsa-bangsa Asia mulai berkembang, maka hukum Jerman telah menjadi dasar bagi sistem hukum Jepang dan Korea selatan. Beberapa tahun kemudian, hukum *civil* Jerman diperkenalkan di China pada era dinasti Qing dan oleh karenanya juga meliputi Taiwan. Saat ini terdapat tiga sumber utama bagi hukum perdagangan *civil law* modern, yaitu Perancis, Jerman dan skandinavia.²⁶³

²⁶³ Udo C. Braendle, , *Shareholder Protection in the USA and Germany- "Law and Finance" Reviseted.*, *German Law Journal*, Vol. 07 No. 03. 2006. www.germanlawjournal.com/pdf/vol/0703/pdf. hlm. 258 -259

Civil Law adalah sistem hukum yang terbentuk melalui proses yang panjang selama berabad-abad dan melampaui beberapa generasi, sejak kekaisaran Romawi. Oleh karena itu untuk memahami lebih jauh sistem hukum *Civil Law* harus digambarkan benang merah perjalanan pembentukan tradisi *Civil Law*. Mengutip Glendon, Gordon dan Oskawe, Tribudiyono mengungkapkan bahwa *Civil Law* pada mulanya terbentuk melalui interaksi secara khusus antara hukum Romawi, kebiasaan bangsa Jerman dan masyarakat lokal setempat, hukum gereja (*canon law*) dan perilaku pedagang dalam perdagangan internasional dan terakhir, sebagai respons terhadap memudarnya feodalisme dan munculnya negara-negara kebangsaan.²⁶⁴

Perbedaan antara *Civil Law* dan *Common Law* secara historis adalah, *Common Law* dibangun dari kebiasaan, dimulai sebelum adanya hukum tertulis, dan tetap berlanjut diterapkan oleh pengadilan setelah hukum tertulis diperkenalkan. Sebaliknya *Civil law*, dikembangkan dari hukum Romawi

²⁶⁴ Tribudiyono, *op.cit.* hlm. 100

Justinian *Corpus Juris Civilis* yang menekankan prinsip-prinsip hukum yang luas dan doktrin-doktrin tertulis.²⁶⁵

Dari sisi metode pemikiran, Peter De Cruz melihat perbedaan antara sistem *Common Law* dan *Civil Law*, yaitu bahwa *Civil Law* atau keluarga hukum Germanik dan Romanistik, cenderung berpikir dalam terma-terma yang abstrak, konseptual, dan simetris. *Civil Law* sebagai hukum yang berasal dari beberapa universitas dan hukum Romawi, adalah peraturan yang didasarkan pada dan secara terus menerus berupaya mencari solusi bagi suatu permasalahan di hadapan pengadilan. *Civil Law* juga berpikir dalam lingkup beberapa institusi. Sedangkan *Common Law* Inggris dengan pendekatannya yang konkret dan berdasarkan pada pengadilan, berupaya mencari jawaban-jawaban pragmatis untuk diketengahkan di hadapan pengadilan.

Civil Law dimulai dari satu prinsip umum kepada prinsip umum lainnya, sedangkan *Common Law* dimulai dari perkara ke perkara. Praktisi hukum *Common law* berpikir dalam ruang lingkup kelompok dan hubungan hukum tertentu mereka,

²⁶⁵ Udo C. Braendle, *loc.cit.*

sedangkan para praktisi hukum *Civil Law* berpikir dalam ruang lingkup peraturan-peraturan yang diberlakukan saat itu, yang telah terkodifikasi atau yang berdasarkan undang-undang, yang dapat diterapkan terhadap situasi yang dihadapi.²⁶⁶

De Cruz mencatat, transplantasi hukum antarbatas *common law -civil law* akan menuntun ke konvergensi dari kedua sistem tersebut, De Cruz lebih lanjut menguraikan, bahwa transplantasi hukum mungkin berhasil dan mungkin juga tidak, tergantung pada kondisi penerimaan dari suatu negara. De Cruz kemudian memberikan contoh, bahwa gagasan tentang kondominium atau sistem hak milik komunitas, ditransplantasikan dengan cukup mudah ke Amerika Serikat dari *civil law*. *Uniform Law on Negotiable Instruments Law*, yang diadopsi secara luas di Amerika Serikat, tidak berhasil ditransplantasikan di Kolombia.²⁶⁷

Konvergensi sistem hukum *common law* dan *civil law* melalui trend transplantasi hukum, mungkin saja terjadi secara alamiah. Hal ini dilandasi oleh suatu teori bahwa sistem hukum masyarakat akan cenderung menjadi semakin serupa ketika

²⁶⁶ Peter De Cruz, *op.cit.*, hlm. 32.

²⁶⁷ Peter De Cruz., *op.cit.*, hlm. 702

masyarakat itu sendiri semakin serupa satu sama lain. Misalnya, terwujudnya kesamaan prinsip-prinsip dalam konstitusi demokrasi Barat dan konstitusi negara-negara lain secara internasional, disebabkan oleh semakin meningkatnya arus mobilitas manusia dan komunikasi internasional, perdagangan internasional, organisasi internasional, internasionalisasi bisnis dan teknologi serta tumbuhnya kesadaran akan kepentingan global bersama (lingkungan hidup, pemanasan global dan sebagainya). Transplantasi hukum tentunya dapat mempengaruhi kecepatan dan arah perubahan di negara-negara *civil law* dan *common law*.

De Cruz mengingatkan agar dalam melakukan penelitian dengan pendekatan perbandingan, tetap waspada terhadap berbagai perangkap dan bahaya dalam kerja membandingkan, tetapi hal ini tidak harus menghalangi untuk memasuki analisis komparatif dengan menggunakan materi dan metode perbandingan untuk mendapatkan manfaat terbaik. Selanjutnya De Cruz mencatat beberapa perangkap dan risiko

bahaya utama yang menanti para praktisi hukum komparatif sebagai berikut.²⁶⁸

- (a) Masalah linguistik dan terminologis;
- (b) Perbedaan budaya di antara berbagai sistem hukum;
- (c) Potensi kearbitreran dalam memilih obyek studi;
- (d) Kesulitan mencapai “komparabilitas” dalam perbandingan;
- (e) Hasrat untuk melihat pola hukum yang lazim di dalam sistem hukum-teori perkembangan pola umum;
- (f) Tendensi untuk memasukkan konsepsi hukum (asli) dan ekseptasi seseorang pada sistem yang dibandingkan;
- (g) Bahaya dari pengeluaran/pengabaian terhadap peraturan- peraturan di luar hukum.

Setelah membandingkan dua sistem atau konsep hukum, dan mempelajari perbedaan-perbedaan dan persamaannya, maka pertanyaan yang kerap kali muncul adalah, solusi manakah yang terbaik diantara dua yang diperbandingkan. Sehubungan dengan hal tersebut, Bogdan mengingatkan bahwa tidak semua

²⁶⁸ Peter De Cruz, *op.cit.*, hlm. 305

pembandingan memerlukan evaluasi komparatif walaupun evaluasi komparatif sangat berguna, khususnya bila hasil-hasil studi tersebut hendak digunakan untuk mengusulkan perubahan dalam hukum atau perundang-undangan. Dalam kaitan ini, maka pertama-tama harus diingat menurut Bogdan adalah, bahwa pengadopsian aturan-aturan hukum yang baik bukanlah merupakan tujuan, melainkan merupakan sebagai suatu alat yang digunakan untuk mencapai manfaat yang diinginkan pada suatu masyarakat.²⁶⁹

Menurut Bogdan, bila dapat dipastikan atau diasumsikan bahwa tujuan kedua sistem atau konsep hukum adalah sama atau benar-benar identik, maka evaluasi komparatif terhadap instrumen-instrumen hukum yang dipergunakan di kedua negara untuk mencapai tujuan-tujuan itu, akan lebih mudah dilakukan. Namun evaluasi komparatif ini pun tidak mudah dilakukan. Hal ini disebabkan oleh beberapa kesulitan, pertama; bahwa aturan hukum yang sama pun bisa jadi melayani banyak tujuan berbeda, dan berakibat kompromi di antara banyak kepentingan yang terkadang saling bertentangan.

²⁶⁹ Michael Bogdan, *op.cit.* hlm.91

Kesulitan kedua, bahwa otoritas-otoritas pembuat hukum di berbagai negara boleh jadi menggunakan instrumen hukum berbeda untuk mencapai tujuan yang sama. Kesulitan ketiga, bahwa sebuah instrumen hukum yang berfungsi dengan baik dan memuaskan di suatu negara boleh jadi tidak berpengaruh apa-apa di negara lain, misalnya, di negara dengan sistem ekonomi berbeda atau agama atau moralitas dominan yang berbeda.²⁷⁰

Untuk mendukung pendekatan perbandingan, peneliti akan menganalisis kasus-kasus relevan yang diputus oleh pengadilan. Hal ini antara lain dimaksudkan untuk memahami dan menganalisis *ratio decidendi*, yaitu alasan-alasan hukum yang digunakan oleh hakim untuk sampai pada suatu putusan dalam perkara-perkara *Derivative Action*.

Peneliti dalam hal ini menggunakan pendekatan perbandingan yang bersifat mikro (*micro comparison*). Perbandingan makro merujuk pada studi mengenai dua atau lebih sistem hukum secara keseluruhan. Sedangkan perbandingan mikro merujuk pada studi mengenai topik-topik atau aspek-aspek tertentu dari dua atau lebih sistem hukum.

²⁷⁰ *Ibid.*, hlm. 94

De Cruz mencatat beberapa topik yang mungkin dipilih sebagai obyek studi perbandingan mikro sebagai berikut:²⁷¹

- (a) Institusi atau konsep yang khas dari sistem tertentu;
- (b) Sumber hukum, sistem yudisial dan peradilan, profesi hukum atau bahkan struktur sistem hukum;
- (c) Cabang-cabang hukum nasional dan domestik;
- (d) Perkembangan historis dari sistem hukum; dan
- (e) Basis ekonomi, *socio legal*, dan ideologis dari sistem hukum tersebut.

Konsep *Derivative Action* adalah termasuk konsep yang khas pada sistem *common law* sehingga termasuk dalam kategori yang disebutkan pada butir (a) di atas, walaupun sangat berkaitan pula dengan sistem yudisial dan peradilan sebagaimana disebutkan pada butir (b) di atas.

Peneliti akan menganalisis persamaan dan perbedaan antara konsep gugatan derivatif di Indonesia dan konsep *Derivative Action* di Negara-negara dengan sistem hukum *Common Law* dan *Civil law*, khususnya dalam aspek konsep dan aplikasinya. Dalam hal ini Peneliti akan menganalisis konsep

²⁷¹ *Ibid.*, hlm. 326

dan aplikasi gugatan derivatif di Amerika Serikat, Kanada, Inggris, Australia dan Singapura sebagai negara *Common Law*, serta Prancis, Italia, Jepang, China dan Indonesia sebagai negara *Civil Law*.

Konsep gugatan derivatif (*derivative action*) berasal dari Inggris namun berkembang pesat di Amerika Serikat. Walaupun terdapat persamaan dalam konsep dasar, namun perbedaan dalam pengaturan dan penerapan *derivative action* di berbagai negara tetap ada, bahkan di negara yang sama-sama menganut sistem *common law* seperti Amerika Serikat dan Inggris terdapat perbedaan dalam penerapan *derivative action*.

Negara-negara *common law* dan sebagian negara *Civil Law* tidak menerapkan batas minimal kepemilikan saham untuk mengajukan gugatan derivatif. Hanya Prancis, Italia, China dan Indonesia yang menerapkan ketentuan batas minimal kepemilikan saham untuk dapat mengajukan gugatan derivatif.

Persyaratan tuntutan (*demand requirement*) sebagai salah satu elemen dasar *derivative action* hanya berlaku di Amerika Serikat, Kanada, Australia, Singapura, Inggris, Jepang dan

China. Sedangkan Indonesia, Perancis dan China tidak mengatur atau tidak menerapkan persyaratan tuntutan dalam gugatan derivatif.

D. Pengumpulan dan Pengelolaan Bahan

Bahan hukum yang dipergunakan diperoleh dan dikumpulkan melalui studi pustaka dan studi dokumen berupa bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Studi pustaka dan dokumen dilakukan sebagai upaya menemukan sumber-sumber yang terkait dengan konsep-konsep, doktrin dan norma-norma atau kaidah hukum yang dapat membantu menjelaskan dan menjawab permasalahan dalam penelitian ini.

E. Metode Analisis

Metode analisis yang dipergunakan adalah analisis kualitatif berdasarkan bahan-bahan hukum hasil penelitian, kemudian dihubungkan dengan konsep dan teori, disamping metode penafsiran hukum dan argumentasi hukum.

BAB IV

***DERIVATIVE ACTION* SEBAGAI UPAYA PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMEGANG SAHAM MINORITAS**

A. Pengantar

Konsep *derivative action* sebagaimana diuraikan sebelumnya, merupakan konsep yang lahir dari sistem *common law*. Konsep *derivative action* selain diharapkan berperan meningkatkan tata kelola perusahaan dalam rangka perlindungan pemegang saham minoritas, juga berfungsi mengurangi masalah dalam hubungan *principal-agent*²⁷² atau antara penerima manfaat/pemberi kepercayaan (*beneficiary*) dan penerima fidusia/kepercayaan, antara pemegang saham dan direksi. Dalam hal pemegang saham secara praktis tidak terlibat dalam kepengurusan perusahaan, dapat menimbulkan kekuatiran bahwa direksi akan menempatkan kepentingannya di atas kepentingan pemegang saham atau kepentingan perusahaan secara

²⁷² Jorge Farinha dan Oscar Lopez de Foronda mengaitkan permasalahan agensi (*agency problem*) dengan sistem hukum negara dimana suatu perusahaan beroperasi, sehingga solusi terhadap permasalahan tersebut, akan berbeda pula. Jorge Farinha dan Oscar Lopes Foronda selanjutnya mencatat : "*Recent research suggests that when the economic environment in which firms operate is not the same, agency problems will potentially differ with the consequence that the solutions proposed within a certain institutional context, in particular the Anglo-Saxon one, may not necessarily be appropriate in another environment, such as Civil Law legal System.* Lihat lebih lanjut Jorge Farinha dan Oscar Lopez de Foronda dalam *The Relation Between Dividends and Insider Ownership in Different Legal System: International Evidence*. Research Center on Industrial, labour and Managerial Economics, Faculdade de Economia, Universidade do Porto, December 2006. hlm. 5 <http://www.fep.up.pt/investigacao/cete/papers/index.html>.

keseluruhan. Hal ini sejalan dengan pernyataan Scarlett sebagai berikut:

State laws give the board of directors the authority to manage the corporation. Shareholders elect the directors and thus, at least in theory, they may hold those directors accountable for their decisions by electing new directors to the board. Other than electing directors, shareholders possess little power; they can not initiate corporate action and vote only on dissolution, sales, mergers, and amendments to the articles of incorporation and corporate bylaws. If shareholders believe directors and officers are mismanaging the corporation, failing to exercise proper oversight, or acting in their self interest, their only recourse, other than selling their shares, may be to file a shareholders derivative lawsuit.²⁷³

(Hukum negara memberikan direksi kewenangan untuk mengelola perusahaan. Pemegang saham memilih direksi dan karenanya, setidaknya-tidaknya dalam teori, mereka dapat meminta pertanggungjawab direksi atas putusan-putusannya dengan memilih direksi baru. Selain memilih direksi, pemegang saham memiliki sedikit kekuasaan; mereka tidak dapat memulai aksi korporasi dan melakukan pungutan suara hanya untuk pembubaran, penjualan, penggabungan, dan perubahan anggaran dasar dan peraturan perusahaan. Jika pemegang saham percaya direksi dan pejabat melakukan kesalahan mengelola perusahaan, gagal melaksanakan pengawasan yang tepat, selain menjual saham, dapat mengajukan gugatan derivatif; Terjemahan bebas oleh Penulis)

Berdasarkan perspektif di atas, adalah logis dan beralasan jika pemegang saham dalam kondisi tertentu, diberikan peluang atau hak

²⁷³ Ann M. Scarlett, *op.cit* hlm. 182-183.

untuk bertindak atas nama perusahaan melakukan tindakan pemulihan, termasuk mengajukan gugatan mewakili kepentingan perusahaan terhadap anggota direksi yang telah melakukan kesalahan dan merugikan kepentingan perusahaan.

Konsep *derivative action* diharapkan dapat diandalkan sebagai instrumen penegakan disiplin yang efektif untuk mendorong kemajuan bisnis perusahaan, atau setidaknya tidak menghambat kemajuan perusahaan sebagai akibat dari kemungkinan hilangnya keberanian direksi mengambil keputusan bisnis yang berpotensi mengandung risiko yang merugikan perusahaan.

Menurut Peneliti, terkait dengan uraian sebelumnya, terdapat tiga hal yang perlu mendapat perhatian. Pertama, *derivative action* sebagai suatu upaya pemulihan, tidak semestinya dianggap sebagai penghambat jalannya bisnis perusahaan. Pemegang saham selalu dapat mempertimbangkan secara cermat dari berbagai hal, apakah perlu atau tidak untuk mengajukan *derivative action*.

Kedua, konsep *derivative action* dapat memperkuat pengawasan yang lebih efektif. Tindakan tersebut tentu diharapkan

dapat memberikan efek jera,²⁷⁴ sehingga tindakan *mis-management* dan perilaku curang (*fraud*) tidak mudah dilakukan oleh anggota direksi. Untuk mendukung hal tersebut dari sisi upaya preventif, pemegang saham perlu memiliki akses informasi terhadap aspek operasional perusahaan. Tentu saja berbagai tantangan dapat muncul, demikian pula hal-hal yang terkait dengan budaya hukum dan praktik hukum dalam pengajuan *derivative action*.

Ketiga, meskipun peninjauan (*review*) terhadap keputusan bisnis oleh pengadilan, akan rentan terhadap keberatan bahwa pengadilan tidak memiliki kewenangan untuk mengganti kebijakan manajemen dengan putusan pengadilan²⁷⁵. Namun hal ini tentu tidak dapat menjadi dalih untuk menghambat hak-hak pemegang saham khususnya pemegang saham minoritas untuk mendapatkan

²⁷⁴ Terkait fungsi efek jera dari *derivative action*, Hofmann memberikan analisis kritis yang menunjukkan bahwa efek jera dari *derivative action* tidak bisa dengan mudah diukur, sebagaimana dinyatakan sebagai berikut:

The deterrent effect of the action, because it does not result in positive actions, cannot be measured. It is important to acknowledge this because there have been a number of empirical studies in the united states that show that derivative actions produce little financial benefit, both to the shareholder litigant in the sense that there is little positive impact on share prices, and to the company. Lihat lebih lanjut, Melissa Hofmann: *The Statutory Derivative Action in Australia: An Empirical Review of its Use and Effectiveness in Australia in Comparison to the United States, Canada dan Singapore, Corporate Governance: eJournal*, Bond University, Faculty of Law., 1.1.2005., hlm.16.

²⁷⁵ Lihat lebih lanjut Mathias M. Siems, *Private Enforcement of Directors' Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon, Working Paper Series, UEA Law School*, <http://www.uea.ac.uk/law/Research/Peppers>. hlm.5.

perlindungan hukum yang optimal terhadap tindakan yang merugikan perusahaan.

Menurut sistem *common law*, pemegang saham minoritas dapat mengajukan gugatan derivatif atau *derivative action* apabila kasus tersebut masuk dalam salah satu kategori pengecualian dari ketentuan dalam *Foss v Harbottle*. Ketentuan dalam *Foss v Harbottle* juga dikenal dengan prinsip “Penggugat yang tepat” (*The Proper Plaintiff principle*), yang mendalilkan bahwa tidak ada pihak lain yang dapat merebut hak perusahaan untuk menggugat pihak lain. Pengecualian terhadap ketentuan tersebut akhirnya dikembangkan dalam berbagai putusan pengadilan di negara-negara *common law* sebagaimana telah diuraikan dalam bab sebelumnya.

Secara garis besar, *derivative action* menurut *common law* hanya dapat diajukan terhadap anggota direksi perusahaan apabila memenuhi salah satu kriteria sebagai berikut: ²⁷⁶

1. Tindakan direksi perusahaan dikategorikan sebagai kecurangan terhadap pemegang saham minoritas (*fraud on the minority*),

²⁷⁶ Baca lebih lanjut Freshfields Bruckhaus Deringer, *Derivative Actions under the companies Act 2006. BRIEFING – SUMMARY* September 2007. hlm.1

- dan direksi atau pelaku tindakan kesalahan tersebut berada dalam posisi mengendalikan perusahaan (*in control position*);
2. Tindakan direksi tersebut tidak dapat diratifikasi (*non-ratifiable*) oleh atau melalui keputusan rapat umum pemegang saham;
 3. Tindakan direksi tersebut berada di luar lingkup tujuan perusahaan (*ultra vires*) sehingga sama sekali tidak dapat diratifikasi oleh rapat umum pemegang saham.

Uraian yang dipaparkan di atas menggambarkan bahwa peluang untuk mengajukan *derivative action* menurut *common law* terbatas sekali disamping mengandung ketidakpastian. Kriteria tersebut di atas bukan hal yang mudah untuk dipastikan dalam praktik. Kriteria tersebut masih mengundang perdebatan untuk menentukan apa yang dimaksud kecurangan terhadap pemegang saham minoritas. Demikian pula kriteria bahwa anggota direksi yang bersangkutan harus berada dalam posisi mengendalikan perusahaan, tidaklah mudah untuk menentukannya. Anggota direksi yang dinominasikan oleh pemegang saham mayoritas, tentu tidak secara otomatis dapat dianggap berada dalam posisi mengendalikan perusahaan. Demikian pula, anggota direksi yang dinominasikan oleh pemegang saham minoritas tidak mustahil dapat berada dalam posisi pengendali perusahaan. Selain itu,

tidak pula mudah untuk melakukan kategorisasi tindakan mana dari direksi yang dapat diratifikasi dan tindakan mana yang tidak dapat diratifikasi oleh Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS). Apabila semua tindakan dapat diratifikasi oleh RUPS, maka tidak akan terbuka peluang bagi pemegang saham minoritas untuk mengajukan gugatan derivatif, karena pengambilan keputusan RUPS akan didasarkan pada suara mayoritas. Kenyataan tersebut telah mendorong inisiatif bagi kalangan hukum di sejumlah negara-negara *common law*, untuk melahirkan peraturan tertulis mengenai gugatan derivatif (*statutory derivative action*). Sehingga undang-undang perusahaan (*Company Act*) di berbagai negara telah mengatur secara tertulis tentang gugatan derivatif (*derivative action*), disertai batasan-batasan tertentu.

Kriteria obyek pengajuan gugatan derivatif dalam sistem *common law* sebagaimana diuraikan di atas, cenderung sudah diperluas dalam *statutory law* di berbagai negara, baik di Amerika Serikat, Inggris maupun di sejumlah negara lain termasuk di sejumlah negara di Asia.

Terkait dengan paparan di atas, dapat dikemukakan bahwa gugatan derivatif yang sekian lama didasarkan pada *common law* atau *case law*, kerap mengundang perdebatan dalam penerapannya karena

kurangnya kepastian hukum. Permasalahan tersebut sedikit-tidaknya telah teratasi dengan hadirnya peraturan tertulis (*statutory derivative action*) sebagai bagian dari peraturan perundang-undangan tentang perusahaan di sejumlah negara, bukan hanya Amerika Serikat dan negara-negara Eropa tapi juga negara-negara di Asia, khususnya negara-negara yang ekonominya maju.

Menurut pendapat Ramsay dan Saunders,²⁷⁷ tujuan utama dari *Statutory Derivative Action* adalah; Pertama, memberikan efek jera (*deterrent effect*) dengan jalan memberdayakan pemegang saham dan lainnya, mencegah perilaku menyimpang direktur perusahaan dengan jalan menerapkan ancaman tanggungjawab kepada direksi.²⁷⁸

Kedua, memulihkan hak-hak perusahaan dan pada gilirannya memberikan manfaat bagi pemegang saham. Ketiga, memberikan jalan keluar terhadap sengketa yang terjadi baik antara pemegang saham dan direksi maupun antara pemegang saham mayoritas dan pemegang saham minoritas.

²⁷⁷ Ian Ramsay dan Benjamin Saunders, *loc.cit.*, hlm. 17.

²⁷⁸ Dalam kaitan ini Ramsay dan Saunders, *loc.cit.*, hlm.16 mengungkapkan; "*the statutory derivative action has primarily a deterrent objective – by empowering the shareholders and others, it serves to deter managerial misconduct by imposing the threat of liability.*"

Kehadiran *statutory derivative action* di berbagai negara adalah bertujuan untuk memudahkan membuka tabir *mismanagement* yang berpotensi dilakukan oleh direksi perusahaan, serta mengurangi ketimpangan kekuasaan yang dihasilkan oleh konsep pemisahan kepemilikan dan pengendalian. Bagaimana pun, konsep *derivative action* telah memberdayakan pemegang saham khususnya pemegang saham minoritas, untuk mengajukan gugatan atas nama perusahaan terhadap direksi sebagai tindakan pemulihan atas tindakan kesalahan yang menyebabkan kerugian bagi perusahaan.

Walaupun konsep *derivative action* berasal dari tradisi *common law*, namun dewasa ini berbagai negara *civil law* telah mengadopsi konsep *derivative action*. Dalam kaitan ini akan dipaparkan analisis perbandingan antara *derivative action* di negara-negara *common law* dan *derivative action* di negara-negara *civil law*. Mencermati konsep dan regulasi *derivative action* di sejumlah negara-negara di Asia baik *common law* maupun *civil law*, tentu tidak dapat diabaikan begitu saja.

Tidaklah mengherankan bahwa sistem hukum di berbagai negara, termasuk mengenai konsep dan praktik *derivative action* memiliki perbedaan-perbedaan. Asumsi dasar terkait dengan hal ini

adalah, *derivative action* lebih dikenal dan dipraktikkan di negara-negara *common law* daripada di negara-negara *civil law*. Setidaknya terdapat tiga faktor yang dapat dikemukakan untuk menjelaskan hal ini. Pertama, sudah umum diketahui bahwa masyarakat di negara-negara *common law* khususnya Amerika Serikat, memiliki orientasi budaya yang kuat pada penyelesaian sengketa yang bersifat yudisial. Sementara di negara-negara lainnya khususnya di Asia, perlindungan informal masih memainkan peran penting. Jika hal tersebut dikaitkan dengan budaya hukum, sistem individualistik yang tercermin dalam gugatan pemegang saham dapat dianggap bertentangan atau mengganggu tradisi kebersamaan atau kolektifisme yang berlaku di sejumlah negara Asia.²⁷⁹

Kedua, terkait dengan hukum perusahaan, terdapat perbedaan mendasar dalam hal bentuk perlindungan hukum terhadap pemegang saham. Perlindungan yudisial *ex post* di Amerika Serikat dipandang sebagai kompensasi terhadap besarnya kewenangan yang diberikan kepada direksi oleh hukum. Sebaliknya, di negara-negara *civil law* peraturan perundang-undangan dan kebijakan negara *ex ante*

²⁷⁹ *Ibid.* hlm. 6

dipandang lebih banyak memainkan peran ketimbang perlindungan yudisial.

Ketiga, perbedaan dalam hukum Sekuritas, khususnya dalam hal persyaratan transparansi, dan struktur kepemilikan perusahaan dapat pula menjadi faktor penting²⁸⁰.

B. Perbandingan *Derivative Action*

1. *Derivative Action* di lima Negara *Common Law*

a. Amerika Serikat

Di Amerika Serikat, konsep *derivative action* sudah dikenal sejak tahun 1855.²⁸¹ Pengadilan-pengadilan di Amerika Serikat sudah lama mengenal *derivative action* (gugatan derivatif). Konsep *derivative action* sebenarnya diadopsi oleh Amerika Serikat dari Inggris.²⁸² Pemegang saham dapat mengajukan gugatan derivatif atas nama perusahaan atas kerugian yang diderita oleh perusahaan. Tipikal gugatan derivatif di Amerika Serikat meliputi tuntutan ganti rugi keuangan atas dasar terjadinya kesalahan dalam pengelolaan perusahaan,

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Melissa Hofmann, *Loc.cit.*, hlm.2.

²⁸² Ann M. Scarlett, *op.cit.* hlm. 183.

kompensasi eksekutif secara berlebihan, atau hak-hak perusahaan yang timbul dari kontrak atau perbuatan melawan hukum.²⁸³

Statutory Derivative Action Amerika Serikat didasarkan pada *common law* yang mengacu kepada putusan pengadilan dalam perkara *Hawes v City of Oakland* 1881. Dalam perkara tersebut pemegang saham menggugat *City of Oakland* dan *Contra Costa Water*, suatu perusahaan California. Pemegang saham menggugat atas nama diri sendiri dan pemegang saham lain yang tergabung dalam gugatan tersebut. Tergugat adalah *City of Oakland* dan *Contra Costa Water* serta Anthony Chabot, Henry Pierce Andrew J. Pope, Charles Holbrook, and John W. Coleman selaku direktur perusahaan. Dasar gugatan adalah bahwa walikota *City of Oakland* menuntut agar perusahaan mensuplai seluruh kebutuhan air ke kota tanpa kompensasi, termasuk untuk taman, penyiraman jalan, dan lain-lain. Padahal kota hanya berhak menerima suplai air secara gratis apabila terjadi peristiwa kebakaran. Perusahaan menerima permintaan wali kota tersebut yang kemudian mengakibatkan kerugian perusahaan, yang pada akhirnya berakibat pada berkurangnya

²⁸³ *Ibid.*

jumlah dividen. Perusahaan lalu menghentikan suplai air tersebut yang kemudian wali kota mengajukan keberatan. Gugatan tersebut ditolak dengan alasan bahwa penggugat dianggap tidak memiliki kapasitas sebagai penggugat. Seharusnya yang mengajukan gugatan adalah perusahaan.²⁸⁴

Prinsip-prinsip *derivative action* dalam *common law* telah diadopsi kedalam ketentuan *Rule 23.1* Hukum Acara Perdata Federal Amerika Serikat (*Federal Rules of Civil Procedures/FRCP*), dan Undang-undang Korporasi Bisnis Model (*Model Business Corporation Act/MBCA*).²⁸⁵ Pada umumnya negara bagian mempunyai hukum acara perdata dan undang-undang korporasi yang mengadopsi hukum acara federal tersebut.²⁸⁶

Rule 23.1 Hukum Acara Perdata Federal Amerika Serikat (*Federal Rules of Civil Procedures/FRCP*), sebagai undang-undang yang mengatur tentang *derivative action* di Amerika Serikat diintrodusir pada tanggal 28 Februari 1966 dan efektif berlaku sejak tanggal 2 maret 1987, kemudian diamandemen pada

²⁸⁴ lihat <http://law.cornell.edu/supremecourt/text/104> diakses tanggal 14 Oktobr 2013.

²⁸⁵ Melissa Hofmann, *loc.cit.* hlm.2

²⁸⁶ *Ibid*

tanggal 2 Maret 1987, dan efektif berlaku sejak tanggal 1 Agustus 1987, kemudian diamandemen tanggal 30 April 2007 dan efektif mulai berlaku sejak tanggal 1 Desember 2007.²⁸⁷

Rule 23.1 Hukum Acara Perdata Federal Amerika Serikat (*Federal Rules of Civil Procedures/FRCP* mengatur derivative action sebagai berikut:²⁸⁸

(a) *Prerequisites. This rule applies when one or more shareholders or members of a corporation or an unincorporated association bring a derivative action to enforce a right that the corporation or association may properly assert but has failed to enforce. The derivative action may not be maintained if it appears that the plaintiff does not fairly and adequately represent the interests of shareholders or members who are similarly situated in enforcing the right of the corporation or association.*

(b) *Pleading Requirements. The complaint must be verified and must:*

(1) *allege that the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction complained of, or that the plaintiff's share or membership later devolved on it by operation of law;*

(2) *allege that the action is not a collusive one to confer jurisdiction that the court would otherwise lack; and*

²⁸⁷ <http://www.federalrulesofcivilprocedure.com/rules/rule-23-1-derivative-actions/> terakhir diakses pada tanggal 12 Juli 2013.

²⁸⁸ *Ibid*

(3) *state with particularity:*

(A) *any effort by the plaintiff to obtain the desired action from the directors or comparable authority and, if necessary, from the shareholders or members; and*

(B) *the reasons for not obtaining the action or not making the effort.*

(c) *Settlement, Dismissal, and Compromise. A derivative action may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. Notice of a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise must be given to shareholders or members in the manner that the court orders.*

Terjemahan bebas oleh Penulis sebagai berikut:

(a) Prasyarat. Ketentuan ini berlaku dalam hal satu atau lebih pemegang saham atau anggota suatu korporasi atau asosiasi yang bukan badan hukum mengajukan *derivative action* (gugatan derivatif) untuk menegakkan suatu hak yang mungkin telah ditekankan secara tepat oleh korporasi atau asosiasi akan tetapi telah gagal dalam penegakan. *Derivative action* (gugatan derivatif) tidak dapat dipertahankan apabila penggugat tidak secara jujur dan memadai mewakili kepentingan pemegang saham atau anggota-anggota yang tampaknya diposisikan dalam penegakan hak korporasi atau asosiasi.

(b) Persyaratan Pembelaan. Gugatan harus diverifikasi dan harus:

(1) menduga bahwa penggugat adalah seorang pemegang saham atau anggota pada waktu transaksi yang menjadi obyek gugatan, atau bahwa

saham atau keanggotaan penggugat kemudian berpindah atasnya menurut ketentuan hukum;

(2) menduga bahwa gugatan bukan merupakan sesuatu yang kolusif untuk memberikan yurisdiksi yang justru tidak dimiliki oleh pengadilan; dan

(3) menyatakan secara khusus:

A. setiap upaya yang dilakukan oleh penggugat untuk memperoleh tindakan yang diharapkan dari direksi atau kewenangan yang sebanding an, jika perlu, dari pemegang saham atau anggota; dan

B. alasan mengapa tidak mendapatkan tindakan atau tidak melakukan upaya itu.

(c) Penyelesaian, Penghentian dan Kompromi. Suatu *derivative action* dapat diselesaikan, dihentikan secara sukarela atau dikompromikan hanya dengan persetujuan pengadilan. Pemberitahuan tentang usulan penyelesaian, penghentian sukarela, atau kompromi harus disampaikan kepada pemegang saham atau anggota dengan cara yang diperintahkan oleh pengadilan.

Statutory Derivative Action Amerika Serikat dipandang sebagai salah satu mekanisme utama bagi pertanggungjawaban direksi perusahaan, dan didasarkan atas sistem manajerial tata kelola perusahaan. Pada kenyataannya, Peraturan (*Statutory*) *Derivative Action* Amerika Serikat lebih sering dipergunakan

dibandingkan dengan *derivative action* di Kanada, Australia dan Singapura.²⁸⁹

Hofmann mengemukakan enam perbedaan antara *Statutory Derivative Action* Amerika Serikat (baik pada tingkat federal maupun pada tingkat negara bagian) dan *derivative action* dalam *common law* yaitu sebagai berikut.²⁹⁰

1. Tidak ada persyaratan izin dari pengadilan sebelum mengajukan *derivative action* (tidak seperti Australia, Kanada dan Singapura);
2. Persyaratan Pemberitahuan Tuntutan (*Demand Requirement*),²⁹¹ sangat ketat: penggugat diwajibkan untuk mengajukan dasar-dasar atau alasan yang mendasari upaya *derivative action*, dalam suatu pemberitahuan tertulis.
3. Persyaratan posisi hukum (*standing requirement*) lebih ketat dibandingkan dengan persyaratan posisi hukum di Australia. Dalam hal ini, untuk mengajukan *derivative action* penggugat harus telah menjadi pemegang saham

²⁸⁹ *Ibid.*, hlm.4

²⁹⁰ *Ibid.*, hlm.5

²⁹¹ Yang dimaksud persyaratan tuntutan (*demand requirement*) adalah syarat bagi pemegang saham penggugat untuk terlebih dahulu meminta direksi perusahaan untuk menuntut anggota direksi yang diduga bersalah, sebelum pemegang saham penggugat mengajukan gugatan *derivative action* di pengadilan.

ketika transaksi yang menjadi obyek gugatan, dibuat. Apabila penggugat belum menjadi pemegang saham pada saat transaksi atau tindakan direksi yang menjadi obyek gugatan, dibuat, maka *derivative action* menjadi gugur demi hukum. Persyaratan posisi hukum ini dikenal pula dengan istilah *Cotemporaneous Ownership* atau *Continuous Ownership requirement*.²⁹² (Persyaratan Kepemilikan Berlanjut atau kepemilikan Kontemporer)

4. Biaya-biaya yang terkait dengan pengajuan *derivative action* dapat ditangguhkan pembayarannya sampai dengan selesainya atau putusnya perkara.
5. Suatu Komite Khusus Litigasi dapat ditunjuk oleh direksi perusahaan untuk menilai dan menentukan apakah pengajuan *derivative action* tersebut sejalan dengan kepentingan perusahaan (*the business judgement rule*).

²⁹² Hal ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Branson mengomentari persyaratan *Contemporaneous ownership*, bahwa "*the plaintiff must have been a shareholder or member at the time of the transaction of which he complains.....*". Branson mengkritisi persyaratan ini dengan mengatakan bahwa bisa saja muncul masalah ketidakadilan yang disebabkan oleh fakta bahwa, pemegang saham penggugat misalnya membeli saham perusahaan setelah kesalahan direksi yang digugat itu terjadi, akan tetapi permasalahan tersebut baru diketahui dan terungkap setelah pemegang saham penggugat memiliki saham perusahaan tersebut. Akan tetapi, Branson menyebutkan bahwa pengadilan kadang-kadang membantu penggugat yang mengalami hal demikian, dengan menetapkan bahwa transaksi atau perbuatan yang digugat tersebut dianggap sebagai kesalahan yang berlanjut. Lihat lebih lanjut Douglas M. Branson dalam *The American Law Institute Principles of Corporate Governance And the Derivative Action: A view from the other side*. Washington And Lee Law Review Vo..43:369., hlm. 402.

6. Berdasarkan ketentuan pasal 23.1 Hukum Acara Perdata Federal, ketika suatu *derivative action* dimulai, maka gugatan tersebut tidak dapat diselesaikan, dihentikan atau dikompromikan tanpa persetujuan pengadilan.

Sebagaimana disebutkan pada butir 2 di atas, persyaratan pemberitahuan tuntutan cukup ketat. Isi pemberitahuan harus sesuai dengan maksud atau latarbelakang pengajuan gugatan derivatif. Pemberitahuan tersebut harus mengidentifikasi pelaku kesalahan; memberitahukan setiap alasan atau pengajuan gugatan derivatif; menjabarkan jenis kerugian yang diderita oleh perusahaan; dan menyatakan bentuk pemulihan yang dimohonkan. Namun demikian, direksi perusahaan harus diberikan waktu setidaknya-tidaknya 90 hari untuk menjawab isi Pemberitahuan tersebut, kecuali jika penggugat dapat membuktikan bahwa jangka waktu yang kurang dari 90 hari perlu ditetapkan, untuk menghindari kerugian perusahaan yang lebih besar.

Persyaratan pemberitahuan tuntutan dapat dikesampingkan atas penetapan pengadilan apabila berdasarkan fakta-fakta bahwa: (1) direksi berpihak dan tidak independen;

dan (2) transaksi yang disangkakan bukan merupakan produk dari suatu keputusan bisnis yang sah.

William dan Willford mengemukakan bahwa:²⁹³

the characterization of a claim as derivative, rather than as an individual or class claim, has significance consequences. Most importantly, the demand requirement is applicable only if the claim is derivative in nature.

Karakteristik gugatan derivatif, ketimbang merupakan tuntutan individual atau tuntutan kelompok, mempunyai konsekuensi yang signifikan. Yang paling penting, persyaratan tuntutan hanya berlaku jika tuntutan tersebut bersifat derivatif; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Menurut William dan Willford, persyaratan meminta direksi untuk menggugat anggota direksi yang diduga bersalah (*demand requirement*), merupakan ciri khas *derivative action* yang membedakannya dari *individual claim* atau *class claim*. *Individual claim* dan *class claim* adalah gugatan yang diajukan oleh pemegang saham untuk kepentingan pemegang saham sendiri, bukan untuk kepentingan perusahaan. Tuntutan Individual (*Individual Claim*) biasa juga disebut *direct action* (Gugatan Langsung).

²⁹³ Gregory P Williams dan Evan Williford, *Chapter 8, Derivative Litigation*, Wilmington, DE., Delaware. Richards, Layton & Finger, P.A., [apps.americanbar.org/chapter08derivative litigation](https://apps.americanbar.org/chapter08derivative_litigation), hlm.4.

Persyaratan meminta direksi untuk mengajukan sendiri gugatan terhadap anggota direksi yang melakukan kesalahan, memang bisa menjadi rintangan prosedural bahkan di Amerika sekalipun, sebagaimana diungkapkan oleh Scarlett bahwa:²⁹⁴

A significant procedural hurdle for shareholder derivative litigation in the United States is the demand requirement. Generally, the board of directors possesses the statutory authority to manage the corporation and its assets, which would include a cause of action.

(Suatu hambatan prosedural bagi gugatan derivatif di Amerika Serikat adalah persyaratan tuntutan. Umumnya, direksi memiliki kewenangan hukum untuk mengelola perusahaan dan asetnya, yang seharusnya meliputi pokok gugatan; Terjemahan bebas oleh Penulis)

Scarlett lebih lanjut menguraikan bahwa, di pengadilan federal Amerika dan pada umumnya pengadilan negara bagian, pemegang saham diperbolehkan untuk mengajukan gugatan derivatif hanya setelah mengajukan tuntutan kepada direksi untuk menyelesaikan permasalahan yang dituntut oleh pemegang saham. Dalam menanggapi tuntutan yang diajukan oleh pemegang saham tersebut, direksi dapat melakukan: (1) memilih untuk melanjutkan sendiri litigasi tersebut; (2) menyelesaikan permasalahan tersebut melalui mekanisme internal; (3) menolak

²⁹⁴ Ann. M. Scarlett., *op.cit.*, hlm.186.

permintaan yang diajukan oleh pemegang saham tersebut.²⁹⁵ Apabila direksi menolak permintaan pemegang saham tersebut, pemegang saham harus membuktikan bahwa penolakan oleh direksi terhadap tuntutan pemegang saham tersebut adalah keliru. Di beberapa negara bagian Amerika Serikat, pemegang saham boleh melanjutkan gugatan derivatif sambil akan membuktikan bahwa penolakan direksi terhadap permintaan tersebut adalah keliru, dan karenanya persyaratan permintaan atau tuntutan tersebut, harus dinyatakan tidak perlu (*futile*) dan dikesampingkan.²⁹⁶

Setelah penggugat mengajukan tuntutan terhadap direksi agar melakukan tindakan sesuai maksud penggugat, maka penggugat harus menunggu dalam waktu yang relatif lama. Dalam tahap ini direksi mungkin akan melakukan investigasi atau peninjauan, atau bahkan tidak melakukan tindakan apapun. Apabila direksi melakukan investigasi, maka *business judgement rule* dapat muncul memainkan peran. Direksi kemudian akan menolak untuk melakukan tindakan, dan apabila direksi telah melakukan peninjauan secara seksama dan tidak memiliki beban

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*

berupa benturan kepentingan, pengadilan tidak akan melakukan peninjauan ulang (*second guess*) atau penilaian terhadap keputusan direksi. Konsekuensinya *derivative action* tidak dapat dilanjutkan.²⁹⁷

Kemungkinan lain, direksi akan memilih melakukan tindakan sesuai permintaan pemegang saham penggugat. Konsekuensinya, *derivative action* yang diajukan oleh pemegang saham penggugat kemungkinan besar akan terhenti.

Namun demikian, pemegang saham penggugat masih mempunyai alternatif lain yang dapat ditempuh. Penggugat dapat mendalilkan bahwa sebenarnya tuntutan (*demand*) tersebut adalah tidak bermanfaat atau sia-sia (*futile*), dan karenanya pemberitahuan tuntutan tidak perlu dilakukan. Hal tersebut mungkin terjadi dengan alasan misalnya, kesalahan yang terjadi melibatkan mayoritas anggota direksi, atau salah satu pihak yang terlibat dalam perbuatan salah tersebut, menguasai atau mendominasi direksi atau dengan alasan lain yang dapat dijustifikasi.²⁹⁸

²⁹⁷ *Ibid.*, hlm.403

²⁹⁸ *Ibid*

Gugatan derivatif dalam *Pozon Shareholders Litigation*, 2005 NCBC7 (N.C. Super, Ct, Nov, 10 2005) (Tennile), digugurkan oleh Pengadilan dengan alasan penggugat gagal melaksanakan pemberitahuan tuntutan yang dipersyaratkan berdasarkan hukum negara bagian Delaware. Dalam kasus tersebut pemegang saham penggugat tidak menyerang suatu tindakan spesifik dari direksi, sehingga Pengadilan mempertimbangkan dan menentukan “apakah terdapat anggota direksi yang terkait dengan perbuatan yang dipermasalahkan dan, jika demikian, apakah anggota direksi yang tidak terkait, memiliki kemampuan untuk bertindak independen terhadap anggota direksi yang terlibat.

Pengadilan menolak argumentasi bahwa empat anggota direksi perusahaan tersebut dianggap terkait karena berperan dalam komite audit perusahaan. Pengadilan berpendapat bahwa komite audit disyaratkan terdiri dari direktur yang independen dan tidak berkepentingan secara pribadi. Dengan demikian, tidak logis untuk menyimpulkan bahwa anggota direksi yang termasuk dalam komite audit, adalah otomatis terlibat dalam perbuatan yang dipermasalahkan.

Berbeda dengan kasus di atas, dimana gugatan derivatif (*derivative action*) digugurkan oleh pengadilan karena penggugat tidak memenuhi syarat pengajuan permintaan/tuntutan terlebih dahulu kepada direksi, kasus dalam *Garlock v. Hilliard*, 2000 NCBC 11 (NC. Super, Ct Aug, 22 2000) (Tennille), adalah mengenai pengajuan tuntutan kepada direksi yang dilakukan sekaligus bersamaan dengan pengajuan gugatan *derivative action* di pengadilan.²⁹⁹

Pengadilan memutuskan dalam kasus tersebut bahwa suatu tuntutan yang diajukan kepada direksi secara simultan atau bersamaan dengan pendaftaran perkara *derivative action*, adalah tidak memenuhi persyaratan tuntutan (*demand requirement*) menurut hukum. Tujuan persyaratan tuntutan adalah memberikan kesempatan kepada direksi untuk memenuhi kewajibannya sebelum perusahaan mengeluarkan biaya hukum atau sebelum litigasi menjadi lebih rumit dan bereskalasi pada timbulnya tuntutan balik.

Terhadap tuntutan penggugat mengenai adanya konspirasi sebagai alasan diajukannya tuntutan secara simultan, pengadilan

²⁹⁹ *Derivative Actions: North Carolina Business Litigation Report*, www.ncbusinesslitigationreport.com/case-derivative-actions-1, 14 Juli 2013.

memfokuskan pertimbangan pada doktrin imunitas internal perusahaan (*Intra Corporate Immunity*), yang menyatakan bahwa suatu perusahaan tidak dapat berkonspirasi dengan dirinya sendiri, agen, officer atau karyawannya. Pengadilan memutuskan bahwa penggugat tidak dapat menyatakan suatu tuntutan mengenai terjadinya konspirasi secara internal, meskipun penggugat mendalilkan bahwa pemegang saham mayoritas mempunyai kepentingan pribadi yang independen dalam mencapai tujuan illegal perusahaan.³⁰⁰

Status kepemilikan saham penggugat dalam *derivative action* merupakan hal yang menarik dicermati. Eaton mencatat sejumlah pengadilan baik di tingkat federal maupun di tingkat negara bagian Amerika Serikat, telah mengadopsi persyaratan kepemilikan berlanjut. Namun demikian, pengadilan - pengadilan tersebut masing-masing memiliki alasan yang bervariasi dalam menetapkan persyaratan kepemilikan saham berlanjut tersebut.³⁰¹

³⁰⁰ *Ibid*

³⁰¹ Lihat lebih lanjut, Malaika M. Eaton, et.al., *The Continuous Ownership Requirement in Shareholder Derivative Litigation: Endorsing A Common Sense Application of Standing And Choice-Of-Law Prociplcs*, *Willamette Law Review*, *WLR 47-1*, 12/13/2010., hlm.8.

Sebagian pengadilan, walaupun tanpa ada ketentuan tertulis yang tegas dalam peraturan perundang-undangan, menyimpulkan bahwa persyaratan kepemilikan berlanjut, secara implisit terdapat dalam peraturan atau ketentuan-ketentuan yang mengatur *derivative action*. Sebagian lainnya mengakui bahwa persyaratan kepemilikan berlanjut tidak disyaratkan oleh teks atau *rationale* hukum perdata, namun pengadilan mengadopsi persyaratan kepemilikan berlanjut tersebut, atas dasar bahwa persyaratan kepemilikan tersebut merupakan prinsip yang fundamental berdasarkan hukum materil yang berlaku.³⁰²

Sebagian pengadilan lainnya mengakui bahwa, persyaratan kepemilikan berlanjut adalah berkaitan dengan posisi pemegang saham penggugat bersangkutan untuk melanjutkan *derivative action*. Terdapat pula pengadilan lainnya meskipun minoritas, yang menolak persyaratan kepemilikan berlanjut meskipun faktanya bahwa penggugat bersangkutan dalam suatu *derivative action*, diperbolehkan untuk melanjutkan gugatan asalkan penggugat tidak mengambil manfaat dari hasil gugatan yang

³⁰² *Ibid*

diberikan kepada perusahaan, yang *nota bene* merupakan pihak yang sebenarnya dalam perkara *derivative action*.³⁰³

Beberapa kasus yang telah diputus oleh pengadilan federal dengan mempertimbangkan persyaratan kepemilikan berlanjut antara lain adalah kasus *Lewis vs Chiles* dalam wilayah Pengadilan Banding Ninth Circuit.³⁰⁴ Meskipun Lewis merupakan pemegang saham pada Fred Meyer ketika mengajukan gugatan, namun penggugat kemudian menjual sahamnya selama berlangsungnya proses perkara. Tergugat mengajukan keberatan dan memohon putusan sela, dengan alasan Lewis tidak lagi mempunyai *standing* atau posisi hukum untuk melanjutkan proses gugatan. Pengadilan Negeri mengabulkan permohonan Tergugat dan menyatakan gugatan *derivative action* tersebut gugur atau dinyatakan tidak dapat diterima. Penggugat lalu mengajukan permohonan banding, dan kemudian Pengadilan tingkat banding *Ninth Circuit* menguatkan putusan pengadilan tingkat pertama tersebut.³⁰⁵

³⁰³ *Ibid*

³⁰⁴ Pengadilan Banding *Ninth Circuit* adalah pengadilan banding di Amerika Serikat yang membawahi pengadilan negeri (district court) Alaska, Arizona, California Pusat, California Timur, California Utara, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Oregon, Washington Timur, Washington Barat.

³⁰⁵ Eaton et.al. *Lock.eit.*, hlm. 6.

Pengadilan banding the *Ninth Circuit* mendasarkan putusannya tersebut, selain pada FRCP 23.1 (*Federal Rule of Civil Procedures*) atau hukum acara perdata federal, juga pada gagasan *standing* atau posisi hukum yang bersifat mendasar.

Mengenai ketentuan Rule 23.1, pengadilan menjelaskan bahwa ketentuan yang menyatakan “*derivative action* tidak boleh dilakukan apabila penggugat tidak secara adil atau tidak memadai mewakili kepentingan pemegang saham, dalam rangka menegakkan hak perusahaan” telah berperan sebagai jangkar bagi konsep yang mendalihkan bahwa kepemilikan saham harus berlanjut selama berlangsung litigasi.

Adapun mengenai gagasan fundamental mengenai posisi hukum penggugat, pengadilan menyatakan sebagai berikut:

*As a practical matter, the continuous ownership requirement stems from equitable nature of derivative action which allows a shareholder “to step into the corporation’s shoes and to seek in its right the restitution he could not demand on his own.” This equitable principle reflects a shareholder’s real interest in obtaining a recovery for the corporation which increases the vaule of its holdings.*³⁰⁶

(Sebagai masalah praktis, persyaratan kepemilikan berlanjut berasal dari sifat adil gugatan derivatif yang memungkinkan pemegang saham “untuk melangkah

³⁰⁶ *Ibid*

masuk ke sepatu korporasi dan mencari restitusi menurut haknya yang dia tidak bisa menuntut sendiri." Prinsip adil ini mencerminkan kepentingan riil pemegang saham dalam memperoleh pemulihan bagi perusahaan yang meningkatkan value dari kepemilikannya; Terjemahan bebas oleh Penulis)

Pengadilan pada prinsipnya berkesimpulan, bahwa oleh karena dasar dari tindakan dan hasil pemulihan (pembayaran kompensasi) adalah milik perusahaan dan bukan milik pemegang saham penggugat, seorang penggugat yang tidak memiliki saham, tidak dapat menikmati manfaat dari hasil gugatan, dan oleh karenanya tidak memiliki *standing* atau posisi untuk melanjutkan litigasi.

Keberadaan komite litigasi dalam konsep *derivative action* Amerika Serikat merupakan hal yang unik. Pembentukan komite litigasi diprakarsai oleh direksi perusahaan pada saat penggugat akan mengajukan *derivative action*. Gugatan *derivative action* tidak diproses lebih lanjut oleh pengadilan sebelum komite litigasi menentukan apakah *derivative action* tersebut benar-benar sejalan dengan kepentingan terbaik perusahaan. Mungkin saja komite litigasi tersebut dianggap sebagai hambatan utama yang harus diatasi

oleh pemegang saham dalam mengajukan *derivative action*. Komite litigasi secara normatif harus bersifat independen dan bebas dari pengaruh perusahaan yang diduga dirugikan. Akan tetapi, kenyataannya akan berpotensi muncul bias karena komite litigasi ditunjuk oleh direksi perusahaan yang bersangkutan.

Konsep *derivative action* Amerika Serikat sampai saat ini demikian populer. Tentang hal ini Hofmann merinci alasan-alasan mengapa *derivative action* menjadi populer di Amerika Serikat, sebagai berikut:³⁰⁷

1. Para Advokat dimotivasi oleh pengadilan untuk menangani *derivative action* atas dasar kontinjensi atau berdasarkan perhitungan *success fee*, karena pengadilan menghitung biaya Advokat mengacu kepada sukses penanganan perkara. Menggunakan metode "*common fund*", persentase biaya Advokat dihitung berdasarkan jumlah ganti rugi yang diputuskan oleh pengadilan, dan dibayarkan sebelum pembayaran lain dilakukan. Biaya Advokat (sekitar 20% dan 30%) karenanya dibayarkan berdasarkan metode persentase.

³⁰⁷ Melissa Hofmann, *loc cit.*, hlm. 5-6

2. Oleh karena penggugat potensil dapat mengambil manfaat dari metode pembayaran lawyer berdasarkan *success fee*, maka persoalan biaya-biaya terlarang yang diderita oleh penggugat dapat dihindarkan.

Siems membenarkan bahwa di Amerika Serikat, Advokat memang dapat menyetujui fee advokat atas dasar kontinjensi dan mengharapkan *success fee* jika penanganan perkara yang bersangkutan sukses.³⁰⁸ Jadi secara teknis pemegang saham dimungkinkan untuk menegaskan tuntutan perusahaan terhadap anggota direksi melalui *derivative action*.³⁰⁹ Hal ini terutama disebabkan karena Advokat sendiri yang mengusulkan dan mengajukan gugatan tersebut sedangkan pemegang saham hampir tidak menanggung risiko sedikit pun.³¹⁰

Titik awalnya adalah "*American Rule*". Berdasarkan aturan main *American Rule*, setiap pihak akan membayar masing-masing biaya pengacaranya dari hasil perkara. Apabila pemegang saham memenangkan gugatan, maka pemegang saham tersebut akan dibebankan biayanya. Meskipun, dalam praktik, biaya tersebut akan digantikan oleh perusahaan, karena

³⁰⁸ Mathias M. Siems, *loc.cit*

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

sebenarnya secara materil yang mengajukan gugatan adalah perusahaan.³¹¹

Hofmann lebih lanjut menguraikan, berdasarkan teori *Common Fund* biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh pemegang saham penggugat digantikan sebagai kompensasi atas kerugian yang telah diselamatkan oleh perusahaan melalui *derivative action*.³¹²

Ketentuan *derivative action* saat ini menetapkan bahwa dalam hal gugatan memberikan manfaat kepada perusahaan, maka biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh pemegang saham akan ditanggung oleh perusahaan. Apabila pemegang saham penggugat dinyatakan kalah oleh pengadilan, maka pemegang saham tidak harus membayar Advokat yang ditunjuk atau dipergunakan jasanya oleh anggota direksi yang digugat. Sejumlah kasus menunjukkan pengalihan pembayaran (*fee shift*) dalam hal gugatan diajukan tanpa alasan yang masuk akal, atau dengan tujuan yang tidak wajar. Apalagi pemegang saham yang telah menyetujui biaya-biaya kontinjen, tidak akan menghadapi

³¹¹ *Ibid*

³¹² *Ibid*.

risiko, dalam pengertian bahwa dalam hal *derivative action* gagal, tidak ada *fee advokat* yang harus dibayar.

b. Kanada

Peraturan *derivative action* di Kanada mulai diperkenalkan pada tahun 1970an menyusul rekomendasi dari *Dickerson Committee* pada tahun 1971 mengenai reformasi hukum perusahaan khususnya mengenai hak-hak pemegang saham.

Berlainan dengan *derivative action* di Amerika Serikat yang lebih didasarkan pada kewajiban fidusia sebagaimana ditetapkan melalui *case law*, peraturan *derivative action* Kanada lebih banyak diatur oleh otoritas seperti Komisi Sekuritas Ontario (*Ontario Securities Commission*).

Prinsip-prinsip *derivative action* diadopsi dalam Undang-undang Perusahaan Kanada 1985 (*Canada Business Corporation Act 1985*) melalui amandemen yang dilakukan pada tahun 2001. Sedangkan amandemen terhadap *Ontario Business Corporation Act*, dilakukan pada tahun 2007. Amandemen tersebut memperluas cakupan pengertian ketekunan dan itikad baik direksi sebagai pembelaan atas tindakan direksi.

Dalam Pasal 239 Undang-undang Perusahaan Kanada 1985

(Canada Business Corporation Act 1985) dinyatakan sebagai berikut:

- (1) Subject to subsection (2), a complainant may apply to a court for leave to bring an action in the name and on behalf of a corporation or any of its subsidiaries, or intervene in an action to which any such body corporate is a party, for the purpose of prosecuting, defending or discontinuing the action on behalf of the body corporate.*
- (2) No action may be brought and no intervention in an action may be made under subsection (1) unless the court is satisfied that*
 - (a) the complainant has given notice to the directors of the corporation or its subsidiary of the complainant's intention to apply to the court under subsection (1) not less than fourteen days before bringing the application, or as otherwise ordered by the court, if the directors of the corporation or its subsidiary do not bring, diligently prosecute or defend or discontinue the action;*
 - (b) the complainant is acting in good faith; and*
 - (c) it appears to be in the interests of the corporation or its subsidiary that the action be brought, prosecuted, defended or discontinued.*

Terjemahan bebas oleh Penulis sebagai berikut:

- (1) Tunduk pada ketentuan ayat 2 pasal ini, penggugat dapat memohon persetujuan kepada pengadilan untuk mengajukan gugatan atas nama korporasi atau anak perusahaannya, atau mengintervensi suatu gugatan yang didalamnya koporasi menjadi pihak,

untuk keperluan pengajuan tuntutan, pembelaan atau penghentian gugatan atas nama perusahaan.

- (2) Tidak ada gugatan yang dapat diajukan dan tidak ada intervensi kedalam suatu gugatan yang dapat dilakukan berdasarkan ayat (1) kecuali pengadilan berpendapat bahwa telah terpenuhi sebagai berikut:
 - (a) penggugat telah menyampaikan pemberitahuan kepada direksi perusahaan mengenai maksud penggugat untuk mengajukan permohonan kepada pengadilan berdasarkan ayat (1) tidak kurang dari empatbelas hari sebelum pengajuan permohonan, atau sebagaimana yang diperintahkan oleh pengadilan, jika direksi perusahaan tidak mengajukan, menuntut dengan tekun atau membela atau menghentikan gugatan;
 - (b) penggugat bertindak dengan itikad baik; dan
 - (c) tampak bahwa adalah untuk kepentingan perusahaan, gugatan tersebut diajukan, dituntut, dibela atau dihentikan.

Menurut Undang-undang Korporasi Kanada, gugatan derivatif diajukan oleh pemegang saham atas nama perusahaan terhadap direksi atau pihak lain yang telah melakukan tindakan merugikan perusahaan. Walaupun kasus melibatkan pihak ketiga, umumnya yang menjadi target utama adalah direksi atas keagalannya menuntut pihak ketiga tersebut atas nama perusahaan.

Walaupun peraturan *derivative action* sudah lama diberlakukan di Kanada, namun tidak begitu banyak kasus *derivative action* yang terjadi di Kanada. Kenyataan ini dapat dilihat dari dua perspektif. Pertama, perspektif negatif yang melihat bahwa peraturan *derivative action* di Kanada telah gagal memberikan dampak dramatik bagi upaya pemulihan tindakan kesalahan yang dilakukan oleh anggota direksi.

Kedua, perspektif positif yang melihat bahwa peraturan *derivative action* di Kanada telah berhasil memberikan efek jera (*deterrent effect*) kepada direksi perusahaan yang berpotensi menyalahgunakan hak dan kekuasaannya di perusahaan. Efek jera tersebut telah berhasil meminimalisasi kesalahan-kesalahan direksi yang dapat menjadi obyek gugatan derivatif.

Peraturan *derivative action* Kanada oleh banyak yurisdiksi dianggap sebagai model ideal peraturan *derivative action*, dan telah diadopsi dan diadaptasikan oleh antara lain Selandia Baru, Australia dan Singapura.³¹³

Dalam praktik secara umum di Kanada, *derivative action* diajukan oleh penggugat yang sedang berstatus pemegang saham. Apabila gugatan diajukan oleh mantan pemegang saham, maka

³¹³ Melissa Hofmann, *loc cit.*, hlm. 7

umumnya ditolak karena oleh pengadilan dianggap tidak mempunyai cukup kepentingan (*sufficient interest*) dalam *derivative action* tersebut.

Mengenai persyaratan itikad baik bagi pemegang saham yang akan mengajukan gugatan, terdapat kasus-kasus di Kanada yang kelihatan kontroversial. Sebagian kasus menunjukkan bahwa persyaratan itikad baik kelihatannya akan terpenuhi apabila *derivative action* dilakukan untuk kepentingan perusahaan. Namun terdapat pula kasus dimana persyaratan itikad baik dianggap sebagai hal yang serius untuk dipertimbangkan. Ketiadaan itikad baik merupakan alasan yang cukup bagi pengadilan untuk menolak permohonan izin. Dalam kasus yang disebut terakhir, beban untuk menunjukkan itikad baik merupakan sesuatu yang harus dipenuhi oleh pemohon atau penggugat.³¹⁴

Menurut hukum yang berlaku di Kanada, izin dari pengadilan juga diperlukan untuk mengajukan *derivative action*. Pengajuan tuntutan kepada direksi sebelum mengajukan gugatan derivatif, juga disyaratkan sebagaimana halnya di Australia.

³¹⁴ Pearlle Koh Ming Choo, *loc. Cit.* hlm. 3.

c. Inggris

Sebelum tahun 2006, Inggris tidak memiliki kodifikasi ketentuan-ketentuan tentang *derivative action*. Dalam kurun waktu tersebut, meskipun dalam beberapa hal *derivative action* diperbolehkan, dalam praktik secara umum tidak dimungkinkan bagi pemegang saham untuk mengajukan gugatan bertindak atas nama perusahaan. Hal tersebut sejalan dengan putusan pengadilan pada tahun 1843 dalam perkara *Foss v. Harbottle* dan seperti telah diuraikan pada bagian terdahulu, pengecualian terhadap prinsip ini adalah sangat terbatas.

Peluang untuk mengajukan *derivative action* hanya dalam hal kesalahan yang dilakukan oleh direksi atau pelaku kesalahan dikategorikan sebagai, (a) kecurangan terhadap pemegang saham minoritas (*fraud on the minority*), sedangkan pelaku kesalahan tersebut berada dalam posisi pengendali perusahaan (*in control position*); (b) kesalahan atau tindakan tersebut tidak dapat diratifikasi (*non-ratifiable*) dalam suatu keputusan rapat pemegang saham; (3) kesalahan atau tindakan berada di luar lingkup tujuan perusahaan (*ultra vires*) sehingga sama sekali

tidak dapat diratifikasi.³¹⁵ Terkait dengan hal tersebut di atas, Slaughter and May melihat bahwa *Derivative actions* yang didasarkan pada prinsip *common law* selama ini tidak begitu populer dipraktikkan khususnya bagi perusahaan-perusahaan tertutup. Hal ini antara lain disebabkan karena ganti rugi yang dituntut oleh pemegang saham akan dibayarkan kepada perusahaan, bukan kepada pemegang saham penggugat.³¹⁶

Untuk mengatasi kelemahan penerapan *derivative action* berdasarkan *Common Law*, maka Undang-undang Perusahaan Inggris Tahun 2006 (*The Companies Act 2006*) yang mulai berlaku efektif tanggal 1 Oktober 2007, telah memperkenalkan kodifikasi ketentuan-ketentuan tentang *Derivative Action*. Prosedur *derivative action* diatur dalam Pasal 260 – 264 yang termuat dalam Bab 1 Bagian 11 Undang-undang tersebut. Undang-undang tersebut juga mengkodifikasi kewajiban-

³¹⁵ Freshfields Bruckhaus Deringer, *loc.cit.*, hlm. 1

³¹⁶ Lihat Slaughter And May, *Companies Act 2006 Directors' Duties, Derivative Actions and Other Miscellaneous Provisions*, June 2007. [www.slaughterand may.com/companies-act-2006.](http://www.slaughterandmay.com/companies-act-2006), hlm.7.

kewajiban direksi perusahaan dengan perubahan signifikan dibandingkan dengan *common law (non-statutory law)*.³¹⁷

Ketentuan-ketentuan dalam undang-undang tersebut telah memperluas kriteria atau peluang untuk mengajukan *derivative action*. Berdasarkan ketentuan tersebut, kriteria tindakan yang dapat digugat melalui mekanisme *derivative action*, mencakup tindakan-tindakan yang aktual, atau yang direncanakan, atau kelalaian bertindak, wanprestasi, melanggar *kewajiban fiducia* termasuk kewajiban kehati-hatian, keahlian dan kecermatan. Dalam hal-hal tertentu yang amat terbatas, *derivative action* juga dapat diajukan terhadap pihak ketiga. Misalnya, dalam hal pihak ketiga tersebut menerima uang atau kekayaan milik perusahaan dari anggota direksi yang diduga melakukan kesalahan yang merugikan perusahaan.

³¹⁷ Slaughter and May mencatat, bahwa alasan utama mengkodifikasi kewajiban-kewajiban direksi dalam undang-undang tersebut adalah, untuk memberikan pernyataan otoritatif mengenai hal-hal yang termasuk kewajiban direksi tersebut. Namun demikian, lanjutnya, kodifikasi tersebut menunjukkan kurangnya fleksibilitas dan juga ketiadaan kepastian tentang hubungan antara ketentuan-ketentuan *statutory* dan *common law*. Ketidakpastian ini sebenarnya disebabkan karena Undang-undang tersebut menyatakan bahwa kewajiban direksi berdasarkan *statutory law* menggantikan kewajiban-kewajiban direksi berdasarkan *common law* dan juga menyatakan bahwa ketentuan-ketentuan *common law* akan berlaku dalam menginterpretasikan kewajiban-kewajiban berdasarkan *statutory law*. Lihat lebih lanjut Slaughter and May, *Ibid.*, hlm.1.

Sehubungan dengan luasnya cakupan *derivative action* sebagaimana digambarkan di atas, Slaughter and May menyatakan sebagai berikut:

There is concern that this will give increased scope for derivative claims for the following reasons:

- a. The breadth of the new general duties of directors;*
- b. There will be no requirement for the director to have benefited personally from the breach, as is the case under current law;*
- c. It will no longer be necessary for the shareholders bringing the claim to show that the director who carried out the wrongdoing control the majority of the company's shares (the so-called "wrong doer control" test under the current law); and*
- d. The ability to bring derivative claims against third parties (although DTI's explanatory notes to the Act suggest that derivative claims against third parties would be permitted only in very narrow circumstances, for example where a third party knowingly received a company's money or property claim from a director acting in breach of trust).³¹⁸*

Terjemahan bebas oleh Penulis sebagai berikut:

Ada kekhawatiran bahwa hal ini akan memberikan lingkup yang besar bagi gugatan derivatif berdasarkan alasan-alasan berikut:

- a. Luasnya kewajiban-kewajiban umum yang baru bagi direksi;

³¹⁸ *Ibid.*, hlm.8

- b. Tidak adanya lagi persyaratan bagi direksi telah mengambil manfaat dari pelanggaran, sebagaimana hukum saat ini;
- c. Tidak lagi perlu bagi pemegang saham membawa tuntutan untuk menunjukkan bahwa direktur yang melakukan kesalahan mengendalikan mayoritas saham perusahaan (yang disebut dengan uji “kendali pelaku kesalahan” berdasarkan hukum yang berlaku); dan
- d. Kemampuan untuk mengajukan gugatan derivatif terhadap pihak ketiga (meskipun catatan penjelasan DTI terhadap Undang-undang tersebut mengisyaratkan bahwa tuntutan terhadap pihak ketiga diperbolehkan hanya dalam situasi yang sangat sempit, misalnya apabila pihak ketiga dengan sadar menerima klaim uang atau kekayaan perusahaan dari seorang direktur yang bertindak melanggar kepercayaan);

Perlu diketahui bahwa ketentuan-ketentuan *derivative action* dalam Undang-undang Perusahaan Inggris Tahun 2006 tersebut tidak mengubah ketentuan mengenai ganti rugi, sehingga ganti rugi yang dituntut oleh pemegang saham penggugat apabila menang dalam perkara, tetap harus dibayarkan kepada perusahaan bukan kepada pemegang saham penggugat.³¹⁹

Tidak ada kewajiban untuk memperoleh izin dari pengadilan sebelum mengajukan *derivative action* menurut

³¹⁹ Freshfields Bruckhaus Deringer, *loc. cit.*, hlm. 1

Undang-undang Perusahaan Inggris Tahun 2006 tersebut. Akan tetapi undang-undang tersebut menetapkan prosedur yang harus dilewati guna mendapatkan izin pengadilan untuk melanjutkan tuntutan. Tuntutan akan berlanjut ke tahap persidangan secara penuh hanya apabila pemegang saham yang bersangkutan berhasil melewati prosedur yang ditetapkan, yaitu sebagai berikut:

1. Pemegang saham yang mengajukan gugatan harus memohon izin kepada pengadilan untuk melanjutkan tuntutan dan mengajukan bukti-bukti *prima facie* agar perkara tersebut tidak digugurkan (*dismissed*). Apabila pengadilan menetapkan bahwa perkara *prima facie* tidak diterima, maka pengadilan akan menggugurkan permohonan pemegang saham tersebut dan dapat mengeluarkan perintah lanjutan yang dianggap patut oleh pengadilan (misalnya perintah pengadilan terkait pembayaran biaya perkara oleh pemegang saham). Baik tergugat maupun pengadilan tidak terlibat dalam tahap ini walaupun perusahaan sudah menerima pemberitahuan gugatan. Pemerintah melihat hal ini sebagai peluang bagi pengadilan untuk menggugurkan gangguan-

gangguan atau tuntutan-tuntutan yang tidak memiliki dasar hukum yang kuat, secepat mungkin.

2. Apabila permohonan tersebut tidak digugurkan oleh pengadilan pada tahap pertama, maka pengadilan dapat meminta perusahaan untuk mengajukan bukti. Selanjutnya pada sidang pemeriksaan permohonan tersebut pengadilan dapat, memberikan izin kepada pemegang saham untuk melanjutkan tuntutan sesuai syarat-syarat yang ditetapkan oleh pengadilan, menunda persidangan dan memberikan pengarah-pengarah yang perlu, atau pengadilan dapat pula menolak permohonan izin dan menggugurkan permohonan pemegang saham tersebut.

Pengadilan akan menolak memberikan izin kepada pemegang saham untuk melanjutkan proses gugatan derivatif apabila terbukti, bahwa anggota direksi yang patuh terhadap kewajiban untuk memajukan bisnis perusahaan, tidak berupaya melanjutkan tuntutan; atau perbuatan yang menjadi dasar gugatan, timbul dari tindakan atau kelalaian yang sebelumnya telah diratifikasi oleh perusahaan, atau telah diratifikasi oleh perusahaan sesudah terjadinya tindakan atau kelalaian tersebut.

Pertimbangan yang mendasari pengadilan untuk memberikan izin melanjutkan tuntutan, wajib didasarkan pada kriteria; (i) apakah pemegang saham bertindak dengan itikad baik dalam mengajukan gugatan derivatif; (ii) pentingnya dilanjutkan tuntutan tersebut oleh seorang direksi yang bertindak sesuai dengan kewajiban direksi untuk memajukan kesuksesan perusahaan;³²⁰ (iii) apakah tindakan atau kegagalan bertindak yang menjadi dasar munculnya tuntutan, telah, atau kemungkinan akan, disahkan atau diratifikasi oleh perusahaan setelah terjadi perbuatan tersebut; (iv) apakah perusahaan telah memutuskan untuk tidak melanjutkan tuntutan; (v) apakah tindakan atau kegagalan bertindak yang menjadi munculnya tuntutan, telah memberikan alasan tindakan bahwa pemegang saham dapat melanjutkan gugatan atas namanya sendiri daripada atas nama perusahaan; dan (vi) ada bukti di depan pengadilan mengenai pandangan pemegang saham perusahaan yang tidak

³²⁰ Slaughter and May mencatat bahwa *statutory duty* yang paling mengundang perdebatan adalah kewajiban direksi untuk memajukan kesuksesan perusahaan. Dikatakan, kewajiban ini mengharuskan direktur untuk bertindak dengan dengan cara “yang dia anggap, dengan itikad baik, akan memajukan kesuksesan perusahaan untuk kepentingan pemegang saham secara keseluruhan” (Pasal 172 Undang-Undang Perusahaan Inggris 2006). Menurut pemerintah Inggris, dalam konteks ini yang dimaksud dengan “sukses” adalah “peningkatan nilai dalam jangka panjang” bagi perusahaan. Namun demikian, terbuka kemungkinan bagi perusahaan untuk mengadopsi pengertian “sukses” yang berbeda, dalam anggaran dasar perusahaan. Pemerintah menetapkan bahwa keputusan mengenai hal apa yang akan memajukan kesuksesan perusahaan, pada akhirnya merupakan salah satu keputusan direktur dengan itikad baik. Lihat lebih lanjut Slaughter and May, *loc.cit.*, hlm. 60.

memiliki kepentingan pribadi, langsung atau tidak langsung dalam perkara tersebut.

Secara umum Pengadilan dapat juga mempertimbangkan apakah *derivative action* tersebut bertentangan dengan kepentingan perusahaan atau tidak, apakah pemegang saham penggugat mempunyai itikad baik atau tidak, dan apakah perusahaan sudah memutuskan untuk tidak mengajukan sendiri tuntutan tersebut. Dan lebih penting lagi, penggunaan *derivative action*³²¹ akan tergantung pada keterkaitannya dengan upaya pemulihan terhadap tindakan yang tidak jujur (*unfair prejudice remedy*) yang mana tidak mensyaratkan otorisasi pengadilan.

Pada tahun 2012 suatu pengadilan banding di Inggris dalam putusannya dalam perkara *Maidment v. Attwood and Others* [2012] EWCA Civ 998, menggarisbawahi pentingnya *unfair prejudice remedy* sebagai salah satu cara untuk

³²¹ John Sykes dari Charles Russel LLP dalam *Minority Shareholders and their rights*, January 2009, www.charlesrussel.co.uk, hlm.1., mengemukakan bahwa perlindungan yang paling penting bagi pemegang saham minoritas adalah, adanya hak bagi pemegang saham minoritas untuk memohon penetapan kepada pengadilan berdasarkan ketentuan pasal 994 Undang-undang Perusahaan Inggris 2006. Upaya hukum ini diajukan atas dasar adanya dugaan bahwa perusahaan dijalankan oleh pemegang saham mayoritas dengan cara yang tidak adil atau tidak seimbang bagi seluruh pemegang saham lainnya, atau bagi sebagian pemegang saham (termasuk Pemohon). Hal ini bisa mencakup pelanggaran komitmen antarpemegang saham (misalnya, perjanjian pemegang saham atau anggaran dasar perusahaan); pelanggaran *fiduciary duty*, pelanggaran perjanjian lainnya. Biasanya penyelesaian yang dituntut adalah berupa perintah dari pengadilan bahwa pemegang saham lain atau perusahaan harus membeli saham pemegang minoritas tersebut dengan harga yang wajar.

mendorong perilaku yang wajar dalam mengelola perusahaan kecil. Pengadilan menerima permohonan banding pemegang saham minoritas terhadap putusan pengadilan tingkat pertama yang telah menolak permohonannya atas dasar *unfair prejudice remedy*. Pengadilan banding mempertimbangkan bahwa hakim pada tingkat pertama telah melakukan kesalahan dalam menangani perkara tersebut. Pengadilan banding memutuskan bahwa seorang direktur telah melanggar kewajibannya dengan menetapkan remunerasi bagi dirinya sesuai dengan kepentingan pribadinya, bertentangan dengan kewajibannya sebagai direktur perusahaan dan hal tersebut termasuk dalam kategori perilaku yang tidak jujur (*unfair prejudice*).³²²

Pembayaran biaya *derivative action*, di Inggris, seperti halnya di banyak negara, dilakukan oleh pihak yang kalah kepada pihak yang menang ("*English Rule*"). Berbeda dengan Amerika Serikat ("*American Rule*"), di Inggris yang menjadi masalah adalah mengenai risiko kekalahan bagi pemegang saham dalam *derivative action*. Dalam hal ini, selain biaya-biaya

³²² Lihat Hunt & Coombs, *solicitors*, <http://www.hscolicitor.co.uk/new/unfair-prejudice>. Terakhir dikunjungi 2 April 2013.

hukum dan pengadilan, pemegang saham juga harus menanggung biaya Advokat pihak tergugat.

Hal yang kelihatan agak ganjil bahwa perusahaan harus ditempatkan sebagai tergugat, padahal dalam perkara *derivative action* yang menjadi tergugat sebenarnya adalah anggota direksi yang melakukan kesalahan. Namun demikian, penempatan perusahaan sebagai tergugat hanya merupakan persyaratan teknis agar perusahaan terikat oleh keputusan pengadilan dalam perkara *derivative action*³²³

Kemudian pemegang saham harus memberitahukan perusahaan dengan memberikan salinan gugatan dan pemberitahuan permohonan izin. Pemberitahuan bukan merupakan syarat formal dari gugatan. Konsekuensinya, perusahaan tidak memiliki kewajiban untuk merespon pemberitahuan tersebut.

Tidak ada kewajiban pemegang saham penggugat untuk memberitahukan kepada anggota direksi yang terkait dengan gugatan tersebut. Oleh karena itu adalah penting bagi perusahaan untuk segera menyampaikan kepada direksi yang bersangkutan

³²³ *Ibid*

mengenai gugatan derivatif yang diajukan oleh pemegang saham tersebut. Perusahaan juga harus mempertimbangkan apakah akan memberikan pemberitahuan di bawah polis asuransi D&O (*Director and Officers*).

d. Australia

Pada tanggal 13 Maret 2000 *Statutory* (Peraturan tertulis) *Derivative Actions* mulai beroperasi setelah diperkenalkan dalam Undang-undang Program Reformasi Ekonomi Hukum Perusahaan Tahun 1999 (*Law Economic Reform Program Act 1999*). Peraturan *derivative actions* ini didasarkan pada Undang-undang Korporasi Bisnis Ontario 1982 (*Ontario Business Corporation Act 1982*)³²⁴

Statutory derivative action kemudian diatur dalam Bagian 2F.1A Undang-undang Korporasi Australia Tahun 2001 (*Corporation Act 2001*). Undang-undang tersebut, memungkinkan pemegang saham atau mantan pemegang saham suatu perusahaan untuk mengajukan gugatan atas nama perusahaan, atau mengintervensi perkara yang didalamnya perusahaan terlibat sebagai pihak. *Statutory derivative action* ini

³²⁴ Melissa Hofmann, *loc.cit.*, hlm. 11

dimaksudkan untuk menyempurnakan kelemahan *common law derivative action*, berdasarkan rekomendasi dari laporan pemerintah. Laporan ini mempersepsikan *statutory derivative action*³²⁵ sebagai bentuk pemulihan yang penting yang tersedia bagi pemegang saham minoritas untuk menegakkan hak-haknya.

Peraturan *derivative action* tersebut telah menggantikan setiap peristiwa yang tercakup dalam pengecualian terhadap ketentuan *Foss v Harbottle*, sehingga dengan demikian, kecuali untuk perusahaan asing, setiap *derivative action* yang akan dilakukan di Australia harus mengacu kepada Bagian 2F.1A Undang-undang Perusahaan Australia 2001.³²⁶

Berkaitan dengan perkembangan *derivative action* di Australia khususnya mengenai efektifitas dan manfaatnya, berbagai pendapat telah dikemukakan di berbagai literatur. Ada pendapat yang melihat *derivative action* dari pespektif analisis ekonomi bahwa model tata kelola perusahaan yang mengandalkan litigasi, sangat sulit untuk didukung. Sementara pendapat lainnya melihat bahwa, meskipun konsep *derivative action* memiliki keterbatasan, namun memiliki peran yang

³²⁵ Ian M Ramsay, *loc.cit.*, hlm. 6

³²⁶ *Ibid.*, hlm. 20

penting dalam rangka mewujudkan tata kelola perusahaan yang efektif. Memberikan pemulihan yang efektif bagi pemegang saham dengan jalan memberi hukuman dan efek jera terhadap perilaku manajerial yang salah, akan membantu memelihara kepercayaan investor.

Mengutip Choo, Ramsay mengemukakan bahwa *statutory derivative action* memiliki tujuan utama untuk memberikan efek jera, dengan memberdayakan pemegang saham dan lainnya. *Derivative action* berperan memberikan efek jera dengan memberikan ancaman tanggungjawab terhadap perilaku manajerial yang menyimpang.³²⁷

Mengenai proses peradilan *derivative action* di Australia, Undang-undang perusahaan Australia menggariskan bahwa sebelum pengadilan memberikan izin kepada pemohon/penggugat untuk memproses pengajuan *derivative action*, pemohon harus meyakinkan pengadilan mengenai hal-hal sebagai berikut :

- a. Bahwa perusahaan mungkin tidak akan memproses gugatan atau kasus tersebut, atau mengambil

³²⁷ *Ibid*, hlm. 16

- tanggungjawab atas kasus tersebut baik sebagian maupun seluruhnya: Pasal 237(2)(a);
- b. Pemohon atau penggugat adalah beritikad baik: Pasal 237(2)(b);
 - c. Izin untuk mengajukan *Derivative Actions* tersebut adalah untuk kepentingan terbaik perusahaan: Pasal 237(2)(c);
 - d. Permohonan izin diajukan sebab terdapat masalah serius yang harus diadili: Pasal 237(2)(d); dan
 - e. Pemohon telah menyampaikan pemberitahuan tertulis kepada perusahaan paling lambat empat belas hari sebelum mengajukan permohonan, memberitahukan perusahaan tentang maksud pemohon untuk memohon izin dan alasan untuk mengajukan *derivative actions* (kecuali jika pengadilan berpendapat bahwa adalah patut untuk memberikan izin pengajuan *derivative actions* meskipun pemberitahuan tidak disampaikan kepada perusahaan).

Masing-masing kriteria tersebut harus dipenuhi agar pengadilan memberikan izin kepada pemohon untuk memproses pengajuan *derivative action*. Menurut Huang, diantara kriteria

atau syarat untuk memperoleh izin tersebut, syarat “untuk kepentingan terbaik bagi perusahaan” (*the best interest of the company*) adalah syarat yang paling sulit untuk dipenuhi. Dalam praktik, pengadilan perlu melihat sifat dan maksud pengajuan gugatan derivatif, menimbang-nimbang manfaat litigasi dibandingkan dengan hambatan-hambatan yang akan dihadapi, disamping mempertimbangkan probabilitas suksesnya gugatan derivatif tersebut.³²⁸

Huang³²⁹ menyatakan bahwa terdapat asumsi yang dapat diperdebatkan di Australia bahwa pemberian izin untuk mengajukan gugatan derivatif, tidak sesuai dengan kepentingan terbaik perusahaan (*the best interest of the company*) apabila:

- (1) *The proceedings are by the company against a third party or by a third party against the company; and*
- (2) *The company has decided not to bring the proceedings or not to defend the proceedings or to discontinue, settle, or compromise the proceedings; and*
- (3) *All of directors who participated in that decision acted in good faith for a proper purpose, did not have a material personal interest in the decision, informed themselves about the subject matter of the decision to the extent they reasonably believed to be appropriate, and rationally believed that the decision was in the best interest of the company.*

³²⁸ Lihat Huang, *op.cit.*, hlm. 246

³²⁹ *Ibid, op.cit.* hlm.245

Terjemahan bebas oleh Penulis sebagai berikut:

- (1). Gugatan dilakukan oleh perusahaan terhadap pihak ketiga atau oleh pihak ketiga terhadap perusahaan; dan
- (2). Perusahaan telah memutuskan untuk tidak mengajukan gugatan atau tidak membela proses gugatan atau tidak melanjutkan, menyelesaikan, atau mengompromikan proses perkara; dan
- (3). Semua direktur yang berpartisipasi dalam keputusan itu bertindak dengan itikad baik untuk suatu maksud yang tepat, tidak mempunyai kepentingan pribadi yang material dalam keputusan tersebut, menginformasikan diri mereka sendiri mengenai pokok keputusan tersebut sehingga mereka secara wajar mempercayainya sebagai keputusan yang layak, dan secara rasional mempercayai bahwa putusan itu adalah untuk kepentingan terbaik baik perusahaan;

Pengaturan kontinjensi biaya litigasi dilarang di Australia termasuk biaya untuk mengajukan *derivative action*.³³⁰ Faktor ini dianggap sebagai salah satu penyebab mengapa *statutory derivative action* di Australia tidak begitu sering dipergunakan.³³¹

Berkaitan dengan hal tersebut khususnya mengenai biaya litigasi, Hofmann menyatakan bahwa meskipun peraturan *derivative action* Australia tidak memperbolehkan tindakan-tindakan hukum tersebut dibiayai atas dasar kontinjensi, namun

³³⁰ Melissa Hofman, *loc.cit.*, hlm. 12.

³³¹ Lihat Pearlie Koh Ming Choo, *loc. Cit.* hlm. 3.

faktanya terdapat 21 kasus yang dilaporkan dalam waktu kurang dari 3 tahun yang menunjukkan bahwa, meskipun peraturan tersebut masih baru, namun peraturan tersebut nampaknya memberikan efek jera yang efektif. Peraturan tersebut memberikan pemegang saham minoritas suatu mekanisme untuk menjalankan kontrol atas nama perusahaan ketika direksi tidak dapat atau tidak ingin mengambil tindakan. Peraturan tersebut telah berperan sebagai “*watchdog*” dan alat tawar yang dapat dipergunakan oleh pemegang saham untuk mengancam akan mengajukan *derivative action*. Lebih dari itu, oleh karena pembatasan yang ketat dalam penggunaannya, dan banyaknya persyaratan yang harus dipenuhi untuk mendapatkan izin pengadilan, maka penyalahgunaan proses *derivative action* dengan hanya bermaksud mengganggu anggota direksi misalnya, dapat diminimalkan.³³²

Biaya litigasi *derivative action* kelihatannya merupakan batu sandungan bagi *statutory derivative action* di Australia. Mengutip Mitchell, Hofmann menunjuk biaya litigasi yang begitu luar biasa besarnya yang terjadi dalam perkara *Prudential*

³³² Hofmann, *op.cit.*, hlm. 17

Asurance Co Ltd v Newman Industries (No.2), dimana persidangan yang berlangsung selama 70 hari, dan \$1.5 juta biaya yang dikeluarkan oleh pemegang saham penggugat, dalam rangka untuk memutuskan *legal standing* atau posisi hukum dalam mengajukan *derivative action*.³³³

Hofmann lebih jauh mencatat sebuah kasus dalam suatu perusahaan keluarga sehubungan dengan biaya litigasi *derivative action* di Australia. Diuraikan bahwa Mrs Brightwell adalah seorang janda dari seorang direktur sebuah perusahaan keluarga yang bernama RFB *Holdings*. Direktur tersebut meninggal dunia pada tahun 1995 dan meninggalkan hutang pribadi kepada perusahaan. Berdasarkan praktik akunting yang diduga curang dalam perusahaan tersebut, hutang direktur tersebut diabaikan atau ditutup. Laporan likuidator menunjukkan bahwa direktur tersebut telah menerima “dividen dan pembayaran kembali modal” senilai \$ 416,720 untuk saham tunggalnya, sementara pemegang saham lainnya masing-masing menerima \$2 untuk setiap lembar saham.³³⁴

³³³ Lihat Melissa Hofmann, *op.cit.*, hlm. 12

³³⁴ *Ibid*

Mayoritas saham di RFB Holdings dipegang oleh anak-anak mendiang pejabat direktur dan mantan isterinya, dan Mrs. Brightwell memegang 10 % saham dan perusahaan perkebunan milik mendiang pejabat direktur memegang 1 lembar saham. Gugatan diajukan oleh penggugat pada tahun 1998.³³⁵

Mengenai biaya litigasi yang jumlahnya mencapai sekitar \$125,000.00 sampai kasus tersebut disidangkan, hakim Austing cukup bersimpatik pada beban biaya yang ditanggung oleh Ny. Brightwell. Meskipun penggugat berhasil mendapatkan izin dari pengadilan untuk mengajukan *derivative action*, penggugat diperintahkan membayar biaya-biaya Ny. Brightwell sampai izin pengadilan dikeluarkan, dengan alasan biaya sebelumnya yang dikeluarkan oleh Ny Brightwell timbul dari kegagalan pihak penggugat untuk mengajukan tuntutan yang layak dan tepat dalam pernyataan gugatan sebelumnya.³³⁶ Berdasarkan uraian di atas, tampak bahwa pengadilan memiliki keleluasaan untuk menentukan atau mengalokasikan beban biaya litigasi. Hal ini sejalan dengan maksud ketentuan Pasal 242 Undang-undang Perusahaan Australia 2001 tersebut, yaitu:

³³⁵ *Ibid*

³³⁶ *Ibid*

.....empowers the court to make "any orders it considers appropriate about the costs" of the persons to whom it refer. The court is thus free to approach matters with which the section deals unconfined by statutory prescriptions and by references to the discretions that apply in the ordinary course in deciding application for costs.³³⁷

(...memberdayakan pengadilan untuk membuat "setiap perintah yang dianggapnya layak mengenai biaya " dari orang-orang yang terkait". Pengadilan kemudian bebas untuk mendekati masalah yang diatur oleh ketentuan-ketentuan tertulis dan melalui rujukan kepada kebijakan yang berlaku dengan cara yang biasa dalam memutuskan permohonan biaya; Terjemahan bebas oleh Penulis)

Menarik untuk diketengahkan pengajuan gugatan derivatif dengan menggunakan alasan atau prinsip keadilan di Australia. Seperti disinggung sebelumnya, alasan keadilan telah dijadikan dasar pertimbangan oleh pengadilan di Australia dalam kasus *Biala v Mallina Holdings Ltd.*

Pemegang saham mayoritas yang diduga telah melakukan kesalahan, telah mengalihkan sahamnya sebelum sidang pengadilan dimulai, untuk menentukan apakah terdapat unsur "perbuatan curang terhadap minoritas" (*Fraud on the minority*). Para tergugat mengajukan tangkisan bahwa tanggal yang

³³⁷ Ian M. Ramsay., *op.cit.*, hlm.36

dipergunakan untuk memastikan permasalahan “status pengendali”³³⁸ bukanlah tanggal pendaftaran perkara, melainkan adalah tanggal dimulainya sidang di pengadilan. Pengadilan berpendapat bahwa tanggal yang dipergunakan untuk menentukan status pengendali Tergugat adalah tanggal dimulainya sidang. Dengan demikian Tergugat tidak lagi dianggap sebagai pemegang saham pengendali pada waktu sidang dimulai, karena telah mengalihkan sahamnya sebelum sidang dilaksanakan. Akan tetapi, meskipun Tergugat tidak dianggap sebagai pemegang saham pengendali, namun Pengadilan tetap mengizinkan pemegang saham minoritas penggugat untuk mengajukan gugatan derivatif dengan dasar “pengecualian berdasarkan kepentingan keadilan”³³⁹.

³³⁸ Menarik untuk dicatat pendapat dan pertimbangan *Edgar Joseph JR J*, seorang hakim di Malaysia yang memeriksa gugatan *derivative action* dalam perkara *Tan Guan Eng v Mg Kweng Hee* (1991), yang menyatakan bahwa “cara yang paling mudah untuk menentukan apakah tergugat memiliki status pengendali atau tidak, adalah dengan melihat kepemilikan sahamnya di perusahaan. Apabila mayoritas saham perusahaan dipegang oleh tergugat, berarti tergugat adalah pengendali perusahaan. Akan tetapi jika tidak demikian halnya, maka tidak serta merta dapat disimpulkan bahwa tergugat bukanlah pengendali perusahaan. Pengadilan harus melihat lebih jauh dibalik kepemilikan saham, untuk menentukan apakah tergugat secara *de facto* mengendalikan perusahaan. Lihat putusan Pengadilan Tinggi Malaysia tanggal 21 Juni 1991 dalam perkara *Tan Guan Eng v Mg Kweng Hee*, [http://www.ipsufactoj.com/archieve/1991/Part07/arc1991\(07\)-002.htm](http://www.ipsufactoj.com/archieve/1991/Part07/arc1991(07)-002.htm).

³³⁹ Margaret Chew, *loc. cit.*,

e. Singapura.

Derivative Action di Singapura diatur dalam Undang-undang Perusahaan Singapura 1993 (Singapore Company Act 1993) yakni ketentuan Pasal 216A, yang hanya berlaku terhadap perusahaan yang tidak terdaftar di Bursa Efek Singapura (*Singapore Stock Exchange*). Pemegang saham dari perusahaan terbuka yang ingin mengajukan *derivative action*, harus menggunakan *common law* sebagai lawan dari *statutory law*.

Apabila suatu kesalahan telah dilakukan terhadap perusahaan dan tidak ada tindakan yang diambil untuk memulihkan kerugian perusahaan akibat tindakan kesalahan tersebut, maka terdapat beberapa alternatif tindakan yang terbuka bagi pemegang saham perusahaan yaitu sebagai berikut.³⁴⁰

1. Pemegang saham dapat meminta direksi untuk mengambil tindakan atas nama perusahaan; atau

³⁴⁰ Christian Chin, *Minority Shareholders and Derivative Actions*, <http://www.lawgazette.com.sg/2000-10/Oct00-focus3htm>. hlm.1

2. Pemegang saham dapat mengusulkan diadakan rapat umum pemegang saham dengan tujuan menghasilkan keputusan untuk mengajukan *derivative action*; atau
3. Apabila tidak ada di antara dua hal tersebut di atas yang dilakukan, maka pemegang saham dapat melakukan:
 - a. Mengajukan gugatan derivatif terhadap tergugat pribadi; atau
 - b. Memohon kepada pengadilan berdasarkan ketentuan Pasal 216 A untuk meminta izin mengajukan gugatan atas nama perusahaan.

Ketika tergugat potensial berada dalam posisi menghalangi upaya-upaya untuk menegakkan hak-hak perusahaan dalam mengajukan *derivative action* terhadap tergugat, maka satu-satunya alternatif yang terbuka bagi pemegang saham adalah alternatif ketiga sebagaimana tersebut di atas.

Statutory (Peraturan tertulis) *Derivative Action* pertama kali diperkenalkan di Singapura pada tahun 1993. Hofmann mencatat bahwa dalam kurun waktu sekitar sepuluh tahun sejak *derivative action* diperkenalkan di Singapura, hanya terdapat dua kasus *derivative action* yang dilaporkan, satu kasus yang tidak

dilaporkan, dan tujuh kasus yang dilaporkan dimana perusahaan menggugat direktornya karena melakukan pelanggaran *fiduciary duty*.³⁴¹

Hofmann selanjutnya mengemukakan, peraturan *derivative action* di Singapura pada prinsipnya sama dengan ketentuan *derivative action* yang berlaku di Inggris, Kanada, Australia dan Selandia Baru. Hal ini dapat dipahami karena konsep *derivative action* di Singapura mengadopsi model peraturan *derivative action* yang diatur dalam Undang-undang Korporasi Bisnis Kanada (*Canada Business Corporation Act*).³⁴²

Mekanisme *Derivative Action* di Singapura dinyatakan dalam ketentuan Pasal 216 A (2) dan (3) Undang-undang Perusahaan Singapura 1993 menentukan sebagai berikut:

- (2) *Subject to subsection (3), a complainant may apply to the Court for leave to bring an action in the name and on behalf of the company or intervene in an action to which the company is a party for the purpose of prosecuting, defending or discontinuing the action on behalf of the company.*
- (3) *No action may be brought and no intervention in an action may be made under subsection (2) unless the Court is satisfied that —*

³⁴¹ Melissa Hofmann, *loc cit.*, hlm. 8

³⁴² *Ibid.*

- (a) *the complainant has given 14 days' notice to the directors of the company of his intention to apply to the Court under subsection (2) if the directors of the company do not bring, diligently prosecute or defend or discontinue the action;*
- (b) *the complainant is acting in good faith; and*
- (c) *it appears to be prima facie in the interests of the company that the action be brought, prosecuted, defended or discontinued.*

Terjemahan bebas oleh Penulis sebagai berikut:

- (2) Tunduk pada ketentuan ayat 3 pasal ini, penggugat dapat memohon persetujuan kepada Pengadilan untuk mengajukan gugatan atas nama perusahaan, atau mengintervensi suatu gugatan yang didalamnya korporasi menjadi pihak, untuk keperluan pengajuan tuntutan, pembelaan atau penghentian gugatan atas nama perusahaan.
- (3) Tidak ada gugatan yang dapat diajukan dan tidak ada intervensi kedalam suatu gugatan yang dapat dilakukan berdasarkan ayat (2) kecuali pengadilan berpendapat bahwa telah terpenuhi sebagai berikut:
 - (a) penggugat telah menyampaikan pemberitahuan kepada direksi perusahaan mengenai maksud penggugat untuk mengajukan permohonan kepada pengadilan berdasarkan ayat (1) tidak kurang dari empatbelas hari sebelum pengajuan permohonan, atau sebagaimana yang diperintahkan oleh pengadilan, jika direksi perusahaan tidak mengajukan, menuntut dengan tekun atau membela atau menghentikan gugatan;
 - (b) penggugat bertindak dengan itikad baik; dan

- (c) tampak bahwa adalah untuk kepentingan perusahaan, gugatan tersebut diajukan, dituntut, dibela atau dihentikan.

Selanjutnya ketentuan Pasal 216B (1) Undang-undang Perusahaan Singapura menyatakan sebagai berikut:

an application under section 216A shall not be stayed or dismissed by reason only that it is shown that an alleged breach of a right or duty owed to the company has been or may be approved by the members of the company. However, evidence of approval by the members may be taken into account by the court in making an order under section 216A.

(Permohonan berdasarkan Pasal 216A tidak dapat ditangguhkan atau digugurkan hanya dengan alasan bahwa dugaan pelanggaran hak atau kewajiban kepada perusahaan telah atau dapat disetujui anggota-anggota perusahaan. Namun demikian, bukti persetujuan anggota-anggota perusahaan dapat dipertimbangkan oleh pengadilan dalam membuat perintah berdasarkan Pasal 216A; Terjemahan bebas oleh Penulis.)

Sebagaimana disinggung di atas, alasan umum mengenai dilakukannya klasifikasi antara perusahaan terbuka dan perusahaan tertutup adalah, karena perusahaan-perusahaan terbuka atau yang terdaftar di Bursa Efek Singapura, sudah cukup diatur oleh peraturan yang ketat. Pemegang saham yang tidak puas, memiliki opsi untuk menjual saham mereka di pasar

terbuka ³⁴³ Kelihatannya alasan tersebut terlalu pragmatis sehingga tidak begitu memuaskan secara akademik.

Menurut Chin, alasan mengapa ketentuan Pasal 216 tidak berlaku bagi perusahaan yang terdaftar di Bursa efek Singapura adalah; Pertama, terdapat kekuatiran bahwa pihak-pihak yang tidak cermat atau tidak beritikad baik dapat saja mengambil manfaat dari ketentuan tersebut, dengan mengajukan *derivative action*, semata-mata untuk mengganggu perusahaan-perusahaan yang terdaftar (*listed*) dan bahkan dapat memanipulasi harga saham-saham mereka. Kedua, terdapat anggapan bahwa pemegang saham minoritas dari perusahaan yang terdaftar di bursa atau perusahaan terbuka, tidak memerlukan perlindungan sebanyak yang diperlukan oleh perusahaan tertutup. Sebab pemegang saham minoritas pada perusahaan terbuka, dapat dengan lebih mudah mendivestasikan atau menjual sahamnya dibanding dengan perusahaan tertutup. ³⁴⁴ Sehingga apabila terjadi hal-hal yang dianggap berpotensi merugikan kepentingannya, pemegang saham minoritas dapat dengan mudah menjual sahamnya.

³⁴³ *Ibid*

³⁴⁴ Baca lebih lanjut Christian Chin, *loc.cit.*, hlm. 4-5

Alasan yang dikemukakan oleh Chin sebagaimana tersebut di atas masih patut diuji kebenarannya. Sebab, mengajukan gugatan *derivative action* di bawah ketentuan Pasal 216A tidak selalu lebih mudah dibanding mengajukan *derivative action* di bawah *common law*. Selain itu, belum tentu secara faktual benar seluruhnya bahwa pemegang saham pada perusahaan terbuka tidak membutuhkan perlindungan hukum lebih besar dibanding dengan pemegang saham pada perusahaan tertutup. Bahkan mungkin saja pemegang saham minoritas pada perusahaan terbuka justru memerlukan perlindungan hukum yang lebih besar terhadap kesalahan manajerial direksi.³⁴⁵

Sebagaimana disinggung sebelumnya, ketentuan-ketentuan *derivative action* Singapura termuat dalam ketentuan Pasal 216A³⁴⁶ dan Pasal 216B Undang-undang Perusahaan

³⁴⁵ *Ibid*

³⁴⁶ Pasal 216 A yang mengatur tentang prosedur beracara menentukan sebagai berikut:
(2) *Subject to subsection (3), a complainant may apply to the Court for leave to bring an action in the name and on behalf of the company or intervene in an action to which the company is a party for the purpose of prosecuting, defending or discontinuing the action on behalf of the company.*

(3) *No action may be brought and no intervention in an action may be made under subsection (2) unless the Court is satisfied that —*

(a) *the complainant has given 14 days' notice to the directors of the company of his intention to apply to the Court under subsection (2) if the directors of the company do not bring, diligently prosecute or defend or discontinue the action;*

(b) *the complainant is acting in good faith; and*

(c) *it appears to be prima facie in the interests of the company that the action be brought, prosecuted, defended or discontinued.*

Singapura.³⁴⁷ Sebagaimana umumnya *statutory derivative action* di negara lainnya, dalam *statutory derivative action* Singapura dikenal pula persyaratan pemberitahuan tuntutan (*demand requirement*). Oleh karena itu, sebelum mengajukan permohonan kepada pengadilan untuk memulai tindakan *derivative action* berdasarkan ketentuan Pasal 216A, penggugat harus terlebih dahulu menyampaikan pemberitahuan kepada direksi, agar dalam waktu empat belas hari, direksi sendiri mengambil tindakan berdasarkan ketentuan Pasal 216A(3)(a).

Pemberitahuan tersebut harus berisi pernyataan tentang apa yang penggugat inginkan untuk dilakukan oleh direksi. Persyaratan pemberitahuan sebagaimana disebutkan di atas, tidaklah bersifat mutlak. Bagi penggugat, terbuka kesempatan pada setiap tahap, untuk menunjukkan bahwa Pemberitahuan demikian tidak diperlukan, jika ada alasan yang cukup untuk itu. Selanjutnya dalam Pemberitahuan tersebut, penggugat tidak perlu memberikan uraian kronologi yang rinci tentang alasan-alasan pengajuan *derivative action*.³⁴⁸ Kegagalan penggugat menguraikan detail kronologi dari alasan gugatan, tidaklah

³⁴⁷ *Ibid*

³⁴⁸ *Ibid*

mengukurkan Pemberitahuan secara keseluruhan.³⁴⁹ Adapun esensi yang disyaratkan dalam Pemberitahuan adalah, bahwa penggugat menyampaikan secara spesifik apa yang menjadi dasar-asar gugatan *derivative action*. Selain itu, pemberitahuan tersebut hendaknya memuat informasi yang memadai untuk meyakinkan pengadilan agar dapat memberiklan persetujuannya.

Apabila direksi mempertimbangkan masalah tersebut dan mengambil keputusan yang jujur bahwa perusahaan tidak memiliki kepentingan untuk melakukan atau membela tindakan *derivative action*, maka pengadilan tidak melakukan intervensi.

Mengenai persyaratan pemberitahuan, meskipun wajib untuk menyampaikan pemberitahuan kepada direksi, tidak diatur dalam peraturan *derivative action* apakah pemberitahuan tersebut harus disampaikan secara tertulis atau cukup dengan lisan. Hal ini sama dengan peraturan *derivative action* di Kanada, sedangkan di Australia, pemberitahuan disyaratkan dalam bentuk tertulis.

Tidak berbeda dengan prosedur di Australia, Kanada, dan Amerika Serikat, persyaratan pemberitahuan yang bersifat wajib,

³⁴⁹ *Ibid*

dapat dikesampingkan apabila penggugat dapat meyakinkan kepada pengadilan bahwa penyampaian pemberitahuan bukan jalan yang bijaksana untuk dilakukan. Dalam hal demikian, pengadilan dapat membuat penetapan sementara (*interim order*) jika dianggap perlu.

Ketentuan Pasal 216A sebenarnya menggantikan prosedur yang bersifat *ad hoc* dalam *common law* dengan dua tahap prosedur yang harus ditempuh oleh penggugat. Pertama, memohon izin kepada pengadilan untuk mengajukan gugatan atas nama perusahaan.

Kedua, setelah penggugat mendapat izin dari pengadilan untuk mendaftarkan gugatan atas nama perusahaan,³⁵⁰ penggugat dapat mengambil langkah-langkah yang perlu untuk memulai langkah-langkah yang perlu dalam rangka memulai *derivative action*.

Setelah penggugat memenuhi persyaratan mengenai kepemilikan saham dan posisi hukum, penggugat dapat diberikan izin mengajukan *derivative action*. Tentu saja setelah penggugat meyakinkan pengadilan bahwa *derivative action* tidak diajukan

³⁵⁰ Christian Chin, *loc.cit.*, hlm.2.

tanpa substansi atau pokok perkara, dan telah memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- a. Pemberitahuan 14 hari telah disampaikan kepada direksi perusahaan mengenai usulan *derivative action*, jika direksi gagal untuk membawa, menginvestigasi secara seksama, atau membela, atau tidak melanjutkan tindakan;
- b. Penggugat bertindak dengan itikad baik;
- c. Upaya hukum tersebut *prima facie* adalah berdasarkan kepentingan perusahaan.

Berbeda dengan Australia, tidak ada kewajiban bagi pengadilan di Singapura untuk memberikan izin kepada penggugat untuk mengajukan *derivative action*, karena hal tersebut merupakan kepentingan terbaik perusahaan untuk melakukannya, dan terdapat permasalahan yang serius untuk diperiksa (*serious question to be tried*) di pengadilan.

Untuk mengajukan gugatan *derivative action* di Singapura, berdasarkan ketentuan Pasal 216A penggugat harus merupakan pemegang saham perusahaan; atau sebagai menteri (dalam hal perusahaan yang dideklarasikan berdasarkan Bab XI

Undang-undang Perusahaan), atau orang lain yang menurut diskresi pengadilan dianggap tepat untuk mengajukan permohonan di bawah ketentuan pasal tersebut di atas. Mantan pemegang saham tidak dapat mengajukan *derivative action* di Singapura. Namun demikian, kriteria penggugat potensial lebih longgar di Singapura ketimbang di Australia. Di Singapura, seseorang yang dapat meyakinkan pengadilan bahwa terdapat seseorang yang tepat untuk mengajukan *derivative action*, dapat diberikan izin kepada orang tersebut oleh pengadilan untuk mengajukan *derivative action*. Apabila pengadilan memutuskan untuk memberikan izin kepada penggugat untuk memulai *derivative action* di Singapura, pengadilan memiliki kekuasaan untuk mengeluarkan perintah yang mengharuskan perusahaan membayar biaya hukum yang wajar yang telah dikeluarkan oleh penggugat sebagaimana dimaksudkan dalam ketentuan pasal 216A ayat 5 (c).³⁵¹ Pengadilan dapat juga dalam kasus tertentu hanya memerintahkan sebagian uang jaminan, sebagaimana

³⁵¹ Pasal 216 A ayat 5 (c) berbunyi sebagai berikut:

In granting leave under this section, the Court may make such orders or interim orders as it thinks fit in the interests of justice, including (but not limited to) the following:

(c) an order requiring the company to pay reasonable legal fees and disbursements incurred by the complainant in connection with the action

diputuskan dalam kasus *Turner v Meilhot* (1985) 28 BLR 222.³⁵²

Selain memiliki kekuasaan untuk memerintahkan pembayaran biaya hukum, pengadilan juga memiliki kekuasaan untuk memberikan perintah dalam bentuk lain, yang dianggap oleh pengadilan sesuai dengan prinsip dan kepentingan pengadilan. Misalnya, pengadilan dapat memberikan akses kepada penggugat untuk memeriksa catatan perusahaan untuk memudahkan penggugat mengumpulkan bukti-bukti yang diperlukan untuk memproses tuntutan terhadap anggota direksi yang telah melakukan kesalahan.³⁵³

Mengenai biaya hukum *derivative action* dalam *common law*, Lord Denning dalam *Wallersteiner v Moir* mengemukakan sebagai berikut:

[T]he minority shareholder, being an agent acting on behalf of the company, is entitled to be indemnified by the company against all costs and expensed reasonable

³⁵² Christian Chin, *loc.cit.*, hlm. 3.

³⁵³ Hal ini diatur dalam ketentuan pasal 216A ayat 5 (a),(b) sebagai berikut:
In granting leave under this section, the Court may make such orders or interim orders as it thinks fit in the interests of justice, including (but not limited to) the following:
(a) an order authorising the complainant or any other person to control the conduct of the action;
(b) an order giving directions for the conduct of the action; and

*incurred by him in the course of the agency... Seeing that if the action succeeds the whole benefit will go to the company, it is only just that the minority shareholder should be indemnified against the costs he incurs on its behalf... But what if the action fails? Assuming that the minority shareholder had reasonable grounds for bringing the action – that it was a reasonable and prudent course to take in the interests of the company – he should not himself be liable to pay the costs of the other side, but the company itself should be liable, because he was acting for it and not himself. In addition, he should himself be indemnified by the company, in respect of his own costs even if the action fails.*³⁵⁴

(Pemegang Saham minoritas, sebagai agen bertindak atas nama perusahaan, adalah berhak untuk ditanggung oleh perusahaan terhadap segala ongkos dan biaya-biaya yang wajar yang dikeluarkan oleh dia sebagai agen...Melihat bahwa apabila gugatan berhasil seluruh manfaat akan diberikan kepada perusahaan, adalah adil bahwa pemegang saham minoritas ditanggung terhadap biaya-biaya yang dikeluarkan olehnya... Tapi bagaimana jika gugatan tersebut gagal? Anggaplah bahwa pemegang saham minoritas memiliki dasar yang wajar untuk mengajukan gugatan- bahwa adalah suatu alasan yang wajar dan hati-hati untuk mengambil tindakan atas nama perusahaan – seharusnya dia tidak bertanggungjawab sendiri untuk membayar biaya-biaya pihak lawannya, tapi perusahaan sendiri yang harus bertanggungjawab, sebab dia bertindak atas nama perusahaan bukan atas nama diri sendiri. Sebagai tambahan, dia seharusnya ditanggung oleh perusahaan, atas biaya-biayanya meskipun gugatan gagal; Terjemahan bebas oleh Penulis)

³⁵⁴ Choo, Pearlie Koh Ming, *The Statutory Derivative Action in Singapore – A Critical Examination (2001)*, *BondLawRw3 (2001 13(1) Bond Law review 64*.

Penerapan gugatan derivatif di Singapura disamping mengacu pada prinsip *common law*, juga berlaku *statutory law* yang masing-masing mempunyai kelebihan dan kelemahan masing-masing.

Kasus *Sinwa SS (HK) v. Morten Innhaug* [2010] SGHC 157³⁵⁵ misalnya, menunjukkan bahwa mengajukan *derivative action* atas dasar *common law* tidak mudah untuk meloloskannya. Walaupun pengadilan akan menerapkan prosedur yang berimbang, dengan pertimbangan keadilan bagi para pihak yang terlibat.

Pengadilan Tinggi Singapura menolak permohonan pengajuan *derivative action* tersebut dengan pertimbangan bahwa, pemohon belum melakukan upaya-upaya pemulihan alternatif secara maksimal, dan yang lebih penting lagi, pemohon tidak secara jujur bertindak untuk kepentingan perusahaan.³⁵⁶

³⁵⁵ Danny Ong dan Adrian Wong, *When will the court allow a common law derivative action on behalf of a company?*, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?> Terakhir diakses pada tanggal 25 April 2013.

³⁵⁶ *Ibid*

Dalam menerapkan dalil tentang aspek “kecurangan terhadap minoritas” (*fraud on the minority*), pengadilan menunjukkan adanya sedikit kelonggaran terhadap pemohon dalam konteks realitas perusahaan. Dalam kaitan ini, mengutip pendapat hakim Andrew Ang J³⁵⁷ Ong dan Wong mengemukakan bahwa “*fraud*” tidak harus dipahami berdasarkan pengertian klasik, melainkan cukup membuktikan adanya kesalahan yang dilakukan oleh direktur, disertai dengan upaya yang tidak wajar untuk melumpuhkan upaya perusahaan terhadap perbuatan salah tersebut. Menurutnya, pengertian minoritas tidak perlu merujuk kepada persentase saham minoritas, melainkan merujuk kepada ketidaksanggupan untuk menjalankan tindakan apapun atas nama perusahaan.

Untuk selengkapnya, kasus tersebut dapat diuraikan dengan kronologi sebagai berikut:³⁵⁸

1. Tergugat awalnya adalah direktur dan merupakan pemegang saham tunggal perusahaan NIL. Penggugat kemudian membeli 50% saham dari Tergugat, sehingga

³⁵⁷ *Ibid*

³⁵⁸ *Ibid*

keduanya merupakan para pemegang saham NIL yang jumlah sahamnya sama atau seimbang.

2. NIL mempunyai sebuah kapal yang dicarterkan kepada BGP berdasarkan sebuah perjanjian "*Time Charter Agreement*". Perjanjian ini kemudian dialihkan kepada NGS, sebuah perusahaan yang didirikan oleh Tegugat, dimana dia memiliki kepentingan.
3. Penggugat menerima pembayaran sewa carter dari NGS untuk masa sewa empat bulan. Namun demikian, setelah lewat waktu tersebut, Penggugat mulai mendesak BGP agar tetap bertanggungjawab membayar harga sewa meskipun perjanjian carter/sewa sudah dialihkan kepada NGS. BGP menolak atau tidak menyetujui hal tersebut.
4. Penggugat lalu memulai gugatan hukum terhadap BGP, akan tetapi Tergugat keberatan, dan menuntut Penggugat berhenti mendalilkan bahwa dia bertindak atas nama NIL sehubungan dengan gugatan tersebut.
5. Penggugat kemudian memohon kepada pengadilan untuk mengajukan gugatan *derivative action* atas nama NIL terhadap Tergugat, dengan dalil terjadi sejumlah

pelanggaran terhadap kewajiban direktur dan direktur melakukan kecurangan terhadap NIL.

Terhadap kasus tersebut, Pengadilan tentu lebih dahulu harus memutuskan apakah Penggugat telah memenuhi seluruh prasyarat sebelum mengajukan gugatan *derivative action*. Kemudian, seandainya seluruh prasyarat ini dipenuhi, pengadilan harus memutuskan apakah akan memberikan izin kepada Penggugat untuk mengajukan gugatan *derivative action*.

Pengadilan berpendapat bahwa hampir semua prasyarat *derivative action* sudah terpenuhi. Namun demikian, pengadilan memutuskan tidak memberikan izin untuk pengajuan *derivative action*. Seperti telah diuraikan sebelumnya, terdapat dua persyaratan yang harus dipenuhi sebelum pengadilan memutuskan memberikan izin untuk mengajukan gugatan *derivative action*; Pertama, perusahaan harus memiliki masalah hukum yang masuk akal terhadap seorang Tergugat; dan, Kedua, Pengugat harus mempunyai *locus standi* atau kedudukan hukum untuk mengajukan *derivative action*, yang berarti bahwa gugatan tersebut harus termasuk dalam kategori pengecualian dari ketentuan *Foss v Harbottle*.

Berdasarkan prasyarat pertama, seorang penggugat harus menunjukkan bahwa tuntutan mempunyai dasar hukum dan alasan yang pantas. Tentu tidak perlu menunjukkan bahwa tuntutan akan atau mungkin berhasil, dan Pengadilan tidak akan melakukan penyelidikan secara detail terhadap inti tuntutan. Persyaratan ini hanya bermaksud menyaring tindakan-tindakan yang akan diambil oleh pemegang saham minoritas agar semata-mata diajukan berdasarkan alasan yang wajar.

Meskipun sejumlah tuntutan diarahkan kepada Tergugat, Pengadilan berpendapat bahwa hanya ada satu tuntutan yang mengandung inti permasalahan yang beralasan secara wajar. Penggugat menuntut bahwa Tergugat telah menghalangi pengajuan gugatan terhadap BGP untuk memulihkan sewa carter di bawah perjanjian *Time Charter Agreement* untuk melindungi kepentingannya di NGS. Dengan demikian, NIL karenanya memiliki alasan yang wajar untuk mengambil tindakan *derivative action* terhadap Tergugat.

Berdasarkan prasyarat kedua, seorang penggugat harus menunjukkan bahwa ia memiliki *locus standi* atau kedudukan hukum untuk mengajukan *derivative action*. Oleh karena

mayoritas anggota perusahaan dapat mengonfirmasi transaksi yang dipersoalkan, maka pemegang saham minoritas dapat mengajukan *derivative action*, apabila pemegang saham minoritas tersebut dapat membuktikan hal-hal sebagai berikut:

1. Terjadi kecurangan terhadap pemegang saham minoritas.
 - a. Pengadilan mengakui bahwa arti 'kecurangan' (*fraud*) dalam hal ini merupakan obyek perdebatan akademik, akan tetapi tidak mengemukakan suatu pendapat berkenaan dengan hal tersebut.
 - b. Pandangan ortodoks adalah bahwa 'kecurangan' (*fraud*) merujuk kepada kesalahan yang demikian serius yang tak dapat diratifikasi. Namun demikian, tidak ada garis demarkasi yang jelas tentang kesalahan yang bagaimana yang dapat diratifikasi dan yang mana yang tidak dapat diratifikasi.
2. Pelaku kecurangan adalah mereka yang berada pada posisi mengendalikan perusahaan.
 - a. Pengadilan dalam hal ini mengadopsi pendekatan substansi lebih diutamakan daripada bentuk" (*substance over form*) ketika memeriksa apakah pengendalian eksis.

- b. Unsur pengendalian dapat terbukti ketika pelaku kesalahan merupakan pemegang saham mayoritas.
- c. Namun demikian, unsur pengendalian dapat juga mewujud ketika pelaku kesalahan sanggup mencegah suatu tindakan atau gugatan yang ditujukan kepadanya, misalnya melalui monopoli informasi atau menggunakan hak veto manajerial terhadap litigasi.
- d. Oleh karena itu, pemegang saham yang memiliki 50 % saham perusahaan tetap dapat mengajukan gugatan *derivative action* berdasarkan pengecualian terhadap ketentuan *Foss v Harbottle*.

Dalam kasus ini pengadilan berpendapat bahwa 'kecurangan' (*fraud*) telah terbukti dilakukan oleh Tergugat, karena Tergugat telah mencegah diambilnya upaya hukum terhadap BGP untuk melindungi kepentingannya sendiri di NGS.

Bagaimanapun, pengadilan tidak dapat memutuskan tentang unsur pengendalian. Penggugat tidak secara tegas mengungkapkan pemegang saham minoritas memegang 50 % saham di NIL. Juga tidak jelas apakah Penggugat dan direktur

yang ada memiliki kewenangan untuk memaksa NIL untuk mengajukan gugatan kepada Tergugat.

Pengadilan berpendapat bahwa tidaklah perlu untuk memutuskan mengenai unsur pengendalian oleh karena pengadilan tidak akan mengambil diskresi untuk mengizinkan pengajuan gugatan *derivative action*.

Pertama, permohonan izin dari Penggugat untuk mengajukan gugatan *derivative action* adalah prematur karena penggugat telah gagal mengupayakan seluruh alternatif pemulihan, dengan penjelasan sebagai berikut:

- a. Jika tersedia adanya pemulihan yang memadai bagi pemegang saham minoritas, maka pemegang saham minoritas tidak akan diizinkan untuk mengambil tindakan mengajukan gugatan *derivative action*.
- b. Alternatif ini harus merupakan pemulihan yang dapat dilaksanakan, walaupun tidak harus merupakan pilihan terbaik.
- c. Tidak jelas siapa yang memiliki kekuasaan untuk menentukan apakah akan mengajukan gugatan *derivative*

action kepada Tergugat. Perjanjian Pemegang Saham menunjuk arbitrase untuk memutuskan sengketa demikian.

- d. Penggugat hanya dapat mengajukan gugatan terhadap Tergugat jika arbitrase sudah mengeluarkan putusan terhadap Penggugat. Oleh karena itu, Penggugat harus sudah mengajukan permasalahan ini untuk menentukan di bawah klausula arbitrase sebelum mengajukan gugatan *derivative action*

Kedua, pengadilan berpendapat bahwa Penggugat tidak bertindak secara jujur (*bona fide*) dalam mengajukan gugatan *derivative action* terhadap Tergugat, dengan penjelasan sebagai berikut:

- a. *Derivative action* merupakan alat yang seimbang, dan setiap orang yang hendak menggunakannya harus menggunakannya untuk kepentingan perusahaan sepenuhnya dan bukan untuk maksud-maksud lain yang tersembunyi.
- b. Pengadilan menetapkan bahwa Penggugat tidak mengungkapkan motif yang sebenarnya dalam mengajukan *derivative action*. NGS telah dengan itikad baik membayar

biaya carter, dan adalah sulit untuk memahami mengapa Penggugat harus mendesak untuk dibayar oleh BGP.

- c. Kemudian, Penggugat melemparkan beberapa tuduhan terhadap Tergugat yang tidak dapat dibenarkan atau didukung, dan tindakan Penggugat tidak konsisten dengan kepentingan NIL.

Ong dan Wong selanjutnya menguraikan, bahwa suatu perusahaan dikendalikan oleh pemegang sahamnya, dan Pengadilan tidak akan mengesampingkan kehendak dari pemegang saham mayoritas untuk kepentingan minoritas kecuali terdapat hal-hal tertentu yang memungkinkan hal tersebut dilakukan.³⁵⁹ Oleh karena itu, pihak yang akan mengajukan *derivative action* tidak dapat melakukan hal tersebut secara serampangan, dan tentu saja tidak dapat melakukannya dengan sejumlah motif-motif tertentu yang tersembunyi. *Derivative action* bukanlah semacam alat yang memperbolehkan supir bantu mengambil alih kendali kendaraan.

Pengadilan juga telah menunjukkan bahwa ia menyadari kesulitan yang dialami oleh pemegang saham minoritas untuk

³⁵⁹ *Ibid*

mengajukan gugatan *derivative action*. Pada prinsipnya, *derivative action* adalah mengizinkan entitas perusahaan untuk melindungi dirinya dalam hal direksi sebagai pengambil keputusan justru bertindak bertentangan dengan kepentingan perusahaan.

Pengambilan keputusan dalam suatu perusahaan sangat tergantung pada faktor jumlah anggota pemegang hak suara, dan ketika mayoritas pemegang saham memiliki satu kehendak, maka mereka bisa mengendalikan arah yang dituju oleh perusahaan. Oleh karena itu, ketika pemegang saham minoritas ingin mengajukan *derivative action* atas nama perusahaan, seringkali menemukan kesulitan untuk melaksanakannya.

Kasus *derivative action* yang diuraikan diatas didasarkan atas *common law* sebagai lawan terhadap ketentuan *statutory law* mengenai *derivative action* sebagaimana diatur dalam pasal 216A Undang-undang Perseroan. Unsur-unsur pengaturan dalam kedua bentuk *derivative action* tersebut pada umumnya sama, seperti persyaratan itikad baik untuk pengajuan *derivative action*, dan *derivative action* tersebut merupakan kasus yang wajar terhadap tergugat.

Statutory (Ketentuan Tertulis) *derivative action* memiliki sejumlah manfaat tambahan: Ketentuan tersebut menetapkan bahwa pengadilan dapat memerintahkan perusahaan untuk membayar semua biaya hukum dan pengantian biaya, dan juga menghindari pertanyaan sulit terkait dengan kedudukan hukum penggugat berdasarkan prinsip-prinsip dalam *Foss v Harbottle*. Oleh karena itu, *derivative action* yang didasarkan atas *statutory law* nampaknya merupakan pilihan terbaik untuk *derivative action* di Singapura dewasa ini. Namun demikian, pilihan ini tidak berlaku bagi perusahaan-perusahaan yang didirikan di luar wilayah Singapura, dimana *derivative action common law* yang diberlakukan.³⁶⁰

2. *Derivative Action* di empat Negara *Civil Law*

a. Perancis

Berdasarkan hukum perusahaan Perancis sebagaimana diatur dalam *Code de Commerce* (*Ordennance* No. 2000-912, tanggal 18 September 2000); pemegang saham perusahaan disamping dapat menuntut atas kerugian yang diderita secara pribadi, dapat pula menuntut atas nama dan untuk kepentingan

³⁶⁰ *Ibid.*, hlm.5.

perusahaan terhadap pengurus atau direktur perusahaan baik secara sendiri-sendiri maupun secara kolektif sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 225-120). Instrumen pemulihan kerugian yang diderita oleh perusahaan sebagaimana dimaksud di atas adalah *Derivative Action*.

Menurut hukum perusahaan Perancis, gugatan derivatif yang dilakukan secara kelompok oleh pemegang saham minoritas dalam perusahaan terbuka, hanya dapat dilakukan apabila mewakili jumlah saham minimal 5% dari seluruh jumlah saham dengan hak suara yang sah³⁶¹. Sedangkan dalam perusahaan tertutup, harus mewakili jumlah saham minimal 20% dari seluruh jumlah saham dengan hak suara yang sah.³⁶² Di bawah persentasi jumlah saham tersebut di atas, gugatan derivatif hanya dapat dilakukan oleh pemegang saham secara perscorangan.³⁶³

Hukum Perancis telah mengenal dan memungkinkan diambilnya *derivative actions* sejak pertengahan abad ke 19.

³⁶¹ Lihat ketentuan Pasal L. 255 -120 ayat 1 Undang-undang Perusahaan Perancis (Code de Commerce 2000);

³⁶² Lihat ketentuan Pasal 200, i.d n. 67-236 Undang-undang Perusahaan Perancis (Code de Commerce 2000)

³⁶³ Lihat lebih lanjut Dario Latella, *Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders, Rights Directive., European Company and Financial Law Review Vol. 6.2* hlm. 307-323, 2009. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1.

Ketentuan tentang representasi sederhana untuk *derivative action* yang dilakukan oleh sejumlah pemegang saham dan ketentuan subsidiaritas dalam kaitan *derivative action* dilakukan oleh seluruh pemegang saham, cukup membuat jelas bahwa di Perancis fungsi pengawasan, bukan penjatahan bagi anggota untuk menggugat, yang dikedepankan.³⁶⁴

Dalam kenyataannya *derivative action* di Perancis saat ini hampir tidak berfungsi. Hal ini disebabkan oleh masalah beban pembuktian dan masalah pembebanan biaya. Biaya *derivative action* bagi pemegang saham selalu menjadi masalah, sebab seperti halnya di Amerika Serikat, di Perancis pihak-pihak di pengadilan niaga selalu harus membayar sendiri biaya-biaya yang dikeluarkan. Pemegang saham yang kalah dalam *derivative action* tidak dapat menuntut penggantian biaya kepada perusahaan, pemegang saham yang bersangkutan harus menanggung sendiri biaya hukum yang telah dikeluarkan. Risiko ini mungkin dapat dikurangi dengan menggunakan model biaya yang ditanggungkan (*contingent fee*). Namun demikian hal ini tentu saja harus terlebih dahulu ditetapkan dalam suatu

³⁶⁴ Mathias M. Siems, *Private Enforcement of Director's Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon*. hlm.8 UEA Law School Working Paper Series, University of East Anglia, <http://www.uea.ac.uk/law/Research/Papers>

persetujuan tersendiri. Dan jika persetujuan tidak tercapai, tentu biaya-biaya tersebut tetap tidak dapat diklaim penggantianannya kepada perusahaan.³⁶⁵

Praktik di Perancis sehubungan dengan apa yang diuraikan di atas menunjukkan bahwa yang sering dilakukan oleh pemegang saham adalah, mengajukan tuntutan ganti rugi terhadap anggota direksi melalui "*action civile*" sehubungan dengan proses pidana.

Praktik di Amerika Serikat, Jepang dan Perancis memiliki persamaan bahwa mereka memperbolehkan *derivative action* dilakukan oleh setiap dan semua pemegang saham.

Pembatasan-pembatasan seringkali menjadi perdebatan di Amerika Serikat dan Jepang, sementara hukum perusahaan Perancis nampaknya lebih longgar. Namun demikian, di tiga negara tersebut dapat pula dipertimbangkan mengenai dampak dari ketentuan prosedural yang berlaku, khususnya biaya Advokat dan mengenai pembebanan biaya-biaya.

³⁶⁵ *Ibid*

b. Italia

Derivative Action pertama kali diperkenalkan di Italia pada tahun 1998 melalui Undang-undang Nomor 58/1998 yang juga dikenal sebagai Undang-undang Layanan Keuangan Terkonsolidasi (*Consolidated Financial Services Act – CFSA*). Pada waktu itu Hukum Perdata (*Civil Code*) Italia menganut prinsip bahwa hanya perusahaan yang dapat menggugat direksi yang bersalah atas kerugian yang diderita oleh perusahaan, melalui suatu keputusan yang telah diambil terlebih dahulu oleh rapat pemegang saham.³⁶⁶

Derivative Action sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 129 CFSA tersebut dimaksudkan sebagai instrumen untuk melindungi investor atau pemegang saham yang dianggap dapat meningkatkan efisiensi pasar modal Italia. Meskipun pada tahun 2003 telah dilakukan amandemen terhadap Undang-undang Nomor 58/1998 melalui suatu ketentuan Pasal 2393 – bis *Code*

³⁶⁶ Paolo Giudici, *Representative Litigation in Italian Capital Markets: Italian Derivative Suits and (if ever) Securities Class Actions.*, ECFR 2-3/2009, 246-269., hlm.250.

Civil (Hukum Perdata), *derivative action* hanya ada di atas kertas namun belum begitu eksis di dunia nyata.³⁶⁷

Konsep *derivative action* di Italia pada dasarnya sama dengan yang berlaku di Amerika Serikat, yaitu bahwa *derivative action* dilakukan untuk kepentingan perusahaan, pemegang saham menegakkan tuntutan perusahaan terhadap direksi, oleh karenanya pemegang saham mengupayakan pemulihan atas nama perusahaan. Namun demikian, tidak semua pemegang saham berhak mengajukan gugatan derivatif.

Pada awalnya ketentuan Pasal 129 CFSA mensyaratkan bagi pemegang saham penggugat untuk, pertama, memiliki saham paling sedikit 5% dari seluruh saham perusahaan, dan kedua, telah tercatat sebagai pemegang saham minimal enam bulan sebelum mengajukan gugatan derivatif. Alasan di balik persyaratan ambang batas minimal 5% kepemilikan saham, didasarkan atas pandangan bahwa pemegang saham yang memiliki saham yang besar mempunyai kekhawatiran yang besar pula atas investasi yang telah ditanamkan. Menurut Peneliti, anggapan ini kurang relevan sebab tujuan dasar *derivative action*

³⁶⁷ *Ibid.*

adalah untuk melindungi kepentingan pemegang saham minoritas.

Mengenai ketentuan terdaftarnya pemegang saham minimal selama enam bulan dimaksudkan sebagai upaya mencegah pemegang saham jangka pendek yang hanya bermaksud untuk mengganggu hubungan perusahaan dan pemegang saham.

Meskipun *derivative action* telah diperkenalkan pada tahun 1998, namun pada tahun-tahun berikutnya tidak pernah ada gugatan derivatif yang dilakukan terhadap perusahaan publik. Penyebabnya diduga karena ambang 5% kepemilikan saham dinilai terlalu tinggi dan syarat jangka waktu minimal kepemilikan saham dinilai tidak perlu. Konsekuensinya, pada tahun 2003 dilakukan reformasi hukum perusahaan yang menurunkan ambang batas minimal kepemilikan saham menjadi 2.5% bagi perusahaan terbuka, dan menghapus persyaratan jangka waktu minimal kepemilikan saham.

Namun demikian, amandemen tahun 2003 tersebut tidak menyelesaikan masalah secara tuntas terkait dengan situasi dalam hal pemegang saham penggugat menjual sahamnya atau

sebagian sahamnya selama berlangsungnya perkara, sehingga persyaratan kepemilikan minimal 2.5% saham tidak terpenuhi. Banyak sarjana berpendapat bahwa penggugat harus tetap mempertahankan kepemilikan sahamnya minimal 2.5% selama berlangsungnya perkara. Dalam hal penggugat menjual sahamnya sehingga tidak lagi memenuhi syarat 2.5 % kepemilikan saham, maka tergugat hendaknya diberi hak untuk memohon kepada pengadilan agar gugatan derivatif digugurkan.

Meskipun Undang-undang perusahaan Italia nomor 6/2003 tidak memberikan pengaturan yang komprehensif mengenai *derivative action*, namun ketentuan tersebut secara positif telah memperbarui pengaturan tentang kewajiban dan tanggungjawab direksi perusahaan. Peraturan tersebut setidaknya mendiskripsikan secara jelas kewajiban dan tanggungjawab direksi, memperjelas tugas-tugas direksi, membatasi secara proporsional mengenai situasi kapan direksi dipandang bertanggungjawab atau tidak bertanggungjawab, serta memperjelas perbedaan antara direktur eksekutif dan non-eksekutif.

Sebagaimana diuraikan di atas, amandemen terhadap undang-undang perusahaan telah dilakukan untuk mengakomodasi konsep *derivative action*.³⁶⁸ Namun demikian, seperti halnya di negara-negara Eropa kontinental lainnya, amandemen terhadap undang-undang perusahaan Italia tersebut tampaknya tidak mendorong meningkatnya gugatan derivatif di Italia.³⁶⁹

Terdapat empat mekanisme gugatan pemegang saham menurut undang-undang perusahaan Italia. Ketentuan Pasal 2939-*bis* Undang-undang Perusahaan Italia menentukan persyaratan kepemilikan saham yang berbeda untuk perusahaan terbuka dan perusahaan tertutup. Untuk perusahaan terbuka (Tbk), persyaratan kepemilikan jumlah saham minimal adalah minimal 2.5%.³⁷⁰ Sedangkan untuk perusahaan tertutup ditetapkan persyaratan kepemilikan saham minimal 20%.³⁷¹

³⁶⁸ Scott HLM. Mollet, *Derivative Lawsuits Outside of Their Cultural Context: The Divergent Examples of Italy and Japan*, *University of San Francisco Law Review*, [Vol 43 Winter 2009]. <http://usf.usf.edu/law/academic/journal/law.review.>, hlm.651.

³⁶⁹ *Ibid*

³⁷⁰ Undang-undang tersebut tidak merinci bagaimana jika seandainya setelah beriangsungnya gugatan *derivative action* yang diajukan penggugat, kemudian penggugat lalu menjual sebagian sahamnya sehingga tidak lagi memenuhi syarat kepemilikan minimal 2,5 %. Apakah gugatan dinyatakan tidak diterima karena penggugat tidak lagi memenuhi syarat atau tetap dilanjutkan, tidak diatur dalam undang-undang tersebut.

³⁷¹ Lihat Mollet loc.cit hlm 653, mengutip Luca Enriques, menguraikan empat mekanisme gugatan pemegang saham yang tersedia bagi pemegang saham di Italia. Mollett selanjutnya

Selain mekanisme tersebut di atas, pemegang saham dapat juga menggunakan tiga mekanisme lainnya untuk mempengaruhi direksi. Pertama, ketentuan Pasal 2377 Undang-undang perusahaan Italia memperbolehkan pemegang saham untuk mengajukan gugatan derivatif untuk membatalkan keputusan rapat umum pemegang saham yang melanggar hukum atau anggaran dasar perusahaan. Gugatan dengan mekanisme ini sering dilakukan hanya secara akal-akalan untuk meningkatkan posisi tawar pemegang saham minoritas.³⁷²

Kedua, ketentuan Pasal 2395 memperbolehkan dengan alasan tertentu pemulihan bagi direksi dari kelalaian dan perbuatan curang.

Ketiga, berdasarkan ketentuan Pasal 2409, pemegang saham yang memiliki lebih dari 5 % jumlah saham dapat mengajukan tuntutan apabila terdapat penyimpangan manajerial di perusahaan.

mencatat, meskipun tampaknya terdapat berbagai opsi bagi pemegang saham untuk melakukan pemulihan bagi kerugian perusahaan, pada umumnya pemegang saham tidak dapat secara efektif mengajukan gugatan derivatif terhadap direksi.

³⁷² Scott H. Mollett, *loc. cit.*

Perlu pula ditambahkan bahwa undang-undang perusahaan Italia tidak mengenal persyaratan "*contemporaneous ownership*", sehingga dengan demikian, pemegang saham dapat mengajukan gugatan derivatif, meskipun penggugat belum menjadi pemegang saham pada saat kejadian atau peristiwa yang menjadi obyek gugatan terjadi.³⁷³

Mekanisme *derivative action* yang terdapat dalam amandemen undang-undang perusahaan tahun 1998, sama sekali tidak pernah dipergunakan. Ada beberapa faktor yang diduga sebagai penyebabnya antara lain (1) tingginya persyaratan kepemilikan minimal saham, (2) kurangnya insentif secara ekonomis, (3) problem regulasi dan hukum acara.³⁷⁴

Reformasi berdasarkan Keputusan Hukum Nomor 6/2000 telah menghapus sebuah rintangan yang signifikan terhadap gugatan derivatif; yaitu tentang persyaratan kepemilikan jangka waktu kepemilikan saham minimal selama 6 bulan sebelum dimulainya persidangan gugatan derivatif. Namun demikian, persyaratan kepemilikan saham selama

³⁷³ Paolo Giudici, *Representative Litigation in Italian Capital Markets: Italian Derivative Suits and (if ever) Securities Class Actions*, ECFR 2-3/2009, 246-269., hlm.250.

³⁷⁴ Scott H. Mollet, *loc.cit*

berlangsungnya perkara gugatan derivatif, tetap dipertahankan. Tentang hal ini, Latella berpendapat bahwa peredaran modal yang bebas dan penegasan *derivative action* tidak dapat saling menghalangi. Oleh karena itu, dalam hal tidak ada eksepsi, berkurangnya kepemilikan saham misalnya karena terjadi pengalihan sebagian saham, tidak akan mempengaruhi jalannya perkara *derivative action* yang telah dimulai.³⁷⁵

Berbeda dengan model Amerika Serikat, undang-undang perusahaan Italia tidak memperbolehkan direksi untuk menghambat gugatan derivatif. Undang-undang perusahaan Italia misalnya tidak menentukan adanya persyaratan "*demand on directors requirement*". Jadi direksi tidak dipersyaratkan untuk terlebih dahulu mengambil tindakan terhadap kesalahan yang telah merugikan perusahaan, sebelum pemegang saham mengajukan gugatan derivatif. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa persyaratan kepemilikan saham minimal merupakan satu-satunya hambatan yang harus diatasi oleh pemegang saham untuk mengajukan gugatan derivatif. Ketika gugatan sudah berlangsung, tidak ada jalan bagi direksi untuk

³⁷⁵ Dario Latella, *op.cit.*, hlm 13.

menghentikannya. Hanya rapat umum pemegang saham yang dapat melakukan penghentian tersebut, akan tetapi pemegang saham dengan jumlah saham di atas 2,5 % dapat melakukan veto terhadap setiap upaya yang bermaksud untuk menghentikan gugatan derivatif. Hak veto ini pada dasarnya bertujuan untuk memblokir upaya perusahaan untuk melindungi anggota direksi yang bersalah dan merugikan perusahaan.³⁷⁶

Mengenai biaya litigasi, ketentuan hukum acara Italia menerapkan "*English Rule*", yaitu pihak yang kalah wajib membayar biaya hukum yang dikeluarkan oleh pihak yang menang sesuai yang ditetapkan oleh pengadilan. Dalam perkara *derivative action*, menerapkan *English Rule* sebenarnya tidak memberikan insentif memadai bagi pemegang saham minoritas. Apabila pemegang saham penggugat menang, maka direksi dan perusahaan menanggung biaya litigasi sesuai yang ditentukan oleh pengadilan, akan tapi perusahaan kemudian mengganti seluruh biaya litigasi tersebut. Namun, pengadilan tidak dapat mempertimbangkan perjanjian *fee* advokat antara pemegang saham minoritas dan pengacaranya. Adalah kewenangan

³⁷⁶ Lihat lebih lanjut Paulo Goudici, *op.cit.*, hlm.252.

pengadilan untuk menetapkan biaya litigasi yang akan dibayar penggugat. Pengadilan mengambil keputusan mengenai biaya-biaya ini berdasarkan harga pasar yang berlaku bagi pelayanan hukum dan keputusan pengadilan mengenai biaya-biaya tersebut cenderung terlalu hemat dan ketat. Karenanya, apabila pemegang saham menang, maka pemegang saham hanya dapat mengharapkan penggantian yang wajar atas biaya hukum yang telah dikeluarkannya. Apabila pemegang saham mempunyai perjanjian dengan lawyer untuk membayar lebih mahal dari harga pasar, maka pemegang saham tersebut akan menanggung selisih antara biaya yang ditetapkan pengadilan dan biaya yang disepakati antara pemegang saham dan advokatnya.³⁷⁷

Di balik perdebatan panjang tentang efektifitas *derivative action* dan pentingnya mekanisme hukum untuk mendukung penggunaannya, negara-negara di luar Amerika Serikat banyak sekali yang sudah mengadopsi konsep *derivative action*, termasuk di negara-negara Eropa Kontinental kecuali Belanda.³⁷⁸

³⁷⁷ *Ibid.*, hlm.254.

³⁷⁸ Martin Gelter, dalam *Why Do Shareholder Derivative Suits remain rare in Continental Europe?* BROOK. J. INT'L L. [Vol.37:3 2012]. hlm. 865., mengemukakan "*Despite the general perception that derivative suits are rare in Continental Europe, they are in principle, available in*

c. Jepang

Hukum perusahaan Jepang sejak tahun 1950 sudah mengatur mengenai *Derivative Action* dengan mengacu pada model Amerika Serikat. Misalnya, pemegang saham yang telah memiliki saham selama sekurang-kurangnya 6 (enam) bulan dapat menuntut ganti rugi atas nama perusahaan, setelah meminta kepada perusahaan dan bila perlu menyerahkan jaminan.³⁷⁹

Mekanisme penegakan *derivative action* di Jepang telah diperbarui dalam Undang-undang Perusahaan yang baru atau *shinkashaho*. Undang-undang perusahaan yang baru tersebut berlaku efektif mulai tanggal 1 Mei 2006.³⁸⁰ Revisi ini telah mengkonsolidasikan perubahan-perubahan yang terjadi dalam dekade terakhir, antara lain menyatukan Undang-undang perdagangan Jepang, Undang-undang perseroan terbatas, dan undang-undang lainnya, kedalam satu Undang-undang Perusahaan. Seperti sebelumnya gugatan pemegang saham diatur dalam tiga mekanisme yang berbeda.

all countries surveyed here with the exception of the Netherland. (Dutch law has developed another enforcement model.)

³⁷⁹ Mathias M. Siems, *op.cit.*, hlm.8

³⁸⁰ Scott H. Mollet., *op.cit.*, hlm. 661.

Pertama, dalam ketentuan Pasal 847, ditetapkan bahwa pemegang saham yang telah memiliki sahamnya secara terus menerus selama enam bulan atau lebih lama (kecuali jika jangka waktu lebih pendek ditetapkan dalam anggaran dasar perusahaan), dapat meminta pengajuan gugatan terhadap anggota-anggota perusahaan yang mewajibkan mengembalikan keuntungan kepada perusahaan.³⁸¹

Kedua, ketentuan Pasal 968 memberikan denda karena telah mengizinkan *sokaiya*, penyalahgunaan, yang meliputi tindakan berpartisipasi dalam rapat-rapat pemegang saham atau penyalahgunaan hak-hak pemegang saham. Ketiga, ketentuan Pasal 164 Undang-undang Keuangan dan Nilai Tukar memungkinkan pemegang saham untuk menggugat anggota direksi atau pemegang saham mayoritas untuk mengeluarkan keuntungan jangka pendek. Hukum perusahaan Jepang juga memuat pembatasan-pembatasan terhadap perilaku direksi termasuk pembatasan terhadap *self dealing*, dan tanggungjawab atas pelanggaran terhadap kewajiban kehati-hatian dan kewajiban kesetiaan.³⁸²

³⁸¹ *Ibid*

³⁸² *Ibid.*, hlm.662

Meskipun ada persamaan dasar dengan model Amerika Serikat, jumlah gugatan *derivative action* di Jepang kecil. Alasan yang sering dikemukakan adalah budaya hukum, aspek-aspek ekonomis dan sosiologis. Mentalitas orang Jepang selama ini dikenal sangat menekankan aspek keharmonisan sosial ketimbang apresiasi terhadap hak-hak. Selain itu, *derivative actions* dianggap tidak diperlukan dalam iklim bisnis, sebab kekuasaan bank dan kelompok-kelompok usaha yang melakukan kekeliruan melalui *derivative actions* secara kelembagaan tidak sesuai dengan konsep kehidupan ekonomi Jepang.³⁸³

Perkembangan yang menarik muncul dalam kurun waktu dua dekade terakhir. Sejak biaya pengadilan dikurangi dan peraturan tentang penggantian biaya *lawyer* diperkenalkan pada tahun 1993, jumlah perkara *derivative actions* meningkat tajam. Selain itu, globalisasi perusahaan-perusahaan dan investasi telah turut menuntun perkembangan *derivative actions* dalam beberapa hal ke arah mendekati sistem Amerika Serikat. Namun demikian, perkembangan tersebut harus dicermati secara seksama. Sebagaimana di Amerika Serikat, dari sudut pandang manajemen,

³⁸³ Mathias M. Siems, *loc.cit.*, hlm.6

saat ini masalah penyalahgunaan *derivative action* cukup meningkat.

Pada tahun 2001 telah terjadi peningkatan peluang untuk melakukan upaya pemulihan dalam tubuh perusahaan dari 30 sampai dengan 60 per hari, dan pemberian kemudahan bagi penyelesaian dalam konteks persidangan di pengadilan. Selain itu, meningkatnya jumlah *derivative actions* dipergunakan sebagai alasan bahwa batas-batas tanggungjawab direksi harus ditetapkan. Kecenderungan yang sama dapat pula dilihat pada reformasi di tahun 2005, yang mana telah mengesampingkan *derivative actions* jika ternyata dilakukan secara tidak jujur atau merugikan kepentingan perusahaan atau jika persyaratan tuntutan (*demand requirement*), tidak terpenuhi. Bagaimanapun juga, terdapat pula pasal yang bertujuan untuk mengembangkan hak-hak pemegang saham. Misalnya, pemegang saham tidak kehilangan hak untuk menggugat jika pemegang saham tersebut menjadi pemegang saham pada perusahaan lainnya, sebagai akibat terjadinya merger atau bentuk reorganisasi lainnya.

Menurut Mollet, perkembangan tentang *derivative action* di Jepang telah berutang budi pada Mark West, seorang professor

di Universitas Michigan, Fakultas Hukum. Selanjutnya Mengutip West, Mollet mencatat bahwa, meskipun budaya dapat memainkan peran dalam menjelaskan perilaku aktor, namun keputusan untuk mengajukan gugatan derivatif tidak ditentukan oleh faktor budaya, melainkan oleh faktor ekonomi.³⁸⁴

Gugatan pemegang saham meningkat 10,000% setelah amandemen Undang-undang Perusahaan tahun 1993. Penyebab utama meningkatnya jumlah gugatan derivatif tersebut adalah penurunan biaya pengajuan gugatan derivatif menjadi Y8,200 (sekitar \$70.46) dari sebelumnya dengan biaya yang sangat mahal.³⁸⁵

d. China

Republik Rakyat China (China) telah mengintrodusir berbagai reformasi tata kelola perusahaan dan sistem perlindungan pemegang saham dalam Undang-undang Perusahaan China tahun 1993. Namun demikian, Undang-undang Perusahaan tahun 1993 hanya memberikan perlindungan yang lemah bagi pemegang saham dan belum secara langsung memperkenalkan *derivative action* atau kewajiban fidusia direksi.

³⁸⁴ Scott H. Mollet. *loc. cit.*

³⁸⁵ *Ibid*

Dalam Undang-undang Perusahaan China tahun 1993, hanya satu pasal yaitu Pasal 111 yang memberikan hak kepada pemegang saham untuk mengajukan gugatan, yaitu yang berbunyi sebagai berikut:³⁸⁶

If a resolution adopted by the shareholders' general committee or the board of directors violates the relevant national statutes or administrative regulations, or infringes rights and interests of shareholders, a shareholder is entitled to bring a suit to the Peoples's Court to enjoin such illegal act or infringing act.

(Jika resolusi yang diadopsi oleh komite umum pemegang saham atau direksi melanggar undang-undang nasional yang relevan atau peraturan administratif, atau melanggar hak dan kepentingan pemegang saham, pemegang saham berhak untuk membawa gugatan ke Pengadilan Rakyat untuk melarang tindakan ilegal tersebut atau melanggar tindakan; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Pada tahun 2003, *derivative action* mulai diperkenalkan di China oleh pengadilan. Pengadilan Shanghai misalnya mengeluarkan *Opinion on Some Issues in Trials for Legal Actions Related to Company Disputes (No.1)*. yang menetapkan beberapa ketentuan dasar mengenai *derivative action* untuk pertama kali. Tidak lama kemudian, Pengadilan Tinggi Jiangsu juga mengeluarkan *Opinion on Some Issues in Trials for Legal Actions Applied with Company Law*

³⁸⁶ Ann M. Scarlett, *op.cit.*, hlm. 216.

(Provisional Rules), yang menetapkan pengaturan tentang gugatan perwakilan pemegang saham. Dalam kaitan ini, Clarke dan Howson menyatakan sebagai berikut:³⁸⁷

In the absense of enabling legislation from the center, before 2006 local governments and non-legislative bodies were not idle. In january 2002, the China Security Regulatory Commission (C"CSRC") issued its 'Pricinples of Corporate Governance for Listed Companies, which stated at Article 4:

The directors, supervisory boards members, and managers of the company shall bear liability for compensation in cases where they violate law, administrative regulation or the Articles of Association and cause damage to the company during the performance of their duties. Shareholders shall have the right to request the company to sue for such compensation in accordance with law.

(Dalam hal tidak ada legislasi yang memungkinkan dari pusat, sebelum 2006 pemerintah lokal dan lembaga-lembaga non legislatif tidak diam ditempat. Pada Januari 2002, Komisi Regulasi Keamanan China (C"CSRC") mengeluarkan Prinsip-prinsip Tata Kelola Perusahaan untuk Perusahaan Terdaftar, yang mana Pasal 4 menyatakan sebagai berikut:

Direksi, anggota-anggota dewan komisaris, dan manajer perusahaan harus menanggung tanggungjawab kompensasi dalam hal mereka melanggar hukum, peraturan administratif atau anggaran dasar dan menyebabkan kerugian pada perusahaan selama melaksanakan kewajibannya. Pemegang saham harus mempunyai hak untuk meminta perusahaan untuk

³⁸⁷ Donald C. Clarke and Nicholas C. Howson, *Pathway To Minority Shareholder Protection: Derivative Actions In The People Republic of China.*, Working Paper, August 31, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1968732>

menuntut ganti rugi berdasarkan hukum; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Pada tahun 2003, Mahkamah Agung China juga mengeluarkan draft pertama *Regulations on Some Issues Concerning Trials for Company Dispute (No 1)* dan mempersilakan publik untuk memberikan masukan. Draft ini yang akhirnya meletakkan dasar bagi perubahan pengaturan perlindungan pemegang saham dalam hukum perusahaan tahun 2005.³⁸⁸

Konsep dan penerapan *derivative action* di China dapat berperan sebagai salah satu cara untuk meningkatkan perbaikan tata kelola perusahaan apabila ketentuan perundang-undangan dapat memberikan pengaturan yang lebih jelas dan detail untuk memudahkan penerapannya.

Salah satu alasan penting mengapa *derivative action* akan menjadi demikian penting di China adalah terletak pada rezim upaya pemulihan yang dimiliki oleh pemegang saham itu sendiri. Di banyak negara *common law*, terdapat ketentuan *statutory* yang memungkinkan pemegang saham mengajukan tuntutan atas dasar bahwa roda perusahaan dijalankan dengan cara-cara yang

³⁸⁸ Ann M. Scarlett., *Ibid.*, hlm. 218

opresif. Upaya pemulihan terhadap perilaku opresif ini biasanya dalam konteks “*unfairly prejudicial*” dan “*unfairly discriminatory*”, dan pengadilan mempunyai kekuasaan untuk mengambil tindakan atau memberi perintah untuk memulihkan masalah tersebut. *Opression Claim* didasarkan atas pelanggaran hak-hak pribadi, dan hal ini sebenarnya merupakan tindakan yang bersifat personal, yang berbeda dengan *derivative action*.

Pemerintah China kemudian melakukan amandemen terhadap Undang-undang perusahaan tersebut pada tahun 2005 dan untuk pertama kali mengintrodusir *statutory derivative action* secara eksplisit melalui Undang-undang Perseroan 2005.³⁸⁹ Ketentuan-ketentuan tentang *derivative action*, tercantum pada bab 6 Undang-undang Perseroan China Tahun 2005 yang mulai berlaku efektif pada tanggal 1 January 2006.

Undang-undang Perusahaan China 2005 memiliki sejumlah persamaan ketentuan dalam MBCA (*Model Business Corporation Act*) Amerika Serikat demikian pula Inggris dan Kanada. Kiranya menarik untuk dicatat, bahwa meskipun konsep *derivative action* baru diperkenalkan pada tahun 2005

³⁸⁹ Lihat Ann M. Scarlett, *op.cit.*, hlm. 74.

dan berlaku efektif tahun 2006,³⁹⁰ sebuah kasus *derivative action* sudah pernah terjadi pada tahun 2000 yang diajukan oleh penggugat atas dasar ketentuan umum tentang perlindungan pemegang saham.

Undang-undang perseroan China tersebut hanya memuat kerangka hukum yang bersifat umum tentang *derivative action*. Undang-undang tersebut tidak mengatur prosedur yang bersifat detail. Dalam praktik di China, pengaturan atau penjelasan yang bersifat detail³⁹¹ mengenai suatu ketentuan undang-undang, umumnya dikeluarkan oleh Mahkamah Agung China setelah undang-undang yang bersangkutan berlaku efektif.³⁹² Penjelasan semacam itu biasanya bersifat ekstensif dan cakupannya cenderung jauh melampaui apa yang diatur dalam undang-undang itu sendiri. Huang melihat fakta ini sebagai sesuatu yang kerap menimbulkan problem tersendiri di China mengenai status hukum Penjelasan dari Mahkamah Agung China tersebut.

Misalnya, apakah Penjelasan yang dikeluarkan oleh Mahkamah

³⁹⁰ Hui Huang, *The Statutory Derivative Action in China: Critical Analysis and Recommendation for Reform*. Berkeley Business Law Journal Vol. 4.2, 2007 hlm. 234

³⁹¹ Produk penjelasan dari Mahkamah Agung China tersebut dalam beberapa hal, bisa dibandingkan dengan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) atau Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Republik Indonesia yang biasanya dikeluarkan oleh Mahkamah Agung RI sebagai pedoman bagi hakim di Indonesia dalam menangani permasalahan atau perkara hukum yang di hadapi, yang belum cukup jelas diatur oleh Undang-undang.

³⁹² Hui Hwang, *op cit.*, hlm.235

Agung China itu masih berada dalam kewenangan konstitusional yang dimiliki Mahkamah Agung China. Dengan kata lain, apakah Penjelasan Mahkamah Agung tersebut merupakan interpretasi yudisial atau sudah merupakan produk legislatif. Bagaimanapun, produk Penjelasan Mahkamah Agung China tersebut sangat penting artinya dan ternyata diterapkan oleh seluruh pengadilan di China. Tanpa Penjelasan seperti itu ketentuan undang-undang sulit diterapkan secara langsung oleh pengadilan di China, karena pengaturan Undang-undang sangat bersifat umum dan abstrak.³⁹³

Pasal 150 Undang-undang Perusahaan China menentukan bahwa seorang direktur, *supervisor* atau *senior manager* harus bertanggungjawab atas kerugian perusahaan karena melakukan pelanggaran Undang-undang Perusahaan, Peraturan Administratif, atau Anggaran Dasar Perusahaan pada waktu menjalankan kewajibannya. Dalam situasi ini, perusahaan diharapkan akan mengambil tindakan sendiri untuk memulihkan kerugian yang dialami. Dalam hal perusahaan tidak mengambil tindakan, atau tidak membawa permasalahan tersebut ke

³⁹³ *Ibid.*

pengadilan, maka *derivative action* menjadi upaya pemulihan yang efektif.

Menurut ketentuan Pasal 152, apabila direktur, *supervisor* atau *senior manager* berada dalam situasi sebagaimana yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 150 tersebut di atas, maka hak untuk mengajukan *derivative action* diberikan kepada; (1) pemegang saham dari perseroan terbatas (LLC); (2) pemegang saham dari perseroan terbatas *joint stock* (JSLC) yang secara terpisah atau gabungan memegang 1 (satu) persen atau lebih dari total saham perusahaan selama 180 hari berturut-turut.

Masalah *standing* untuk menggugat diperlakukan secara berbeda tergantung pada tipe perusahaan yang terlibat. Dalam hal perseroan terbatas, setiap pemegang saham mempunyai *standing* untuk mengajukan gugatan, sementara pada perusahaan *joint stock*, persyaratan kepemilikan saham adalah ditekankan, termasuk kepemilikan terpisah atau gabungan di atas level tertentu lamanya kepemilikan saham tersebut berlangsung. Persyaratan kepemilikan saham untuk perusahaan terbuka adalah minimal 1 % saham dengan jangka waktu kepemilikan minimal 180 hari berturut-turut. Sedangkan untuk perusahaan tertutup,

tidak ditetapkan persyaratan kepemilikan saham (*Ownership requirement*) untuk bagi pemegang saham untuk mengajukan gugatan derivatif.

Mengenai prasyarat pengajuan gugatan derivatif, Pasal 152 menentukan, jika seorang anggota direksi atau manajer senior dalam keadaan tertentu sebagaimana disebutkan dalam Pasal 150 Undang-undang Perusahaan 2005 tersebut, pemegang saham (yang memenuhi syarat) dapat mengajukan permintaan tertulis kepada dewan komisaris (*Board of Supervisors*) atau komisaris perseroan terbatas (dalam hal tidak memiliki dewan komisaris) untuk mengajukan gugatan melalui pengadilan negeri. Apabila komisaris berada dalam keadaan tertentu sebagaimana disebutkan dalam ketentuan Pasal 150 Undang-undang tersebut, maka pemegang saham tersebut dapat meminta secara tertulis kepada direksi atau kepada direktur perseroan terbatas, dalam hal perseroan tersebut tidak memiliki direksi (*Board of Directors*), untuk mendaftarkan gugatan di pengadilan negeri.³⁹⁴ Apabila dewan komisaris, atau anggota komisaris perusahaan, (dalam hal tidak memiliki dewan komisaris), atau direksi (*Board of*

³⁹⁴ Lihat Pasal 152 Undang-undang Perusahaan Republik Rakyat China Tahun 2005.

Directors) atau pejabat direktur menolak untuk mendaftarkan gugatan di pengadilan negeri setelah ia menerima permintaan tertulis sebagaimana disebutkan di atas, atau apabila, ia gagal mendaftarkan gugatan dalam waktu 30 hari setelah ia menerima permintaan tersebut, atau apabila, dalam suatu kondisi darurat, kegagalan mendaftarkan gugatan segera akan menyebabkan kerugian yang tak dapat dipisahkan terhadap kepentingan perusahaan, pemegang saham sebagaimana disebutkan di atas, atas nama diri sendiri, secara langsung mendaftarkan gugatan di pengadilan negeri.³⁹⁵

Pemegang saham yang ingin mengajukan gugatan derivatif, sebagaimana diuraikan di atas, terlebih dahulu harus membuat dan mengajukan permintaan kepada komisaris atau direksi agar direksi mengajukan gugatan guna memulihkan kerugian yang dialami perusahaan, atau menunjukkan bahwa setiap keterlambatan untuk mengajukan gugatan akan dianggap merugikan kepentingan perusahaan. Dengan kata lain, pemegang saham penggugat diharuskan untuk terlebih dahulu memanfaatkan segala upaya yang terdapat di dalam internal

³⁹⁵ *Ibid*

perusahaan, sebelum mengajukan *derivative action*. Ketentuan tersebut di atas, menunjukkan ada persamaan dengan ketentuan *demand requirement* (persyaratan tuntutan) dalam MBCA (*Model Business Corporation Act*) Amerika yang menentukan bahwa :³⁹⁶

No shareholder may commence a derivative proceeding until: (1) a written demand has been made upon the corporation to take suitable action; and (2) 90 days have expired from the date delivery of the demand has been rejected by the corporation or unless irreparable injury to the corporation would result by waiting for the expiration of the 90 day period.

(Tidak ada pemegang saham yang dapat memulai gugatan derivatif sampai: (1) suatu tuntutan tertulis telah diajukan kepada perusahaan untuk mengambil tindakan yang tepat; dan (2) lewat 90 hari setelah tanggal ditolaknya tuntutan tersebut oleh perusahaan atau kecuali kerugian yang tak dapat diperbaiki akan menimpa perusahaan jika harus menunggu periode 90 hari; Terjemahan bebas oleh Penulis).

Ketentuan Pasal 152 tersebut menekankan agar permintaan atau pemberitahuan kepada direksi diajukan dalam bentuk tertulis, akan tetapi tidak ditentukan bagaimana format dan ini pemberitahuan atau permintaan tersebut. Hal ini dapat mempengaruhi fungsi informasi terkait gugatan derivatif yang harus dikomunikasikan kepada direksi untuk kepentingan proses

³⁹⁶ Ann M. Scarlett., *op.cit.* hlm.233.

pengambilan keputusan. Sebagai perbandingan, di Amerika misalnya, permintaan kepada direksi harus memadai dan sesuai dengan fungsinya serta harus memuat informasi yang spesifik dan wajar, sehingga atas dasar informasi yang memadai tersebut, direksi dapat memutuskan tentang cara yang harus ditempuh dalam rangka mengatasi permasalahan tersebut.³⁹⁷

Tuntutan kepada direksi dalam praktik umum setidaknya tidaknya memasukkan unsur “identitas anggota direksi”, dasar atau alasan dugaan yang diajukan oleh pemegang saham, kerugian yang timbul terhadap perusahaan, dan bentuk penyelesaian yang diminta.³⁹⁸

Undang-undang Perusahaan China Tahun 2005 tersebut tidak menjelaskan apakah suatu organ perusahaan dapat menanggukhan proses gugatan derivatif yang sedang diajukan oleh pemegang saham, atau sama sekali menghentikan atau mengakhiri gugatan derivatif dalam hal persyaratan pemberitahuan tuntutan, dikesampingkan.

³⁹⁷ Hui Huang, *op.cit.*, hlm.234.

³⁹⁸ *Ibid.*

Ketentuan Pasal 152 menetapkan bahwa jika perusahaan memutuskan untuk tidak mengajukan gugatan derivatif setelah menerima pemberitahuan permintaan, atau gagal mengajukan gugatan derivatif dalam waktu 30 hari setelah menerima pemberitahuan permintaan, atau dalam hal terjadi keadaan darurat dimana persyaratan pemberitahuan dikesampingkan, maka pemegang saham dapat mengajukan gugatan derivatif.

Secara umum, setelah menerima permintaan dari pemegang saham, perusahaan dapat memberi tanggapan dalam beberapa cara: Pertama, perusahaan dapat memutuskan untuk mengambil alih dan mengajukan gugatan sendiri terhadap anggota direksi yang diduga bersalah; Kedua, perusahaan memilih mengambil langkah-langkah korektif internal untuk menyelesaikan permasalahan untuk kepentingan perusahaan, ketimbang menempuh gugatan derivatif. Ketiga, perusahaan menolak mengajukan gugatan derivatif tanpa mengambil langkah-langkah untuk menyelesaikan permasalahan tersebut secara efektif.

Pada bulan April 2006, Mahkamah Agung China mengeluarkan *Provisions of Several Issues Concerning the*

Application of the PRC Company Law, yang merupakan penafsiran awal terhadap Undang-undang perusahaan 2005 dan menjelaskan beberapa aspek prosedural dalam Undang-undang tersebut. Selanjutnya, mengutip Huang, Scarlett mengemukakan bahwa Undang-undang 2005 tersebut mengandung permasalahan mengenai kedudukan penggugat (*standing*), karena hanya pemegang saham saat ini yang boleh mengajukan gugatan derivatif. Tidak seperti Australia dan Kanada, mantan pemegang saham tidak boleh mengajukan gugatan derivatif di China. Namun demikian, hanya pemegang saham saat ini yang diperbolehkan mengajukan gugatan derivatif di Amerika baik di negara bagian maupun di pengadilan-pengadilan federal.³⁹⁹

Biaya hukum gugatan derivatif juga dianggap telah mengendurkan semangat pemegang saham untuk mengajukan gugatan derivatif. Ongkos litigasi di China meliputi biaya pendaftaran perkara, biaya pengacara, dan kadang-kadang biaya tidak resmi. Pasal 19 *Supreme People Court's Measures on the People's Courts' Acceptance of Litigation Fees* yang dikeluarkan pada tahun 1989, mensyaratkan bahwa pihak yang

³⁹⁹ Ann M. Scarlett, *op.cit.*, hlm. 233.

kalah yang harus membayar biaya pendaftaran perkara dan biaya-biaya litigasi, akan tetapi masing-masing pihak membayar biaya Advokat masing-masing.

Perdebatan mengenai manfaat atau nilai ekonomi *derivative action* akan tetap menjadi isu penting di China, dan diprediksi perdebatan serupa akan tetap berlangsung di masa yang datang. Kecenderungan tersebut semakin membuktikan bahwa isu *derivative action* tidak bisa dianalisis secara obyektif tanpa mempertimbangkan konteks spesifik dimana *derivative action* bekerja. Nampaknya untuk konteks China, *derivative action* sangat dibutuhkan dalam situasi transisi ekonomi yang berlangsung cepat saat ini. Kenyataan menunjukkan bahwa direktur perusahaan dan pemegang saham mayoritas seringkali bertindak merugikan kepentingan perusahaan atau pemegang saham minoritas.⁴⁰⁰

Masalah tata kelola perusahaan (*Corporate Governance*) di China dewasa ini demikian akut. Sangat tidak jelas misalnya tentang kewajiban direksi terhadap perusahaan, atau bahkan

⁴⁰⁰ *Ibid.*, hlm. 234.

standar tanggungjawab direksi secara umum.⁴⁰¹ Secara teoretis, memang sejumlah langkah untuk meningkatkan tata kelola perusahaan sudah dilakukan. Akan tetapi dalam praktik, langkah-langkah tersebut tidak memberikan efektifitas seperti yang diharapkan.

Salah satu kasus *derivative action* di China dapat dikemukakan, bahwa pada tahun 2006, Shin Kong Group, salah satu perusahaan keluarga milik konglomerat Taiwan, mendirikan perusahaan patungan (*joint venture*) dengan Hualian Investment, suatu perusahaan besar milik negara yang memiliki afiliasi yang terdaftar di Bursa Efek Shanghai.⁴⁰²

Pada penghujung tahun 2008, hubungan antara kedua belah pihak memburuk, disebabkan karena Hualian mengajukan gugatan derivatif di pengadilan Beijing terhadap beberapa manajer senior (yang dinominasikan oleh Shin Kong) di perusahaan joint venture tersebut dan terhadap afiliasi Shin Kong, yaitu *Fu Hui Internet Technology (Shanghai) Ltd.* Gugatan Hualian mendalilkan bahwa Wu, *General Manager* perusahaan

⁴⁰¹ Ann M. Scarlett, *loc.cit.*, hlm. 230.

⁴⁰² Susan Finder, *Shareholder Derivative Action in China: Lessons to be learned from Shin Kong*. Bloomberg Law, Bloomberg Finance LP., <http://about.bloomberglaw.com/practitioner-contributions/lessons-to-be-learned>. 2013.

joint venture tersebut, yang dinominasikan oleh Shin Kong, dan Gan wakil *General Manager* (Dipilih oleh Wu) melakukan persekongkolan dengan Fu Hui untuk menangani kontrak layanan teknik (*engineering*) dimana perusahaan tidak memiliki kualifikasi untuk itu, sehingga menyebabkan kerugian bagi perusahaan *joint venture*. Di sisi lain, secara terpisah Hualian juga mengajukan permasalahan tersebut kepada arbitrase di Hongkong terhadap Shin Kong, yang didasarkan pada perjanjian *joint venture* antara kedua perusahaan tersebut. Perjanjian *joint venture* antara kedua belah pihak memuat klausula arbitrase. Kasus ini adalah kasus *derivative action* pertama di China yang terkait dengan *joint venture*.⁴⁰³

Menurut Finder, gugatan derivatif dari Hualian tersebut mempunyai beberapa implikasi yang patut dicermati. Dalam gugatan, Shing Kong berargumentasi bahwa permasalahan merupakan sengketa antarpemegang saham, dan karenanya pengadilan Beijing tidak memiliki yurisdiksi untuk memeriksa kasus tersebut. Sebaliknya, pengadilan tinggi Beijing menolak argumentasi yang dikemukakan oleh Shin Kong. Pengadilan tinggi Beijing berpendapat, bahwa pengadilan Beijing memiliki

⁴⁰³ *Ibid.*

jurisdiksi atas kasus tersebut sebab para pihak pada kedua kasus tersebut berbeda. Lagi pula, kasus yang diperiksa oleh pengadilan Beijing didasarkan pada perbuatan melawan hukum (*tort*) bukan didasarkan pada perjanjian *joint venture*.⁴⁰⁴

Skenario dalam kasus tersebut di atas setidaknya-tidaknya menunjukkan beberapa hal. Pertama, meskipun suatu perjanjian *joint venture* memuat klausul arbitrase, terdapat risiko bahwa partner bisnis di China dapat pula mengajukan gugatan derivatif. Putusan pengadilan Beijing tersebut sangat mungkin diikuti oleh pengadilan lainnya di China daratan, walaupun kasus tersebut tidak terikat ketentuan atau asas *preseden*.

Kedua, apabila terdapat transaksi antara perusahaan *joint venture* dan perusahaan afiliasi dari peserta asing *joint venture*, yang memuat syarat-syarat yang ternyata tidak menguntungkan bagi perusahaan *joint venture*, dan hubungan antara peserta *joint venture* memburuk, terdapat risiko bahwa peserta *joint venture* dari pihak China akan menggunakan transaksi-transaksi tersebut sebagai bukti, baik dalam sengketa antarpemegang saham ataupun gugatan lain.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ *Ibid*

⁴⁰⁵ *Ibid*.

C. *Derivative Action* di Indonesia

1. Perlindungan Hukum dan Keadilan

Prinsip perlindungan hukum dan keadilan tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Untuk mewujudkan keadilan, perlindungan hukum diperlukan bagi pihak yang berpotensi atau yang secara aktual telah dirugikan hak-hak dan kepentingannya. Perlindungan hukum dan keadilan dapat ditarik dari hukum dasar tertinggi Indonesia yaitu sebagaimana dinyatakan dalam Pembukaan UUD 1945 dalam alinea ke-4 secara jelas tegas menyatakan sebagai berikut:

“Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu pemerintahan negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu undang-undang dasar negara Indonesia, yang terbentuk dalam susunan negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, persatuan Indonesia, dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Menurut Asshiddiqie,⁴⁰⁶ wujud nyata dari perlindungan segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia adalah terjaminnya rasa aman segenap warga negara dan bagi seluruh wilayah Indonesia.

Notohamidjojo menggunakan istilah *Justitia protective* untuk menggambarkan hubungan keadilan dan perlindungan dengan menekankan bahwa salah satu jenis keadilan adalah keadilan yang bersifat melindungi kepada setiap manusia pribadi.⁴⁰⁷

Notohamidjojo⁴⁰⁸ menjabarkan lebih lanjut tentang *Justitia Protective* sebagai berikut:

“*Justitia protective* yaitu keadilan yang memberikan kepada masing-masing pengayom (perlindungan) kepada manusia pribadi. Dalam masyarakat, manusia pribadi tidak hanya perlu dilindungi kebebasannya untuk menciptakan bona communia (kesejahteraan umum), sehingga masyarakat serta kebudayaan makin maju demi kesejahteraan anggota masing-masing, tetapi masyarakat juga wajib melindungi manusia pribadi, sehingga masing-masing tidak disewenang-wenangkan oleh siapapun dan oleh golongan manapun, yang mengacau tujuan masyarakat Negara yang berusaha menyelenggarakan tata tertib dan kesejahteraan bagi semuanya”.

⁴⁰⁶ Lihat Jimly Asshiddiqie, dalam *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, Jakarta: PT Bhuna Ilmu Populer, 2009 hlm. 53.

⁴⁰⁷ Liha lebih lanjut O. Notohamidjojo dalam *Soal-soal Pokok Filsafat Hukum*, Salatga: Griya Media, 2011., hlm. 126.

⁴⁰⁸ *Ibid*

Mencermati apa yang dinyatakan oleh Notohamidjojo di atas, dapat dilihat adanya dua dimensi perlindungan yaitu; Pertama, Negara atau masyarakat melindungi kebebasan warga atau manusia. Kedua, Negara atau masyarakat melindungi setiap manusia atau warga terhadap kesewenang-wenangan yang mungkin terjadi. Kesewenang-wenangan merupakan tindakan yang melampaui batas sehingga perlu dicegah dengan jalan memberikan perlindungan kepada pihak yang lemah agar tidak dirugikan hak-haknya.

Menurut Peneliti, makna perlindungan sebagaimana dinyatakan dalam alinea ke-4 Pembukaan UUD 1945 di atas memiliki berbagai dimensi. Selain dimensi sosial ekonomi dan politik, perlindungan tersebut juga mencakup dimensi hukum yang meliputi aspek legislasi dan aspek yudisial. Terwujudnya perlindungan baik dalam tataran legislasi dan yudisial di satu sisi, dan tataran hukum prosedural maupun substantif di sisi lain, merupakan kondisi dasar bagi terciptanya rasa aman dan keadilan dalam dimensi hukum.

Tercantumnya tujuan melindungi segenap bangsa dalam pembukaan UUD 1945 sebagai hukum dasar tertinggi,

melahirkan konsekuensi bahwa Negara berkewajiban memberikan perlindungan hukum bagi setiap orang atau warga negara terhadap perlakuan yang tidak adil dan merugikan, termasuk perlakuan yang bersifat diskriminatif, atau perlakuan yang bertentangan dengan asas kesamaan derajat di depan hukum.

Ketentuan Pasal 28D UUD 1945 menegaskan; “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di depan hukum”.

Ketentuan Pasal 28G UUD 1945 menyatakan sebagai berikut:

Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.

Ketentuan Pasal 28I UUD 1945 menyatakan bahwa:

Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.

Pemegang saham minoritas baik yang bersifat perseorangan maupun badan hukum, demikian pula perseroan terbatas yang telah mengeluarkan saham dan dimiliki oleh para pemegang saham, tentu termasuk dalam kategori orang yang berhak mendapatkan perlindungan hukum terhadap perlakuan tidak adil maupun tindakan diskriminatif.

Dalam realitas internal perusahaan, pemegang saham minoritas mempunyai kedudukan yang relatif lemah, sehingga seringkali terjadi hubungan yang tegang antara pemegang saham minoritas dan pemegang saham mayoritas yang mempunyai kedudukan yang kuat dan menentukan dalam suatu perusahaan. Ketegangan seringkali dipicu oleh penggunaan prinsip mayoritas (*majority rule*) dan suara terbanyak (*majority vote*) oleh pemegang saham mayoritas dalam setiap pengambilan keputusan RUPS, tanpa memperhatikan hak-hak dan kepentingan pemegang saham minoritas yang patut mendapatkan perlindungan.

Pada sisi yang lain, kedudukan direksi yang demikian strategis dan sentral, baik sebagai pengurus maupun sebagai wakil perusahaan di luar dan di dalam pengadilan, yang

umumnya didukung oleh pemegang saham mayoritas, merupakan kondisi yang semakin meniscayakan perlunya perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas.

Peneliti berpendapat bahwa kekuasaan yang dimiliki oleh pemegang saham mayoritas melalui prinsip mayoritas dan prinsip suara terbanyak dalam setiap pengambilan keputusan, seharusnya berbanding lurus dengan perlindungan yang diberikan kepada pemegang saham minoritas yang lemah kedudukannya.

Dalam kaitan uraian di atas, UUPT 2007 sebagai undang-undang yang mengatur tentang perseroan yang mencakup hubungan antara pemegang saham mayoritas dan pemegang saham minoritas, maupun hubungan antara pemegang saham dan perseroan, sudah sepatutnya menjabarkan lebih lanjut prinsip-prinsip perlindungan dan keadilan yang tercantum pada hukum dasar tertinggi maupun batang tubuh UUD 1945.

Sebagaimana disebutkan terdahulu, konsep *derivative action* lahir sebagai salah satu instrumen bagi perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas. Konsep ini berasal dari sistem hukum *Common Law*, namun saat ini konsep tersebut

sudah banyak diikuti oleh negara-negara dengan sistem hukum *Civil Law* termasuk Indonesia.

Namun demikian, peraturan perundang-undangan dalam bidang hukum perusahaan di Indonesia, tidak mengenal istilah *derivative action* atau gugatan derivatif. Akan tetapi, apabila ditelaah lebih lanjut, dapat ditemukan bahwa konsep gugatan derivatif sesungguhnya terdapat di dalam UUPT 2007. Konsep *derivative action* bahkan sudah diperkenalkan pertama kali dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (UUPT 1995), dan kemudian diatur lagi dalam Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (UUPT 2007).⁴⁰⁹

Sebelum berlaku UUPT 1995, hukum perseroan di Indonesia diatur dalam Buku Kesatu Titel Ketiga pasal 36 sampai dengan pasal 56 dalam Kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUHD). KUHD yang *nota bene* berasal dari hukum

⁴⁰⁹ Pasal 85 ayat 3 UUPT 1995 memberikan hak kepada pemegang saham yang memiliki minimal 10 % saham untuk mengajukan gugatan derivatif kepada anggota direksi perusahaan. Sedangkan Pasal 98 ayat 2 UUPT 1995 memberikan hak kepada pemegang saham yang memiliki minimal 10 % saham untuk mengajukan gugatan derivatif terhadap komisaris perusahaan. Gugatan tersebut didasarkan atas kesalahan atau kelalaian yang menimbulkan kerugian pada perusahaan.

Belanda dengan sistem *Civil Law*, tidak mengatur tentang *derivative action* (gugatan derivatif).

Pentingnya perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas mulai terakomodasi di Indonesia dalam UUPT 1995. Kesadaran hukum masyarakat Indonesia tentang pentingnya perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas terefleksi dalam Penjelasan Umum UUPT 1995 yang antara lain dinyatakan sebagai berikut:

“.....Undang-undang ini harus tetap dapat melindungi kepentingan setiap pemegang saham, kreditor dan pihak lain yang terkait serta kepentingan Perseroan terbatas itu sendiri. Hal ini penting, sebab pada kenyataannya dalam suatu perseroan terbatas dapat terjadi pertentangan kepentingan antara pemegang saham dengan Perseroan terbatas, atau kepentingan antara para pemegang saham minoritas dengan pemegang saham mayoritas. Dalam benturan kepentingan tersebut kepada pemegang saham minoritas diberikan kewenangan tertentu, antara lain hak untuk meminta Rapat Umum Pemegang saham dan memohon diadakan pemeriksaan terhadap jalannya perseroan dengan penetapan Ketua Pengadilan Negeri”.⁴¹⁰

Konsep *derivative action* menciptakan keseimbangan (*fairness*) antara memberikan pemulihan efektif (*effective remedy*) bagi kepentingan pemegang saham dan mengizinkan

⁴¹⁰ Penjelasan Atas Undang-undang republik Indonesia Nomor 1 tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, Tambahan Lembaran Negara R.I. No. 3587 Kehakiman. Perseroan Terbatas. Saham. Ekonomi. (Penjelasan atas Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1995 Nomor 13)

perusahaan *me-manage* dirinya sendiri. Demikian pula keseimbangan antara monitoring dari pemegang saham dan keleluasaan menjalankan *kewajiban fidusia* oleh direksi. Keseimbangan antara kekuasaan pemegang saham mayoritas melalui RUPS dan perlindungan bagi pemegang saham minoritas melalui pengadilan. Keseimbangan (*fairness*) seperti demikian merupakan salah satu bentuk keadilan yang oleh Rawls disebut sebagai *justice as fairness*.

Proses perwujudan keadilan sebagai keseimbangan (*justice as fairness*) tidak dapat menafikan keterlibatan negara. Negara misalnya terlibat memberikan otorisasi atas pengangkatan anggota direksi dan dilaporkan oleh perusahaan, sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku. Akan tetapi negara tidak mempunyai mekanisme untuk memonitor pelaksanaan kewajiban fidusia oleh direksi yang telah disetujui atau diketahui pengangkatannya oleh negara. Ketiadaan monitoring dari negara tersebut diisi oleh mekanisme *derivative action* melalui pengadilan yang dilakukan oleh pemegang saham khususnya pemegang saham minoritas. Teori badan hukum menjustifikasi campur tangan negara, oleh karena yang

memberikan status badan hukum kepada perusahaan adalah negara ketika seluruh persyaratan telah terpenuhi oleh perusahaan.

Di sisi lain, kepercayaan yang diberikan oleh pemegang saham dan perusahaan pada umumnya kepada direksi selaku *fiduciary*, harus dilaksanakan dengan itikad baik, penuh kesetiaan dan disertai kehati-hatian yang memadai. Pelanggaran terhadap prinsip tersebut menciptakan ketidakseimbangan atau kecurangan yang memerlukan upaya pemulihan

2. Penerapan *Derivative Action*

Menurut UUPT 2007, gugatan dapat diajukan oleh pemegang saham yang memiliki minimal 10 % saham atas nama perseroan, terhadap anggota direksi yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada perusahaan.⁴¹¹ Gugatan derivatif dapat pula diajukan oleh pemegang saham yang memiliki minimal 10 % saham, terhadap anggota komisaris

⁴¹¹ Pasal 97 ayat 6 UUPT 2007 menyatakan bahwa: Atas nama perseroan, pemegang saham yang mewakili paling sedikit 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah saham dengan hak suara dapat mengajukan gugatan melalui pengadilan negeri terhadap anggota direksi yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada perseroan.

perusahaan yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada perusahaan⁴¹².

Ketentuan mengenai gugatan derivatif terhadap anggota direksi perusahaan, hanya diatur dalam satu ketentuan yaitu Pasal 97 ayat (6) UUPA 2007. Pengaturan *derivative action* dalam pasal tersebut masih jauh dari mencukupi bila dibandingkan dengan cakupan konsep *derivative action* baik yang berkembang di negara-negara *common law* maupun di negara-negara *civil law* lainnya.

Persyaratan yang ditetapkan oleh ketentuan Pasal 97 UUPA 2007 hanya berupa persyaratan batas kepemilikan jumlah saham minimal 10 % (*ownership requirement*). Ketentuan tersebut tidak memuat persyaratan lain yang harus terlebih dahulu dipenuhi oleh pemegang saham penggugat untuk dapat bertindak atas nama atau mewakili perseroan. Dengan demikian, kepemilikan minimal 10% saham merupakan satu-satunya persyaratan prosedural (*procedural requirement*) yang harus dipenuhi oleh pemegang saham penggugat.

⁴¹² Pasal 114 ayat 6 UUPA /2007 menyatakan bahwa: Atas nama perseroan, yang mewakili paling sedikit 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara dapat menggugat anggota dewan komisaris yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada perseroan ke pengadilan negeri.

Unsur kesalahan atau kelalaian anggota direksi, demikian pula unsur kerugian sudah merupakan persyaratan substansial dan merupakan bagian dari pokok perkara yang sudah tentu tidak selalu mudah untuk membuktikannya sebelum dilakukan pemeriksaan dalam persidangan.

Menurut hasil penelitian Penulis, hukum perusahaan di negara-negara *common law* pada umumnya maupun di negara-negara *civil law* lainnya, menetapkan adanya persyaratan untuk terlebih dahulu meminta kepada direksi (*demand requirement*) agar direksi mengambil tindakan atas nama perseroan menuntut atau menggugat anggota direksi yang diduga bersalah.

Pengajuan gugatan derivatif oleh pemegang saham kepada pengadilan negeri terhadap anggota direksi, seharusnya baru akan dilakukan setelah direksi atau anggota direksi yang lain, menolak untuk menuntut atau mengajukan gugatan terhadap anggota direksi yang diduga bersalah, atau menolak untuk mencari alternatif penyelesaian melalui mekanisme internal perusahaan tanpa menggunakan mekanisme *majority rule*.

Beberapa negara memberikan pengecualian yang amat khusus bahwa persyaratan tuntutan (*demand requirement*)

tersebut tidak diperlukan, apabila terdapat alasan kuat bahwa permintaan tersebut adalah sia-sia (*futile*), sehingga tidak perlu dilakukan.⁴¹³

Peneliti berpendapat bahwa persyaratan untuk meminta direksi mengajukan gugatan terhadap anggota direksi yang diduga bersalah (*demand requirement*) tersebut, adalah penting untuk menghindari benturan konseptual antara *derivative action* dan prinsip Penggugat Yang Tepat (*Proper Plaintiff*) yang merupakan bagian tak terpisahkan dari proses lahirnya konsep *derivative action*. Prinsip Penggugat Yang Tepat mengajarkan bahwa tidak ada pihak lain yang dapat bertindak atas nama perusahaan untuk mengajukan gugatan, kecuali perusahaan itu sendiri atau organ perusahaan yang kompeten mewakili perusahaan, dalam hal ini direksi. Prinsip ini sejalan dengan asas *Persona Standi in Judicio* yang dianut dalam hukum perusahaan

⁴¹³Mengenai apa yang harus disampaikan kepada direksi mengenai tuntutan tersebut, di Amerika Serikat, pengadilan *Chancery* negara bagian Delaware dalam perkara *Yaw v Talley* telah memberikan pertimbangan hukum sebagai berikut: *To constitute a demand, a communication must specifically state : (i) the identity of the alleged wrongdoers, (ii) the wrongdoing allegedly perpetrated and the resultant injury to the corporation, and (iii) the legal action the shareholder wants the board to take on the corporation's behalf.* (Untuk melanjutkan suatu tuntutan, sebuah penyampaian harus secara spesifik menyatakan: (i) identitas terduga pelaku kesalahan? (ii) tindakan kesalahan yang diduga dilakukan telah merugikan perusahaan, dan (iii) tindakan hukum yang diminta oleh pemegang saham untuk dilakukan oleh direksi atas nama perusahaan; Terjemahan bebas oleh Penulis). Lihat lebih lanjut, Gregory P. Williams dan Evan O. Williford, *op cit.*, hlm. 14.

di Indonesia dan di negara *Civil Law* pada umumnya serta diadopsi dalam ketentuan Pasal 98 ayat (1) UUPT 2007 yang menyatakan bahwa direksi perseroan mewakili perseroan baik di dalam maupun di luar pengadilan.

Penolakan dari direksi atas nama perusahaan untuk menggugat anggota direksi yang bersalah sebelum diajukan gugatan derivatif, dapat dianggap bahwa perusahaan menolak menggunakan prinsip *Persona Standi in Judicio*, sehingga karenanya *legal standing* pemegang saham selaku penggugat dalam gugatan derivatif, terpenuhi dengan sempurna baik secara konseptual maupun secara prosedural. Kejelasan dan kepastian tentang proses atau persyaratan di atas dapat menghindarkan perdebatan di pengadilan atau pertentangan antara primasi ketentuan Pasal 98 ayat (1) UUPT 2007 (Penggugat Yang Tepat) terhadap ketentuan Pasal 97 ayat 6 UUPT 2007 (*Derivative Action*) *vice versa*.

Menurut Peneliti, ketiadaan persyaratan meminta direksi untuk terlebih menggugat anggota direksi yang diduga bersalah sebelum mengajukan gugatan derivatif (*demand requirement*), mencerminkan adanya kelonggaran yang diberikan oleh UUPT

2007 maupun UUPT 1995 bagi pemegang saham untuk mengajukan gugatan derivatif terhadap direksi. Disamping itu, kedua UUPT tersebut tidak mengatur tentang perlunya pengadilan untuk menguji apakah kedudukan hukum atau *standing to sue* dari pemegang saham penggugat memenuhi syarat atau tidak.

Menurut konsep *derivative action* yang umum berlaku dalam sistem *common law*, gugatan derivatif hanya dapat diproses atau dilanjutkan setelah mendapatkan izin dari pengadilan. Untuk konteks Indonesia, pengadilan seharusnya perlu mengeluarkan penetapan atau putusan sela terlebih dahulu untuk menetapkan sah tidaknya representasi pemegang saham mewakili perseroan dalam gugatan derivatif. Model *dismissal procedure* (pemeriksaan pendahuluan) yang berlaku dalam proses peradilan tata usaha negara di Indonesia, dapat pula menjadi rujukan alternatif.

Ketiadaan tahapan atau proses sebagaimana digambarkan di atas, menyisakan masalah teknis lainnya, antara lain menyangkut kompetensi relatif pengadilan. Tidak ada kejelasan bahwa direksi yang bersangkutan harus digugat di pengadilan

yang wilayah hukumnya mencakup domisili pribadi direksi, mengingat klaim yang diajukan adalah klaim tanggungjawab pribadi, atau harus digugat di pengadilan yang wilayah hukumnya meliputi domisili hukum perusahaan.

Persyaratan kepemilikan minimal 10% saham tampaknya bersifat restriktif. UUPT 2007 tidak menyebutkan alasan ditetapkan jumlah minimal 10 % kepemilikan saham. Pembatasan ini berimplikasi pada tertutupnya peluang bagi pemegang saham minoritas yang memiliki jumlah saham kurang dari 10% untuk mengajukan gugatan derivatif. UUPT 2007 juga tidak mengatur apakah jumlah 10% saham tersebut diperbolehkan terdiri dari lebih dari satu pemegang saham, yang menggabungkan jumlah sahamnya sehingga mencapai 10 % jumlah saham secara kumulatif untuk mengajukan gugatan. Apabila UUPT 2007 bertujuan melindungi kepentingan pemegang saham minoritas, seharusnya penggabungan saham demikian diperbolehkan. Namun dari perspektif lain, apabila penggabungan demikian diperbolehkan, maka secara konseptual gugatan demikian lebih menyerupai *class action* daripada *derivative action*.

3. Kasus *Derivatif Action* di Indonesia

a. Kasus di Pengadilan Negeri Bandung

(1) Uraian Kasus

Sebuah kasus gugatan derivatif diajukan di pengadilan negeri Bandung oleh Benjamin Widjaya dan Sianna Kusuma selaku Pemegang saham minoritas pada PT Necis Indah Cemerlang (“Perusahaan”) terhadap Julius Widjaya dan Heryati Suryawan masing-masing selaku direktur (Tergugat I) dan komisaris (Tergugat II) PT Necis Indah Cemerlang, serta PT Danamon Indonesia selaku Tergugat III.⁴¹⁴

Alasan atau dasar gugatan derivatif tersebut, bahwa direktur dan komiaris (Para Tergugat) tersebut telah membuat keputusan yang mengikat Perusahaan untuk melakukan transaksi derivatif atau transaksi valuta asing dengan pihak ketiga yaitu PT Danamon Indonesia. Menurut Penggugat transaksi yang dilakukan oleh kedua tergugat tersebut merupakan tindakan yang berada di luar lingkup kegiatan usaha Perusahaan sebagaimana diatur dalam anggaran dasar Perusahaan.

⁴¹⁴ Lihat Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 1855 K/Pdt/2010 tertanggal 12 Januari 2011.

Para Penggugat berpendapat bahwa tindakan Para Tergugat tersebut bertentangan dengan anggaran dasar Perusahaan, dan dilakukan tanpa terlebih dahulu meminta persetujuan Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) Perusahaan. Menurut Para Penggugat, tindakan tersebut disamping berpotensi menimbulkan kerugian, juga dapat membuat perusahaan mengalami kebangkrutan apabila transaksi tersebut dilaksanakan, dan rekening perusahaan dibekukan oleh pihak ketiga (PT Danamon Indonesia).

Para Penggugat menyatakan bahwa Perjanjian Transaksi Valuta Asing merupakan perjanjian yang bersifat spekulatif, berakibat mempertaruhkan perseroan kedalam perjanjian untung-untungan, bertentangan dengan hukum dan keteribatan serta tidak patut dilakukan oleh Para Tergugat dalam menjalankan kegiatan usaha yang baik dan sehat.

Para Penggugat selanjutnya mendalilkan bahwa tindakan Para Tergugat tersebut melanggar kewajiban fidusia khususnya kewajiban kehati-hatian atau tindakan kehati-hatian, bahkan tindakan Para Tergugat tersebut dianggap bertentangan dengan

prinsip-prinsip tata kelola perusahaan yang baik (*Good Corporate Governance*).⁴¹⁵

Menurut Para Penggugat tindakan Para Tergugat telah menyebabkan kerugian riil bagi perusahaan sebesar Rp. 328.000.000., dan potensi kerugian sebesar Rp. 3.498.000.000., bahkan berpotensi menyebabkan kebangkrutan bagi perusahaan karena modal perusahaan yang sudah disetor hanya berjumlah sebesar Rp. 2.000.000.000.

PT Danamon Indonesia selaku Tergugat III mengajukan keberatan atas pelibatan pihaknya dalam kasus tersebut, dengan alasan gugatan derivatif di Indonesia tidak memungkinkan menggugat pihak ketiga, melainkan hanya dapat menggugat direksi dan komisaris, sebagaimana dinyatakan dalam ketentuan Pasal 97 ayat (6) dan ketentuan Pasal 114 ayat (6) UUPT 2007.

PT Danamon Indonesia (Tergugat III) juga mengajukan keberatan atas kedudukan (*standing to sue*) Benjamin Widjaja

⁴¹⁵ Sejalan dengan hal tersebut, M. Yahya Harahap dalam *Hukum Perseroan Terbatas*, Sinar Grafika, Jakarta 2009, hlm. 379, menyatakan, “Dalam mengurus Perseroan, anggota Direksi tidak boleh “sebrono” (*carelessly*) dan “lalai” (*negligence*). Apabila anggota direksi direksi sebrono dan lalai melaksanakan pengurusan, menurut hukum dia telah melanggar kewajiban berhati-hati (*duty of care*) atau bertentangan dengan “*prudential duty*”. Patokan standar kehati-hatian (*duty of the due care*) yang diterapkan secara umum dalam praktik, adalah standar kehati-hatian yang lazim dilakukan oleh orang biasa dalam posisi dan kondisi yang sama”.

dengan alasan, bahwa pada saat transaksi valuta asing yang menjadi obyek gugatan derivatif dilakukan, atau pada saat diajukan gugatan derivatif, Benjamin Widjaja secara hukum belum resmi menjadi pemegang saham, karena belum dilakukan pelaporan kepada Kementerian Hukum dan Hak-hak Asasi Manusia atas perubahan anggaran dasar yang menetapkan kedudukannya sebagai pemegang saham Perusahaan.

Kasus tersebut telah diputus oleh Pengadilan Negeri Bale Bandung dalam Putusan Nomor 06/Pdt.G/2009/ PN.BB, tanggal 8 Mei 2009 yang kemudian dikuatkan dengan perbaikan oleh Pengadilan Tinggi Jawa Barat dengan putusan Nomor 270/Pdt/2009/PT.BDG., tanggal 20 Nopember 2009, dan kemudian dikuatkan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam putusan Nomor 1855 K/Pdt/2010 tanggal 12 Januari 2011⁴¹⁶.

Pengadilan Negeri Bale Bandung mengabulkan gugatan Para Penggugat untuk seluruhnya, dengan pertimbangan bahwa Para Tergugat telah melakukan perbuatan melawan hukum yang

⁴¹⁶ Lihat Putusan Pengadilan Negeri Bandung Nomor 06/Pdt.G/2009/ PN.BB, tanggal 8 Mei 2009 dan Putusan Pengadilan Tinggi Jawa Barat Nomor 270/Pdt/2009/PT.BDG., tanggal 20 Nopember 2009 serta Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1855 K/Pdt/2010 tanggal 12 Januari 2011.

telah berakibat menimbulkan kerugian riil terhadap Penggugat (Perusahaan) sebesar Rp. 328.000.000 (Tiga ratus dua puluh delapan juta rupiah). Transaksi tersebut dilakukan oleh Para Tergugat tanpa terlebih dahulu meminta persetujuan Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) Perusahaan.

Putusan Pengadilan Negeri Bale Bandung tersebut kemudian dikukuhkan oleh Pengadilan Tinggi Jawa Barat dengan perubahan kecil pada amar putusan. Pengadilan Tinggi mengubah amar Putusan butir 6 yang semula menghukum Tergugat III untuk membayar ganti rugi menjadi menghukum Tergugat III untuk mencairkan deposito milik Perusahaan. Selanjutnya Putusan tersebut dikuatkan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia sebagaimana disebutkan di atas.

(2) Analisis Kasus

Para Penggugat dalam Kasus tersebut di atas merupakan pemegang saham yang masing-masing memiliki 25% saham Perusahaan, atau secara kumulatif Para Penggugat memiliki 50% saham Perusahaan. Dengan demikian, dari aspek kepemilikan minimal jumlah saham, Para Penggugat memenuhi syarat untuk

mengajukan gugatan derivatif berdasarkan ketentuan Pasal 97 ayat (6) UUPT 2007.

Tampilnya kedua pemegang saham minoritas untuk bertindak atas nama perusahaan menggugat direksi yang dianggap bersalah dan merugikan Perusahaan, menunjukkan adanya kesadaran pemegang saham minoritas untuk memanfaatkan mekanisme gugatan derivatif sebagai upaya mendapatkan keadilan protektif bagi kepentingan pemegang saham minoritas secara khusus dan kepentingan perseroan secara umum, sekaligus merupakan upaya mewujudkan keadilan korektif guna memulihkan dan menghentikan kerugian yang dialami Perusahaan.

Pengadilan tidak memberikan penilaian atau menguji terlebih dahulu apakah representasi pemegang saham mewakili perusahaan di Pengadilan dapat diterima secara hukum atau tidak. Tergugat III (PT Danamon Indonesia) mengajukan keberatan khususnya atas pelibatan pihaknya sebagai pihak ketiga dalam perkara.

Mengingat *derivative action* merupakan konsep yang bersifat revolusioner yang mengecualikan teori badan hukum

mengenai kedudukan direksi sebagai wakil perusahaan baik di dalam maupun di luar pengadilan, maka seharusnya Pengadilan menguji keabsahan *legal standing* pemegang saham minoritas selaku Penggugat, sebelum memeriksa pokok perkara.

Dalil Para Penggugat tentang terjadinya pelanggaran kewajiban fidusia yaitu kewajiban kehati-hatian (*duty of care*), dapat diterima mengingat transaksi valuta asing yang melibatkan Perusahaan merupakan transaksi spekulatif yang seharusnya tidak dilakukan oleh perusahaan yang bergerak dalam bidang perdagangan umum. Apalagi kegiatan tersebut tidak termasuk dalam lingkup kegiatan usaha Perusahaan. Pelanggaran kewajiban fidusia lebih berat dibanding pelanggaran kewajiban kontraktual teori *fiduciary duty*.

Para Penggugat mengaitkan unsur kewajiban kehati-hatian dengan dugaan terjadinya *ultra vires*, yaitu bahwa tindakan direksi tersebut berada diluar lingkup kewenangannya sebagaimana ditentukan dalam anggaran dasar Perusahaan. Walaupun secara konsepsional *ultra vires* tidak termasuk dalam unsur *Fiduciary duty*, namun apabila unsur *ultra vires* terbukti, maka berarti kewajiban kehati-hatian (*duty of care*) tidak

dilaksanakan. Perlu pula dicatat, bahwa dalam konsep *derivative action* menurut *common law* sebagaimana telah diuraikan terdahulu, terjadinya *ultra vires* merupakan salah satu faktor yang dapat dijadikan sebagai dasar pengajuan gugatan derivatif.

Keberatan Tergugat III (PT Danamon Indonesia) atas pelibatan pihaknya selaku tergugat III dalam gugatan derivatif cukup logis, mengingat UUPT 2007 memang tidak mengatur mengenai pengajuan gugatan derivatif terhadap pihak ketiga. Menurut Peneliti, dari persektif keadilan, melibatkan pihak ketiga yang terkait dalam gugatan derivatif dapat dibenarkan demi terwujudnya keadilan dan perlindungan. Apabila dicermati konsep *derivative action* di negara *common law*, dapat ditemukan bahwa melibatkan pihak ketiga dalam gugatan derivatif dimungkinkan dalam hal terjadi konspirasi antara anggota direksi dengan pihak ketiga dalam suatu tindakan yang melanggar *fiduciary duty*, atau dalam hal pihak ketiga tersebut turut menikmati hasil dari perbuatan melanggar yang dilakukan oleh anggota direksi.

Keberatan Tergugat III atas kedudukan atau *standing to sue* dari Benjamin Widjaja diajukan dengan alasan, kedudukan

Benjamin Widjaja selaku pemegang saham belum sah karena belum didaftarkan atau belum diberitahukan kepada Kementerian Hukum dan Hak-hak Azasi Manusia. Keberatan ini terkait dengan prinsip *ownership requirement* atau *contemporenous ownership* atau *continous ownership* yang dikenal dalam konsep *derivative action* menurut *common law*. Berdasarkan prinsip ini, penggugat derivatif harus merupakan pemegang saham perusahaan pada waktu perbuatan anggota direksi yang menjadi obyek gugatan itu, dilakukan, dengan pengecualian tertentu.

Pengadilan tidak mempersoalkan *legal standing* Benjamin Widjaja, walaupun perubahan anggaran dasar yang menetapkan kedudukan Benjamin Widjaja selalu pemegang saham belum diberitahukan kepada Menteri Hukum dan Hak-hak Asasi Manusia, dan walaupun Benjamin Widjaya belum menjadi pemegang saham pada saat transaksi valuta asing dilakukan oleh Para Tergugat.

Menurut pertimbangan Pengadilan, perubahan anggaran dasar yang belum diberitahukan kepada Menteri Hukum dan Hak-hak Asasi Manusia tetap sah, dan pemberitahuan kepada

Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia merupakan penyelesaian administrasi. Pertimbangan ini tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 23 ayat 2 UUPT 2007 yang menyatakan perubahan anggaran dasar dengan kategori tersebut, berlaku sejak tanggal diterbitkan surat penerimaan Pemberitahuan oleh Menteri Hukum dan Hak-hak Asasi Manusia.

Menurut Peneliti pertimbangan Pengadilan tersebut mendapatkan justifikasi dari perspektif teori badan hukum yang beranggapan bahwa campur tangan negara atau pemerintah terhadap legalitas perusahaan hanya bersifat pelengkap dan tidak bersifat konstitutif. Adalah RUPS perusahaan yang memberikan keputusan yang bersifat konstitutif bukan pemerintah. Teori badan hukum mengandalkan anggaran dasar sebagai sumber pengaturan internal sehingga apabila RUPS sudah menyetujui perubahan anggaran dasar maka keputusan tersebut dianggap sudah sah. Namun demikian, ketentuan Pasal 23 ayat 2 UUPT 2007 tersebut nampaknya mengacu kepada teori konsesi yang beranggapan bahwa campur tangan Negara dalam soal legalitas perusahaan tidak semata-mata bersifat pelengkap melainkan bersifat menentukan atau konstitutif. Di Indonesia,

suatu perseroan terbatas diakui sebagai badan hukum setelah mendapatkan pengesahan dari Menteri Hukum dan Hak-hak Azasi Manusia.

Berdasarkan teori keadilan baik dari segi keadilan protektif (*protective justice*) maupun keadilan korektif (*corrective justice*), pertimbangan Pengadilan tersebut di atas dapat dibenarkan mengingat Benjamin Widjaya walaupun baru menjadi pemegang saham setelah terjadinya transaksi valuta asing yang menjadi obyek sengketa tersebut, namun dampak dari transaksi valuta asing tersebut akan menimpa perusahaan di waktu yang akan datang, yang tentunya akan dialami oleh Benjamin Wijaya selaku pemegang saham minoritas.

Mengingat dampak tindakan para tergugat tersebut belum langsung merugikan Perusahaan pada saat terjadi transaksi, melainkan berpotensi memberi dampak kerugian yang semakin besar bagi Perusahaan di masa yang datang, maka wajar jika pemegang saham baru tersebut diperbolehkan mengajukan gugatan derivatif. Permasalahan mengenai kewenangan pemegang saham yang baru atau mantan pemegang saham untuk mengajukan gugatan derivatif, akan berpotensi terjadi di

kemudian hari selama belum diatur secara eksplisit dalam peraturan perundang-undangan. Beberapa negara *common law* memperbolehkan mantan pemegang saham untuk mengajukan gugatan derivatif, apabila pada waktu ia menjadi pemegang saham, terdapat perbuatan anggota direksi yang merugikan perusahaan. Hal ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Branson mengomentari persyaratan *Contemporaneous ownership*, bahwa "*the plaintiff must have been a shareholder or member at the time of the transaction of which he complains..*". Branson mengkritisi persyaratan ini dengan mengatakan bahwa bisa saja muncul masalah ketidakadilan yang disebabkan oleh fakta bahwa, pemegang saham penggugat misalnya membeli saham perusahaan setelah kesalahan direksi yang digugat itu terjadi, akan tetapi permasalahan tersebut baru ketahuan dan terungkap setelah pemegang saham penggugat memiliki saham perusahaan tersebut. Akan tetapi Branson menyebutkan bahwa pengadilan kadang-kadang membantu penggugat yang mengalami hal demikian, dengan menetapkan bahwa transaksi atau perbuatan yang digugat tersebut dianggap sebagai kesalahan yang berlanjut.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Lihat lebih lanjut Douglas M. Branson *loc. cit.*

Inkonsistensi Putusan Pengadilan Negeri Bale Bandung terlihat pada amar putusan butir kedua yang menyatakan bahwa “Tindakan Para Tergugat melakukan transaksi valuta asing tanpa persetujuan Rapat Umum Pemegang Saham perusahaan bertentangan Anggaran Dasar Perusahaan”. Sejahter menyangkut konteks kewajiban kehati-hatian, amar putusan tersebut masih dapat dimaklumi. Akan tetapi, oleh karena tindakan transaksi valuta asing dinyatakan sebagai *ultra vires* atau berada di luar lingkup usaha Perusahaan menurut anggaran dasar sehingga dianggap bertentangan dengan anggaran dasar, maka seharusnya tindakan tersebut tidak dapat diberi peluang untuk diajukan kepada RUPS. Kedudukan anggaran dasar harus lebih diutamakan dan tidak boleh disimpangi oleh keputusan RUPS.

Mahkamah Agung mengukuhkan amar putusan tersebut sementara memberikan pertimbangan sebagai berikut;

Perbuatan Tergugat I dan Tergugat II selaku Direktur yang mengadakan perjanjian pokok Transaksi valuta asing dan tergugat III tidak sesuai dengan AD/ART perusahaan merupakan tanggungjawab Direktur dan merupakan perbuatan melawan hukum terhadap perusahaan, disamping itu perbuatan Tergugat I dan Tergugat II tersebut merupakan perbuatan yang tanpa perhitungan berupa

mempertaruhkan seluruh perusahaan ke dalam transaksi derivatif yang bertentangan dengan asas kepatutan, apalagi pemberian fasilitas kredit oleh Tergugat III tidak pernah dilakukan pencairan hanya sepebagai proforma saja.

Pertimbangan Mahkamah Agung tersebut mengisyaratkan sifat transaksi valuta asing tersebut merupakan perbuatan yang bertentangan dengan anggaran dasar, namun dalam amar Putusan seolah-olah alasan transaksi tersebut dianggap bertentangan dengan anggaran dasar Perusahaan karena transaksi tersebut tidak mendapatkan persetujuan RUPS. Padahal alasan transaksi tersebut dianggap bertentangan dengan anggaran dasar seharusnya adalah karena perbuatan tersebut bersifat *ultra vires*. Tindakan *ultra vires* merupakan tindakan yang tidak dapat diratifikasi oleh RUPS. Seharusnya frasa "*tanpa persetujuan Rapat Umum Pemegang Saham perusahaan*" tidak dicantumkan dalam amar putusan tersebut. Sehingga amar putusan tersebut seharusnya berbunyi "*Tindakan Para Tergugat melakukan transaksi valuta asing bertentangan Anggaran Dasar Perusahaan.*"

Inkonsistensi lainnya yang terdapat dalam amar Putusan adalah, tidak adanya amar putusan yang memerintahkan Para

Tergugat untuk membayar ganti rugi kepada Perusahaan, padahal amar Putusan butir 4 menyatakan bahwa Tergugat I dan Tergugat II telah melakukan perbuatan melawan hukum. Menurut teori keadilan korektif (*Corrective Justice*) setiap perbuatan melawan hukum (*tort law*) diikuti dengan kewajiban membayar ganti rugi yang dibebankan kepada pelaku perbuatan melawan hukum, sebagaimana dianut juga oleh ketentuan Pasal 1365 KUHPerdara. Amar Putusan mengenai perbuatan melawan hukum tersebut justru diikuti konsekuensi pembatalan demi hukum Perjanjian Pokok transaksi Valuta Asing, sebagaimana dinyatakan dalam amar putusan butir kelima.

Mencermati kasus tersebut di atas, terlepas dari sejumlah kekurangan dari aspek prosedural dan teknis, dapat diketahui betapa penting artinya mekanisme gugatan derivatif sebagai upaya pemulihan dan perlindungan kepentingan pemegang saham minoritas, dan kepentingan perusahaan secara keseluruhan. Betapa tidak, Tergugat I dan Tergugat II disamping sebagai direktur dan komisaris, juga adalah pemegang saham yang masing-masing memegang 25% saham, atau secara kumulatif 50% saham dimiliki oleh Tergugat I dan Tergugat II,

sehingga mereka memiliki kedudukan yang kuat baik dalam aspek kepemilikan saham maupun dalam aspek manajerial. Jika bukan dengan mekanisme gugatan derivatif, maka direktur dan komisaris tersebut akan berpotensi membawa Perusahaan semakin terjerembab lebih jauh dalam permasalahan transaksi valuta asing yang spekulatif dengan segala implikasinya.

Kasus tersebut juga memperlihatkan bagaimana pemulihan atas pelanggaran terhadap kewajiban fidusia memperoleh saluran yang efektif melalui gugatan derivatif, sehingga prinsip keadilan sebagai kesetaraan dan keseimbangan seperti dinyatakan oleh Rawls tercermin dalam mekanisme tersebut. Teori *kewajiban fidusia* pada prinsipnya menekankan penegakan kewajiban fidusia merupakan bagian dari perlindungan hukum terhadap pemegang saham sebagai pihak yang memberi kepercayaan. Tegaknya keseimbangan antara perlindungan pemegang saham minoritas dan kekuasaan mayoritas, akan memperkuat prinsip-prinsip pengelolaan dan mekanisme internal perusahaan sebagaimana diajarkan dalam teori dan prinsip-prinsip badan hukum.

b. Kasus di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan

(1) Uraian Kasus

Kasus gugatan derivatif yang diajukan oleh PT Dwi Satrya Utama (PT DSU) selaku pemegang saham minoritas pada PT ICI Paints Indonesia (“Perusahaan”) terhadap dua direktur didasarkan atas dugaan kedua direktur Perusahaan diduga telah melakukan pelanggaran *kewajiban fidusia* yang menyebabkan kerugian Perusahaan, yaitu; (1) pembayaran *legal fee* kepada kantor Konsultan Hukum Freshfield dan Makarim & Taira yang tidak memberikan manfaat kepada perusahaan, atau jasa yang dilakukan oleh konsultan hukum tersebut dianggap tidak untuk kepentingan Perusahaan melainkan untuk kepentingan perusahaan lain yaitu PPG Industries yang akan mengakuisisi sebagian aset perusahaan; (2) pemberian remunerasi berlebihan (*excessive remuneration*) kepada General Manager Perusahaan; (3) pemindahan dana perusahaan ke rekening lain milik perusahaan yang ada di Deutsche Bank Singapura.⁴¹⁸

⁴¹⁸ Lihat Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 59/Pdt/G/2002/PN.Jkt. Sel. Tanggal 27 Agustus 2002 dan putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta Nomor 659/PDT/2003/PT.DKI tanggal 15 Juli 2003 serta putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 612.K/PDT/2003 tanggal 10 Nopember 2004.

Para Tergugat mengajukan keberatan yang antara lain diuraikan sebagai berikut:

Gugatan (derivatif) yang diajukan pemegang saham minoritas mewakili perseroan, hanya dapat dilaksanakan dalam hal pemegang saham mayoritas menolak untuk mengadakan RUPS guna membahas atau meminta pertanggungjawaban direksi yang telah melakukan kesalahan atau kelalaian yang merugikan perusahaan quad non, sedangkan tergugat sendiri tidak pernah meminta pelaksanaan RUPS untuk membahas hal tersebut. Lagi pula, Para tergugat tidak pernah melakukan kesalahan dalam menjalankan tugas selaku direksi sehingga karenanya tidak pernah merugikan perusahaan.⁴¹⁹

Para Tergugat berpendapat bahwa perbuatan-perbuatan anggota direksi yang diklaim sebagai pelanggaran oleh Pemegang saham minoritas, merupakan perbuatan-perbuatan yang dapat diratifikasi oleh RUPS, sehingga intervensi pengadilan harus dikesampingkan. Para Tergugat mengandalkan prinsip *majority rule* untuk kasus tersebut, dan secara terselubung ingin menggunakan prinsip *Business Judgement Rule* sebagai tameng terhadap campur tangan pengadilan.

Para Tergugat juga menyatakan sebagai berikut :

⁴¹⁹ Lihat Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 59/Pdt/G/2002/PN.Jkt. Sel. Tanggal 27 Agustus 2002 hlm.26 dan putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta Nomor 659/PDT/2003/PT.DKI tanggal 15 Juli 2003 serta putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 612.K/PDT/2003 tanggal 10 Nopember 2004.

Gugatan yang diajukan pemegang saham minoritas mewakili perseroan, hanya dapat dilaksanakan dalam hal tindakan direksi terbukti ada yang merugikan Perusahaan yang berdampak pada pemegang saham minoritas (fraud on the minority shareholders).⁴²⁰

Pengadilan negeri Jakarta Selatan menolak gugatan Para Penggugat yang kemudian dikukuhkan oleh Pengadilan Tinggi DKI Jakarta dan Mahkamah Agung RI.

(2) Analisis Kasus

Berbeda dengan Kasus Pertama di atas, Penggugat dalam kasus ini adalah pemegang saham minoritas yang berbentuk badan hukum yang memiliki 45% saham di Perusahaan. Representasi pemegang saham minoritas yang bertindak atas nama perusahaan di pengadilan, menggugat direksi yang dianggap bersalah dan merugikan perusahaan, menunjukkan adanya kesadaran pemegang saham minoritas untuk memanfaatkan mekanisme gugatan derivatif sebagai upaya mendapatkan keadilan protektif bagi kepentingan pemegang saham minoritas secara khusus dan kepentingan perseroan secara umum, sekaligus merupakan upaya mewujudkan keadilan

⁴²⁰ *Ibid.*, hlm. 16

korektif guna memulihkan dan menghentikan kerugian yang terjadi bagi perusahaan.

Pengadilan tidak memberikan penilaian atau menguji terlebih dahulu apakah representasi pemegang saham mewakili perusahaan di Pengadilan dapat diterima secara hukum atau tidak. Padahal Para Tergugat berkeberatan dan mengemukakan alasan bahwa gugatan derivatif hanya dapat diajukan dalam hal pemegang saham mayoritas menolak untuk mengadakan RUPS guna membahas atau meminta pertanggungjawaban direksi yang telah melakukan kesalahan atau kelalaian yang merugikan perusahaan. Seharusnya Pengadilan mengeluarkan putusan sela sebelum memeriksa pokok perkara, untuk menetapkan *legal standing* pemegang saham minoritas selaku Penggugat mewakili Perusahaan.

Dalil Para Tergugat yang menyatakan bahwa gugatan derivatif hanya dapat dilaksanakan dalam hal tindakan direksi terbukti ada yang merugikan Perusahaan yang berdampak pada terjadinya kecurangan pemegang saham minoritas (*fraud on the minority shareholders*), tampaknya merujuk kepada penerapan konsep *common law derivative action* karena memasukkan

unsur kecurangan terhadap minoritas⁴²¹ sebagai salah satu persyaratan pengajuan *derivative action*. Penggugat tidak menyebutkan terjadinya *fraud on the minority* melainkan hanya mendalilkan adanya tindakan perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh para tergugat yang mengakibatkan kerugian perusahaan.

Perkembangan dewasa ini menunjukkan *statutory derivative action* di negara-negara *common law* pada umumnya tidak mencantumkan lagi unsur *fraud on the minority* sebagai syarat untuk pengajuan *derivative action*, melainkan cukup jika anggota direksi melakukan pelanggaran terhadap kewajiban *fiduciary* dan mengakibatkan kerugian bagi perusahaan.

Pengadilan memberikan pertimbangan hukum sebagai berikut:⁴²²

⁴²¹Dalam konteks ini, tidak ada definisi yang pasti dan otoritatif mengenai definisi *fraud on the minority*. Apabila terdapat kecurangan, kewenang-wenangan dan ketidakjujuran terhadap minoritas, maka sudah cukup membuktikan terjadinya *fraud on the minority*. Dalam kaitan ini Margaret Chew, *op.cit.*, hlm. 75 menyatakan bahwa: *there is no definitive exposition of the phrase "fraud on the minority" that may be considered authoritative, conclusive or exhaustive. It is amply clear from the case law though that the word "fraud" is used in its equitable sense. It is not limited to common law fraud of the "Derry v Peek variety where an element of dishonesty has to be present. Fraud includes equitable wrongs, such as a breach of duty or an abuse of power.*

⁴²² Lihat Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 59/Pdt.G/ 2002 / PN-JAK-Scl., *op cit.*, hlm. 62

Menimbang, bahwa sikap yang diambil atau tindakan direksi atas dasar itikad baik untuk keselamatan jalannya Perseroan tidaklah dapat dikategorikan sebagai suatu perbuatan melawan hukum apabila tindakan direksi masih dalam batas kekuasaannya yang diberikan oleh Anggaran Dasar Perusahaan yakni adanya tugas dari Direksi bersifat semi fiduciary yaitu kewajiban dalam melaksanakan tugasnya dengan "itikad baik" dan penuh tanggungjawab terhadap tugas-tugas Manajer Umum dan Manajer SDM yang mempunyai kewenangan operasional yang didelegasikan oleh para pemegang saham.

Mencermati pertimbangan Pengadilan tersebut, dapat ditemukan beberapa prinsip yang dipergunakan dalam memeriksa perkara tersebut; Pertama, prinsip itikad baik (*Good Faith*) dengan menyatakan tindakan yang diambil dengan itikad baik tidak dapat dikategorikan sebagai perbuatan melawan hukum. Prinsip itikad baik dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 97 ayat (2) UUP No. 40/2007, yang menyatakan "*Pengurusan perseroan wajib dilaksanakan dengan itikad baik dan penuh tanggungjawab.* Ketentuan ini sejalan dengan ketentuan Pasal 85 ayat (1) UUP 1995.

Kedua, prinsip *ultra vires*. Menurut Pengadilan, disamping unsur itikad baik yang harus mendasari suatu tindakan direksi, tindakan yang dilakukan oleh direksi tersebut harus

berada dalam lingkup kewenangan direksi yang diberikan atau ditetapkan oleh anggaran dasar perusahaan. Kewenangan yang diberikan kepada direksi senantiasa berorientasi kepada maksud dan tujuan perseroan. Unsur ini sejalan dengan ketentuan Pasal 92 ayat 1 UUPT 2007 yang menyatakan; Direksi menjalankan pengurusan perseroan untuk kepentingan perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan.

Ketiga, tindakan yang dilakukan oleh direksi adalah dalam rangka menjalankan kewajiban *fiduciary* yang dijalankan dengan itikad baik dan penuh tanggungjawab. Perlu dicatat, dalam konteks pelaksanaan *fiduciary duty*, Pengadilan sama sekali tidak menguji atau mempertimbangkan unsur *duty of loyalty* (kewajiban kesetiaan) dan unsur *duty of care* (kewajiban kehati-hatian), melainkan hanya mempertimbangkan unsur itikad baik (*good faith*) yang dikaitkan dengan prinsip *ultra vires*.

Pengadilan berpendapat, direksi dalam kasus tersebut adalah beritikad baik, tidak melakukan *ultra vires* serta telah menjalankan kewajiban fidusia dengan baik.

Kedua perkara gugatan derivatif yang diuraikan di atas, memperlihatkan adanya dua putusan yang berbeda secara diametral. Dalam kasus pertama, gugatan derivatif dikabulkan oleh Pengadilan dengan alasan utama memberikan perlindungan kepada kepentingan perusahaan dan kepentingan pemegang saham minoritas secara tidak langsung. Dalam kasus kedua, Pengadilan menolak gugatan derivatif dengan alasan utama direksi telah menjalankan kewajiban fidusia dengan baik, khususnya kewajiban itikad baik, serta tindakan yang dilakukannya tidak termasuk *ultra vires*.

Kedua putusan tersebut di sisi lain, menunjukkan persamaan yang mendasar, yaitu keduanya menempatkan perlindungan hukum bagi perusahaan sebagai dasar utama dalam pengambilan putusan. Namun, Putusan pengadilan pada kasus pertama tampak lebih mengutamakan perwujudan keadilan protektif melalui mekanisme yudisial ketimbang mekanisme internal perusahaan dengan mengutamakan primasi keputusan RUPS ketimbang legalisasi dari pemerintah dalam soal perubahan susunan pemegang saham. Putusan pengadilan

menggunakan teori badan hukum untuk mewujudkan keadilan perlindungan dan keadilan protektif.

Putusan pengadilan pada kasus kedua, tampak lebih mengutamakan mekanisme internal dalam memberikan perlindungan hukum bagi perusahaan. Hal ini dapat dipahami, mengingat Pengadilan berpendapat bahwa tindakan direksi tidak melanggar kewajiban fidusia. Pengadilan menyiratkan bahwa jika upaya pemulihan normal bekerja sebagaimana mestinya, maka upaya luar biasa tidak perlu dilaksanakan. Sebagaimana digambarkan terdahulu, upaya *derivative action* merupakan upaya yang bersifat luar biasa untuk memulihkan kerugian-kerugian yang dialami perusahaan. Tindakan luar biasa tersebut mendapatkan legitimasi kerangka teori keadilan yang memberikan perlindungan hukum kepada pihak yang tidak mampu melindungi dirinya sendiri, atau tidak memiliki kemampuan setara dengan kemampuan pihak yang memiliki kekuasaan sesuai dengan teori keadilan khususnya yang dikembangkan oleh Rawls.

D. Ikhtisar Perbandingan

Sebagaimana disebutkan terdahulu bahwa perbedaan teoretis yang paling mendasar antara *civil law* dan *common law* adalah, bahwa *civil law* mengandalkan kodifikasi sebagai sumber hukum sedangkan *common law* mengandalkan *case law*.

Perbedaan seperti disebutkan di atas, tidak tampak mencolok dalam konteks *derivative action*. Baik *common law* maupun *civil law*, hampir semua negara maju termasuk di Eropa dan di Asia telah memiliki kodifikasi pengaturan tentang *derivative action*. Dari aspek ini, dapat dikatakan bahwa titik demarkasi perbedaan antara hukum perusahaan negara *common law* dan hukum perusahaan negara *civil law* sudah menjadi kabur.⁴²³ Kenyataan ini pun oleh Siems disebut sebagai “*civilization of the common law*”.⁴²⁴ Namun demikian, meskipun kodifikasi *derivative action* sudah ada, perbedaan pengaturan lebih-lebih dalam aspek prosedural antara kedua sistem hukum tersebut dalam konteks *derivative action* tetap ada. Bahkan antara hukum perusahaan Amerika dan Inggris yang sama-sama

⁴²³ Kenyataan ini dikonfirmasi dalam hasil penelitian dan analisis yang dilakukan oleh Dan W. Puchniak sebagaimana diuraikan dalam *The Derivative Action in Asia: A Complex Reality, Forthcoming in Issue 9.2 of the Berkeley Law Journal (2013, Vol.9.2,2013.)*, hlm. 8-10

⁴²⁴ Mathias M. Siems, *op.cit.* hlm. 742

common law pun masih terdapat perbedaan dalam konteks *derivative action*.⁴²⁵

Puchniak mencatat bahwa perubahan paling penting dalam rezim *derivative action* di negara-negara maju Asia yang menganut sistem *common law* dan *civil law*, terjadi sebagai hasil dari perkembangan kodifikasi di negara *common law* dan perkembangan putusan pengadilan di negara *civil law*.

Perubahan paling penting dalam rezim *derivative action* di negara *common law* dalam kurun waktu lebih dari dua dekade, adalah implementasi *statutory derivative action* setelah amandemen dilakukan terhadap undang-undang perusahaan di masing-masing negara. Sebaliknya di negara maju di Asia termasuk China dan Jepang yang menganut *civil law*, perkembangan *derivative action* adalah melalui putusan pengadilan yang telah mendukung terjadinya evolusi yang penting bagi rezim *derivative action* di negara-negara tersebut.⁴²⁶

Amandemen terhadap undang-undang perseroan di negara-negara *common law* di Asia yang gencar dilakukan, telah membantah

⁴²⁵ *Ibid.*, hlm.748

⁴²⁶ Dan W. Puchniak, *loc.cit*

anggapan bahwa hukum perusahaan yang berasal dari suatu negara dari suatu sistem hukum, sama sekali tidak dapat diterapkan di negara dengan sistem hukum yang berbeda.

Teori superioritas *common law* (sebagai lawan *statutory law*) tidak didukung oleh kenyataan *derivative action* di negara-negara maju Asia. Di sisi lain, bukti dari negara-negara Asia yang maju menunjukkan bahwa pemegang saham di negara-negara *civil law* telah mendapatkan perlindungan yang lebih baik oleh *derivative action* dibandingkan dengan di negara-negara *common law*.

Sesungguhnya, pemegang saham minoritas di Jepang, sebuah negara *civil law*, telah memanfaatkan *derivative action* lebih jauh ketimbang negara-negara *common law* yang ada di Asia (atau bahkan dibandingkan dengan negara-negara manapun di dunia selain Amerika Serikat). Jepang mempunyai kasus *derivative action* dengan jumlah yang signifikan yang melibatkan perusahaan-perusahaan terbuka besar, hal mana tidak demikian halnya *derivative action* di negara-negara Asia yang menganut *common law*.

Adalah ironis bahwa penyebab utama tidak efektifnya *derivative action* selama ini di negara-negara Asia, adalah justru asal

usul *common law* itu sendiri. Ketentuan *common law* Inggris dalam *Foss vs Harbottle*, yang secara langsung ditransplantasikan ke negara-negara Asia, mungkin merupakan penghambat utama bagi berkembangnya *derivative action* di negara-negara Asia.

Statutory derivative action Singapura telah diimplementasikan dengan maksud memberikan perlindungan kepada pemegang saham minoritas yang berbeda dengan ketentuan dalam *Foss vs Harbottle*. Amandemen terhadap *statutory derivative action* tersebut telah menjadikan *derivative action* sebagai instrumen yang kuat bagi perlindungan pemegang saham minoritas.

India sebagai satu-satunya negara maju di Asia yang tidak mempunyai kodifikasi peraturan *derivative action*, hampir tidak mempunyai litigasi *derivative action* dan nampaknya ketentuan Inggris dalam *Foss vs Harbottle* cenderung disalahkan sebagai penyebabnya. Hal ini menunjukkan anggapan teori superioritas *common law* bahwa ketentuan *common law* memberikan proteksi perlindungan hukum yang lebih baik bagi pemegang saham minoritas,

tidak sesuai dengan kenyataan. Justru sebaliknya, *common law* justru menghambat *derivative action* di negara-negara Asia.⁴²⁷

Uraian yang dipaparkan di atas menunjukkan bahwa suatu konsep hukum dapat diterapkan dengan penyesuaian-penyesuaian dan tidak harus persis sama dengan negara asalnya. Perbedaan antara *common law* dan *civil law* di Asia tidak merupakan faktor signifikan dan menentukan bagaimana *derivative action* bekerja atau berfungsi di Asia.

Kenyataan tersebut membantah teori asal usul hukum (*legal origins theory*) yang dikembangkan oleh Watson⁴²⁸ bahwa hukum bukan hanya sekadar ada, tetapi mampu bertahan dengan mudah, bahkan dalam lingkungan yang jauh dari anteseden-antesedennya. Menurut Watson, hukum seperti berada di tempat asalnya dimana pun dia berada, tanpa harus memiliki hubungan yang erat dengan masyarakat tertentu periode tertentu ataupun tempat tertentu.

Untuk menjelaskan mengapa *derivative action* jarang dilakukan di Eropa Kontinental walaupun prinsip-prinsipnya sudah tersedia, Gelter memberikan analogi dengan prinsip Anna Karenina,

⁴²⁷ Dan W. Puchniak, *op.cit.* hlm.16.

⁴²⁸ Lihat Peter de Cruz, *op.cit.*, hlm.309.

negara-negara perlu menerapkan *derivative action* dengan benar setidak-tidaknya dalam empat dimensi untuk memungkinkannya berkembang dengan baik. Empat dimensi tersebut adalah sebagai berikut:⁴²⁹

- (1) harus ditetapkan syarat yang baik tentang hubungan hukum atau posisi Penggugat, tapi tidak perlu memasukkan syarat minimal kepemilikan saham;
- (2) risiko litigasi harus dialokasikan dengan baik untuk mengatasi apatisme pemegang saham minoritas;
- (3) Penggugat potensial harus memiliki akses informasi yang cukup untuk mengajukan gugatan derivatif; dan
- (4) Model penegakan harus memungkinkan bagi pemegang saham untuk mempertimbangkan mengajukan gugatan terhadap pelaku kesalahan yang tidak hanya mencakup anggota direksi tapi juga pemegang saham pengendali.

Justin Lu dan Jonathan Batten mengemukakan bahwa : *Given*

cultural differences between jurisdictions, concepts may not be

⁴²⁹Martin Gelter, *op.cit.*, hlm. 853 menguraikan hal tersebut dengan menyatakan: (1) *there must be favourable standing requirements that do not include a minimum ownership threshold*; (2) *the litigation risk must be allocated favorably to overcome minority shareholders rational apathy*; (3) *potential plaintiff must have sufficient access to information to litigate*; and (4) *enforcement model must make it possible for shareholders to derivatively sue potential wrongdoers, which not only includes directors, but also controlling shareholders.*

interpreted with the same effect as originally intended. Selanjutnya mengutip Alston, Justin Lu dan Batten dalam melakukan peninjauan terhadap penelitian perbandingan hukum, mengemukakan bahwa:

*the prospects of foreign legal transplant succeeding in soil which has not been meticulously prepared over a lengthy period of time are minimal. The danger therefore, is that the fundamental characteristics, values and intentions of the original law are lost in transfer, if interpreted without reference to the underlying context.*⁴³⁰

(Prospek transplantasi hukum asing yang dilakukan di area yang tidak dipersiapkan dengan baik dalam periode yang lama adalah minim. Bahayanya adalah, karakteristik fundamental, nilai-nilai dan maksud dari hukum asal akan hilang, apabila ditafsirkan tanpa merujuk pada konteks yang mendasarinya; Terjemahan oleh Penulis).

Paparan di atas pada dasarnya mengungkapkan bahwa transplantasi konsep hukum yang tidak dipersiapkan dengan teliti dan matang dalam jangka waktu yang lama, hanya menuai hasil yang minimal. Hal yang berbahaya adalah karakteristik fundamental, nilai-nilai dan tujuan konsep hukum itu akan musnah, jika tidak diinterpretasikan sesuai konteks dasarnya. Hal tersebut sejalan dengan teori "*law of the non-transferability of law*" (Hukum tentang tidak dapatnya ditransfer hukum) yang diperkenalkan oleh Robert B.

⁴³⁰ Lu, Justin and Jonathan Batten., *The Implementation of OECD Corporate Governance Principles in Post-Crisis Asia*, JCC 4 Winter 2001, Greenleaf Publishing 2001.

Seidman.⁴³¹ Menurut Seidman, suatu hukum tidak dapat ditransfer begitu saja dari negara tertentu untuk diterapkan di negara lain. Dengan demikian berbagai penyesuaian memang perlu dilakukan untuk memperoleh hasil yang optimal dari penerapan hukum yang ditransplantasikan tersebut. Penyesuaian-penyesuaian dimaksud tercermin dalam kodifikasi *derivative action* yang dilakukan di negara-negara Asia sebagaimana diuraikan di atas.

Perkembangan *derivative actions* di negara-negara maju Asia, baik yang menganut sistem *common law* atau *civil law*, nampaknya tidak menunjukkan adanya kesenjangan yang besar, namun memerlukan analisis yang tajam dalam kaitannya dengan teori-teori yang dianut selama ini. Teori universal yang mengatakan bahwa *common law* memberikan perlindungan yang lebih baik kepada pemegang saham dibanding dengan *civil law* (*the common law superiority theory*), dibangun atas dasar asumsi yang lebih general bahwa hukum perusahaan diprediksi akan berfungsi secara berbeda di negara-negara *common law* dan *civil law*.⁴³²

Farinha dan Foronda selanjutnya lebih spesifik mengungkapkan bahwa Sistem *Common Law* berada dalam domain

⁴³¹ Lihat Robert B. Seidman dalam Tribudiyono, *op.cit.*, hlm. 69

⁴³² Jorge Farinha dan Occar Lopez de Foronda, *op. cit.* hlm.7

negara-negara Anglo Saxon, dimana derajat perlindungan investor (pemegang saham) tinggi. Tradisi yang didasarkan pada sistem *Civil Law* pada umumnya ditemukan di negara-negara kontinental dan di negara-negara yang berada di bawah pengaruhnya. Tidak seperti negara-negara Anglo Saxon, di negara-negara yang menganut tradisi *Civil Law* derajat perlindungan terhadap pemegang saham adalah rendah, dan hak-hak pemegang saham minoritas dapat digeser oleh kehadiran dan perilaku pemegang saham mayoritas, yang dapat berupaya memanfaatkan kekuasaan pada kelompok (*Group*) perusahaan dan kreditor perusahaan.⁴³³

Berdasarkan uraian yang dipaparkan di atas, tampak terdapat persamaan-persamaan namun juga terdapat perbedaan-perbedaan pengaturan dan prosedur *derivative action* yang diterapkan di sepuluh negara tersebut, yang terdiri dari lima negara *common law* dan lima negara *civil law*.

Persamaan yang menonjol adalah dasar pengajuan gugatan derivatif disamping pengatasnamaan perusahaan oleh pemegang saham. Baik *common law* maupun *civil law* keduanya menjadikan

⁴³³ *Ibid*

pelanggaran *kewajiban fidusia* oleh direksi sebagai dasar pengajuan gugatan derivatif.

Kedua sistem hukum tersebut juga menjadikan kerugian perusahaan dan bukan kerugian pemegang saham, sebagai dasar untuk pengajuan gugatan derivatif. Oleh karena itu, pembayaran ganti rugi dilakukan kepada perusahaan bukan kepada pemegang saham penggugat.

Persamaan-persamaan sebagaimana disebutkan di atas, tidak mengesampingkan adanya sejumlah perbedaan dalam berbagai aspek. Mengenai persyaratan perlunya izin pengadilan sebelum mengajukan gugatan derivatif, hanya Kanada, Australia dan Singapura memerlukan izin pengadilan sebelum mengajukan gugatan derivatif. Sedangkan Inggris dapat secara langsung mengajukan gugatan derivatif sembari pengadilan memeriksa apakah laik diberikan izin atau tidak untuk melanjutkan gugatan derivatif. Aspek itikad baik dan benturan kepentingan umumnya menjadi dasar pertimbangan pengadilan untuk memberikan atau menolak memberikan izin bagi pengajuan gugatan derivatif. Amerika, Perancis, Italia, Jepang dan Indonesia tidak mengatur tentang persyaratan izin pengadilan untuk pengajuan gugatan derivatif.

Mengenai persyaratan tuntutan (*demand requirement*) kepada direksi untuk mengajukan gugatan sendiri terhadap anggota direksi yang besalah, di antara sepuluh negara tersebut, hanya Amerika, Kanada, Australia, Singapura, Inggris, Jepang dan China (lima negara *common law* dan dua negara *civil law*) yang menerapkan persyaratan tuntutan. Sedangkan Indonesia, Perancis, Italia (ketiganya negara *civil law*), tidak mengatur persyaratan tuntutan.

Mengenai biaya litigasi, hanya Amerika yang secara eksplisit menentukan bahwa biaya litigasi gugatan derivatif yang diajukan oleh pemegang saham ditanggung oleh perusahaan, dengan sistem *reimbursement*. Namun demikian, dalam praktik di negara-negara *common law*, biaya biaya yang dikeluarkan oleh pemegang saham dalam proses perkara gugatan derivatif, digantikan oleh perusahaan. Hal ini logis karena pada hakikatnya yang mengajukan gugatan adalah perusahaan.

Persyaratan bahwa hanya pemegang saham yang sedang memiliki saham di perusahaan pada saat terjadinya tindakan anggota direksi yang dipersalahkan (*Contemporaneous ownership*), (bukan mantan pemegang saham dan bukan pemegang saham yang baru masuk setelah peristiwa obyek gugatan terjadi), yang dapat

mengajukan gugatan derivatif, hanya diterapkan di Amerika, Singapura, Kanada, Australia dan Inggris (semuanya negara *common law*). Di Jepang mantan pemegang saham sebagai akibat reorganisasi perusahaan, dapat mengajukan gugatan derivatif. Di Indonesia, walaupun hal ini tidak diatur, pengadilan tetap mengabulkan gugatan pemegang saham yang baru menjadi pemegang saham setelah transaksi direksi yang menjadi obyek gugatan, terjadi.

Mengenai keberadaan komite litigasi, hanya Amerika yang mengatur tentang pembentukan komite litigasi untuk menilai apakah gugatan derivatif patut untuk dilanjutkan atau dihentikan. Komite litigasi terdiri atas anggota direksi yang independent dan tidak terkait dengan peristiwa atau transaksi yang dijadikan obyek gugatan derivatif.

Persyaratan kepemilikan minimal jumlah saham (*minimum share ownership*), diterapkan secara bervariasi dan umumnya diberlakukan di negara-negara *civil law*. Di Perancis, untuk dapat mengajukan gugatan derivatif, pemegang saham pada perusahaan terbuka harus memiliki jumlah saham minimal 5 % dari total jumlah saham perusahaan. Sedangkan untuk perusahaan tertutup pemegang saham harus memiliki minimal 20 % saham. Di Italia, pemegang

saham harus memiliki minimal 2,5 % saham (untuk perusahaan terbuka), dan minimal 20 % saham (untuk perusahaan tertutup) untuk dapat mengajukan gugatan derivatif.

Di China, untuk dapat mengajukan gugatan derivatif, pemegang saham pada perusahaan terbuka, harus memiliki saham sejumlah minimal 1 % dari total jumlah saham perusahaan, dan untuk perusahaan tertutup, tidak ada persyaratan kepemilikan minimal jumlah saham.

Mengenai persyaratan jangka waktu minimal kepemilikan saham, untuk dapat mengajukan gugatan derivatif, hanya berlaku di Jepang dan China (Keduanya negara *civil law*). Di Jepang, berlaku persyaratan bahwa pemegang saham tersebut harus telah menjadi pemegang saham selama minimal 6 bulan berturut-turut, sedangkan di China pemegang saham yang bersangkutan harus telah menjadi pemegang saham selama 180 hari berturut-turut. Persyaratan jangka waktu minimal kepemilikan saham tersebut, merupakan syarat tambahan terhadap persyaratan kepemilikan minimal jumlah saham sebagaimana diuraikan di atas.

Di Indonesia, dalam konteks persyaratan kepemilikan jumlah saham, tidak ada perbedaan antara perusahaan tertutup dan perusahaan terbuka. Untuk perusahaan terbuka maupun perusahaan tertutup, berlaku persyaratan kepemilikan minimal 10% jumlah saham, untuk dapat mengajukan gugatan derivatif. Tidak ada persyaratan mengenai jangka waktu minimal kepemilikan saham.

Menarik untuk dikemukakan bahwa, hanya ada empat negara yaitu Perancis, Italia, China dan Indonesia (semuanya negara *civil law*) yang menerapkan persyaratan batas minimal kepemilikan saham untuk dapat mengajukan gugatan derivatif. Selanjutnya hanya dua negara yaitu Jepang dan China (keduanya negara *civil law*) yang menerapkan persyaratan jangka waktu minimal kepemilikan saham, untuk dapat mengajukan gugatan derivatif. Tampaknya fakta ini dalam derajat tertentu menjustifikasi teori superioritas *common law* (*the common law superiority theory*) yang mengatakan bahwa *common law* memberikan perlindungan yang lebih baik kepada pemegang saham dibandingkan dengan *civil law*.

Salah satu hal yang menarik, di Indonesia dan China, pemegang saham dimungkinkan mengajukan gugatan *derivatif* terhadap komisaris, padahal komisaris dipahami sebagai wakil

pemegang saham yang bertugas mengawasi direksi, dan komisaris tidak secara langsung menjalankan tugas-tugas operasional perusahaan. Bahkan keberadaan komisaris yang bertugas mengawasi direksi, dianggap merupakan salah satu faktor yang menyebabkan tidak populernya gugatan derivatif di Indonesia. Hal yang berbeda, sebagaimana disebutkan terdahulu, di Indonesia tidak dikenal adanya *demand requirement*, sedangkan di China, justru komisaris yang terlebih dahulu diminta untuk melakukan tuntutan kepada anggota direksi yang bersalah, sebelum mengajukan gugatan derivatif di pengadilan. Apabila Dewan Komisaris atau komisaris menolak untuk mengambil tindakan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari, maka pemegang saham dapat mengajukan gugatan derivatif ke pengadilan terhadap anggota direksi yang bersangkutan

Di Indonesia, hal yang mendasar adalah adanya persyaratan jumlah minimal persentase kepemilikan saham untuk dapat mengajukan gugatan derivatif, dan tidak adanya persyaratan untuk terlebih dahulu meminta direksi untuk mengambil tindakan pemulihan, atau menggugat anggota direksi yang bersalah dan menimbulkan kerugian bagi perusahaan. Kedua hal ini merupakan elemen mendasar pada konsep *derivative action* di negara-negara *common law*.

Derivative action merupakan instrumen terakhir yang dapat dipergunakan oleh pemegang saham minoritas sebagai bentuk keadilan protektif untuk melindungi hak-hak dan kepentingan pemegang saham minoritas dan kepentingan perseroan secara keseluruhan, dan sebagai bentuk keadilan korektif untuk memperbaiki atau memulihkan kerugian yang dialami oleh perusahaan.

BAB V

PENUTUP

KESIMPULAN DAN SARAN

Berdasarkan uraian dan pembahasan dalam bab-bab terdahulu, maka dapat dikemukakan kesimpulan dan saran sebagai berikut:

A. Kesimpulan

1. Alasan mengapa diperlukan perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas, adalah untuk mewujudkan keadilan dan keseimbangan antara hak-hak atau kepentingan pemegang saham minoritas dan kekuasaan yang dimiliki oleh pemegang saham mayoritas dalam sistem pengambilan keputusan. Demikian pula keseimbangan antara kewenangan yang diberikan oleh pemegang saham kepada direksi dan kewajiban fidusia yang diemban oleh direksi kepada pemegang saham dan perseroan. Pengambilan keputusan dalam RUPS yang senantiasa didasarkan atas suara terbanyak berpotensi merugikan hak-hak dan kepentingan pemegang saham minoritas. Oleh karena itu, proses pengambilan keputusan tersebut, harus melibatkan

pertimbangan yang memadai atas hak-hak dan kepentingan pemegang saham minoritas.

2. Penerapan *derivative action* di Indonesia sebagai mekanisme perlindungan hukum terhadap pemegang saham minoritas belum memadai. Hal ini disebabkan karena minimnya pengaturan mengenai *derivative action* jika dibandingkan dengan negara-negara *common law* atau bahkan di negara-negara *Civil Law* lainnya termasuk China dan Jepang. Walaupun pengaturan *derivative action* dalam ketentuan Pasal 97 ayat (6) UUPA 2007 sudah mencerminkan konsep *derivative action*, namun belum mengatur persyaratan dan mekanisme pengajuan dan penanganan gugatan derivatif secara komprehensif.

B. Saran

1. Untuk memberikan perlindungan hukum yang adil dan seimbang kepada pemegang saham minoritas, antara lain perlu dilakukan amandemen terhadap ketentuan Pasal 97 ayat (6) UUPA 2007, dan mengatur tentang gugatan derivatif secara komprehensif. Perlu dipertimbangkan penghapusan persyaratan kepemilikan minimal 10% saham untuk dapat mengajukan gugatan derivatif,

karena pembatasan tersebut menafikan hak pemegang saham tunggal yang memiliki saham kurang dari 10 % untuk mendapatkan perlindungan hukum melalui *derivative action*. Perlu pula ada pengaturan konkret mengenai kategori tindakan direksi yang dapat menjadi dasar gugatan derivatif, dan pengaturan tentang prosedur pengajuan gugatan derivatif. Perlu ada persyaratan untuk terlebih dahulu meminta direksi untuk melakukan upaya-upaya yang perlu untuk menyelesaikan tuntutan pemegang saham yang bersangkutan, sebelum mengajukan gugatan derivatif.

2. Untuk mewujudkan keseimbangan dan keadilan antara kepentingan pemegang saham mayoritas dan kepentingan perlindungan pemegang saham minoritas dalam proses gugatan derivatif, perlu ada mekanisme penilaian oleh pengadilan tentang layak tidaknya suatu gugatan derivatif diajukan atau dilanjutkan. Mekanisme pemeriksaan pendahuluan atau *dismissal procedure* di pengadilan atas perkara gugatan derivatif, perlu diadakan sebelum pemeriksaan pokok perkara, untuk menguji apakah persyaratan prosedural gugatan derivatif telah terpenuhi. Pemeriksaan pendahuluan ini penting pula untuk menghindari

pertentangan tentang keabsahan representasi perusahaan oleh pemegang saham di pengadilan, atau permasalahan tentang kompetensi relatif pengadilan jika anggota direksi tersebut berdomisili di luar yurisdiksi pengadilan yang membawahi domisili hukum perusahaan yang bersangkutan.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku-buku

- A. M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Tidak Sehat, Perse Illegal Atau Rule of Reason*, Jakarta: Universitas Indonesia, Fakultas Hukum, Pasca Sarjana, 2003.
- A. Muhammad Asrun, *Krisis Peradilan Mahkamah Agung di Bawah Soeharto*, Jakarta: ELSAM, 2004.
- A. Prasetyantoko, *Corporate Governance, Pendekatan Institusional*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2008.
- Abdul Kadir Muhammad, *Pengantar Hukum Perusahaan Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993
- Acemoglu, Daron & Robinson, James A. *Why Nations Fail, The Origin of Power, Prosperity And Poverty*, London: Crown Publishers, 2012.
- Achmad Ali. *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori peradilan (Judicialprudence)*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012.
- *Menguak Tabir Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 2008.
- Ade Maman Suherman, *Aspek Hukum Dalam Ekonomi Global*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2005.
- Adrian Sutedi, *Segi-segi Hukum Pasar Modal*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2009
- Agus Budiarto, *Kedudukan Hukum Tanggung Jawab Pendiri Perseroan Terbatas*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002.
- Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian, Aspek Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Jakarta: KENCANA PRENADA MEDIA GROUP, 2013.

- Alexander Lay, et al., (Penyunting),** *Efektifitas Regulasi Merger Dan Akuisisi, Dalam Kerangka Hukum Persaingan Usaha*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2010
- Allen Michel, Israel Shaked,** *Finance and Accounting for lawyers*, Boston: Legal Financial Press, 1996./
- Amiruddin dan Asikin, Zainal.** *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2004.
- Baharuddin Lopa,** *Pertumbuhan Demokrasi Penegakan Hukum dan Perlindungan Hak Asasi Manusia*, Jakarta: Yasrif Watampone, 1999.
- Bakan, Joel.,** *The Corporation, Pengejaran Patologis Terhadap Harta dan Tahta*, Penerjemah: Sri Isnani Husnayati, dari Judul Asli; *THE CORPORATION*, Jakarta: Erlangga, 2007.
- Baumol, William J., Litan Robert E., Dchramm, Carl J.,** *Good Capitalism, Bad Capitalism, Kapitalisme Baik, Kapitalisme Buruk dan Ekonomi Pertumbuhan dan Kemakmuran*, Penerjemah: Rahmi Yossinilayanti, Jakarta: PT Gramedia Pustaka utama, 2010.
- Bebchuk, Lucian Arye,** *A Rent-Protection Theory of Corporate Ownership And Control, Working Paper 7203*, Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1999.
- Bello, Petrus C.K.L.,** *Hukum & Moralitas, Tinjauan Filsafat hukum.*, Jakarta: Erlangga, 2012.
- Benny K. Harman.,** *Konfigurasi Politik & Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, Jakarta: Elsam, 1997.
- Blake, Allan and Bond, Helen J.** *Company Law*, BlackStone Press Limited, *Fifth Edition*, 1996.

- Bogdan, Michael.**, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, diterjemahkan dari judul asli *Comparative Law*, Penerjemah: Derta Sri Widowatie. Bandung: Penerbit Nusa Media, 2010.
- Bremmer, Ian**, *Akhir Pasar Bebas, The end Of The Free Market, Siapa Pemenang dalam Perang antara Negara dan Swasta?* Jakarta: Gramedia, 2010.
- Budiono Kusumohamidjojo**, *Filsafat Hukum, Problematik Ketertiban Yang Adil*, Bandung: Mandar Maju, 2011.
- Chan, Hari.**, *Modern Jurisprudence*, Kualalumpur: *International Law Books Services*, 1994.
- Chapra, Umer, M., dan Habib Ahmad.,** *Corporate Governance Lembaga Keuangan Syariah*, Penerjemah: Ikhwan A. Basri, *Islamic Development Bank, Islamic Research And Training Institute*, 2002.
- Chatamarrasjid Ais.** *Penerobosan Cadar Perseroan dan Soal-soal Aktual Hukum Perusahaan*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004.
- Cheeseman, Henry R.** *Contemporary Business Law*, Third Edition, New Jersey: Prentice Hall Inc, 2000,
- Chew, Margaret** *Minority Shareholders' Rights and Remedies*, Singapore: Butterworths Asia, 2000.
- Cooter, Robert., Ulen, Thomas,** *Law And Economics*, New York: Addison Wesley Longman, Inc. 2000.
- D. Cox, James,** *REMEDIES, Compensation, Deterrence, and the Market as Boundaries for Derivative Suit Procedures*, 1985.
- Davitt, Thomas E.** *Nilai-nilai Dasar Di Dalam Hukum, Menganalisa Implikasi-iplikasi Legal-Etik Psikologi & Antropologi bagi Lahirnya Hukum*, Penerjemah: Yudi Santoso, Yogyakarta: Palmall 2012.

- De Cruz, Peter**, *Perbandingan Sistem Hukum, Common Law, Civil Law dan Socialist Law*, Penerjemah: Narulita Yusron, dari judul asli, *Comparative Law in a Changing World*, Jakarta: Penerbit Nusa Medika, 2010.
- Easterbrook, Frank H. dan Fischel, Daniel R.** *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- Eisenberg, Melvin Aron.** *Corporations And Business Associations, Statutes, Rules, Materials, and Forms*, New York: Foundation Press, 1999.
- Fajar Sugianto.**, *Economic Analasys of Law*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2013.
- Folsom, Ralph H., Gordon, Michael Wallace., Spanogle, JR., John A.**, *International Business Transactions*, San Diego: West Publishing Co. 1996
- Freddy Harris, dan Teddy Anggoro.**, *Hukum Perseroan Terbatas*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2010.
- Fukuyama, Francis**, *The Origin of Political Order, From Prehuman Times to French Revolution*, New York: Farrar, Straus And Giroux, 2012.
- Galanter, Marc.** *The Modernization of law*, dalam Lawrence M. Friedman and Stewart Macaulay, *Society and Behavioral Sciences*, New York: The Bobbs-Meririll Company, Inc. 1977.
- Gautama, Sudargo.** *Indonesian Business Law*, Bandung: Citra Adiya Bhakti, 2002.
- Gilisen, John dan Gorle Frits**, *Sejarah Hukum, Suatu Pengantar*, disadur oleh Freddy Tengker dari judul asli *Historische Inleiding tot het recht, Kluwer Rechtswetenschappen-Anwerpent.*, Bandung: PT Refika Aditama, 2005.

- Goenawan Mohamad**, *Indonesia Proses*, Jakarta: Tempo & Grafiti Pers, 2011.
- Gunawan Wijaya**. *Tanggung Jawab Direksi atas Kepailitan Perseroan*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2003
- Gregory, Holly J. & Marsha Simms**. *Pengelolaan Perusahaan (Corporate Governance): Apa dan Mengapa Hal tersebut Penting, dalam Pengelolaan Perusahaan Yang Baik (Good Corporate Governance)*, yang dikumpulkan oleh Erman Radjagukguk, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005..
- Hadin Muhjad dan Nunuk Nuswardani**, *Penelitian Hukum Indonesia Kontemporer.*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2012.
- Hamilton, Robert W.** *The law of Corporations in a nutshell*, fourth edition, ST. Paul Minn, USA: West Group, 2000
- , *Cases and materials on CORPORATION including Partnership and Limited Liability Company*, Seventh Edition, ST. Paul Minn, USA: West Group, 2001.
- Harahap, M Yahya.**, *Hukum Perseroan Terbatas*, Jakarta: Sinar Grafika, 2009.
- , *Ruang Lingkup Permasalahan Eksekusi Bidang Perdata*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005.
- Hart., H.L.A.**, *Law Liberty And Morality.*, Terjemahan (Hukum, Kebebasan dan Moralitas) Bandung: Genta Publishing, 2009.
- The Concept of law*, Terjemahan, (Konsep Hukum) Bandung: Nusamedia, 2011.
- Hasbullah F. Sjawie**, *Direksi Perseroan Terbatas serta Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Bandung: Citra Aditya Bakti 2013.

- Hasibuan, Effendy HD.,** *Perlindungan Merek, Studi Mengenai Putusan Pengadilan Indonesia dan Amerika Serikat.*, Jakarta: Universitas Indonesia, Fakultas Hukum, Pasca Sarjana, 2003.
- Hasibuan, Fauzie Yusuf.,** *Keseimbangan Dan Keterbukaan Dalam Kontrak Anjak Piutang Di Indonesia.*, Jakarta: Fauzie & Partners, 2010.
- Hasl, Hanna – Kelchner,** *The Business Guide To legal Literacy*, San Fransisco: Jossey Bass, 2006.
- Hewit, Ian,** *Joint Ventures*, London: FT Law & Tax, 1997.
- Huala Adolf,** *Perjanjian Penanaman Modal dalam Hukum Perdagangan Internasional (WTO)*, Bandung: Keni Media, 2010.
- *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004.
- Huizink, J.B.,** *Insolventie, alih bahasa oleh Linus Doludjawa.*, Jakarta: Pusat studi Hukum dan Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004.
- Hurst, James Willard,** *Justice Holmes On Legal History*, New York: The Macmillan Company, 1964
- I Dewa Gede Atmadja,** *Filasafat Hukum, Dimensi Tematis dan Historis*, Malang: Setara Press, 2013.
- Iswi Hariyani, at al.,** *Merger, Konsolidasi, Akuisis, & Pemindahan Perusahaan, Cara Cerdas Mengembangkan & Memajukan Perusahaan*, Jakarta: Visi Media, 2011.
- J. Satrio,** *Hukum Perikatan, Perikatan Pada Umumnya*, Bandung: Alumni, 1999.
- Jimly Asshiddiqie,** *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Konstitusi Press (Konpress), 2012.

- , *Konstitusi Ekonomi*, Jakarta: Kompas, 2010.
- , *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2009.
- , dkk (Penyunting), *Beberapa Pendekatan Ekonomi Dalam Hukum*, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, 2003.
- John Pieris., Nizam Jim,** *Etika Bisnis & Good Corporate Governance*, Jakarta: Pelangi Cendekia, 2007.
- Juhaya S. Pradja.,** *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Bandung: Pustaka Setia 2011.
- Kansil C.S.T.. Kansil, Christine S.T.,** *Hukum Perusahaan Indonesia (Aspek Hukum Dalam Ekonomi)* Jakarta: Pradnya Paramita, 2001.
- *Modul Hukum Perdata, Termasuk asas-Asas Hukum Perdata*, Jakarta: Pradnya Paramita, 2000.
- Kartini Muljadi., dan Gunawan Wijaya,** *Hak Istimewa, Gadai, dan Hipotek*, Jakarta: Prenada Media, 2005.
- Kim Alyane Walton, JD.,** *What Law School Doesn't Teach You..But You Really Need to Know*, Chicago: Harcourt Legal & Professional Publications, 2000.
- Kim, W. Chan., Mauborgne, Renee.,** *Blue Ocean Strategy (Stategy Samudra Biru)*, Penerjemah: Satrio Wahono, Jakarta: Serambi, 2011.
- Korten, David C.,** *The Post Corporate World: Kehidupan Setelah kapitalisme.*, Judul asli; *The Post Corporate world: Life After Capitalism.*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2002.
- Kotler, Philip and Lee, Nancy.,** *Corporate Social Responsibility, Doing the Most Good for Your Company and Your Cause*, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2005.

- Lili Rasjidi, I.B. dan Wyasa Putra.,** *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung: Mandar Maju, 2003.
- Lindsey, Timothy.,** *An overview of Indonesian Law*, Indonesia : Law and Society Annandale, NSW : The Federation Press, 1999.
- M. Ryaas Rasyid,** *Penjaga Hati Nurani Pemerintahan*, Editor: Kristin Samah, Jakarta: Pusat Kajian Etika Politik dan Pemerintahan (PUSKAP), 2011.
- Mahkamah Agung Republik Indonesia dan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Editor:** Lotulung, Paulus E. *Sistem Hukum Indonesia*, Jakarta: 2005.
- Marcus, Bruce W.,** *New dimensions in Investor Relations, Competing For Capital In The 21st Century*, New York: John Wiley & Sons, Inc, 1997.
- Masyhud Ali,** *Manajemen Risiko*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2006.
- Menski, Werner,** *Comparative law in a Global Context*, (Perbandingan Hukum Dalam Konteks Global)., Terjemahan oleh M Khozim, Bandung: Nusamedia, 2012.
- Miller Jr, Edwin L.,** *Mergers and Acquisitions* Terjemahan oleh D. Riga Ponziani, Jakarta: PT Elex Media Komputindo, 2010.
- Millovanovic, Draragan.,** *A Primer in the Sociology of Law*, New York: Harrow an Heston Publishers, 1994.
- Misahardi Wilamarta.** *Hak Pemegang Saham Minoritas dalam rangka Good Corporate Governance*, Jakarta: Universitas Indonesia, Fakultas Hukum, Program Pascasarjana, 2005.
- Mohammad Amien Rais,** *Selamatkan Indonesia, Agenda Mendesak Bangsa*, Yogyakarta: PPSK, 2008.

- Montesquieu**, *The Spirit of Laws, Dasar-dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, Penejemah:Khoiril Anam, Bandung: Nusamedia, 2011.
- Muchlinski, Peter**, *Multinational Enterprises And The Law*, Oxford UK: Blackwell, 2006.
- Muchsin.**, *Ikhtisar Ilmu Hukum*, Jakarta: Badan Penerbit Iblam, 2006.
- Muhamad Djumhana**, *Perkembangan Doktrin dan Teori Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006.
- Muhammad Yusuf et al.**, *Ikhtisar Ketentuan Pencegahan Dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang*. Jakarta: The Indonesia Netherlands National Legal reform (NLRP), 2011.
- Munir Fuady**, *Perseroan Terbatas, Paradigma Baru*, Bandung: Bina Cipta, 2003.
- , *Doktrin-doktrin Modern dalam Corporate Law dan Eksistensinya dalam Hukum Indonesia*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2002.
- , *Hukum Pailit Dalam Teori dan Praktek*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2002.
- , *Arbitrase Nasional, Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, Bandung: PT Citra Aditya bakiti, 2000.
- , *Pengantar Hukum Bisnis Indonesia, Menata Bisnis Modern di Era Global*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2005.
- , *Hukum Tentang Merger*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2002.
- N. Jayapalan**, *Modern Governments And Cosntitutions*, New Delhi: Atlantic Publishers And Distributors, 2002

Nasution, Az., *Hukum Perlindungan Konsumen, Suatu Pengantar*, Jakarta: Diadit Media, 2002.

Nining Muktamar, at al., *Berperkara Secara Mudah, Murah dan Cepat: Pengenalan Mekanisme Alternatif Penyelesaian Sengketa Konsumen: Pelajaran dari Uni Eropa.*, Depok: Piramida, 2005.

Nonet, Philippe & Selznick, Philip, *Hukum Responsip, Pilihan Di Masa Transisi*, Penerjemah: Rafael Edy Bosco, dari judul asli: *Law & Society in Transition: Toward Responsive Law*, Jakarta: Huma, 2003.

O.C. Kaligis, *Kumpulan Kasus Menarik (1)*, Jakarta: OC Kaligis & Associates, 2007.

----- *Kumpulan Kasus Menarik (2)*, Jakarta: OC Kaligis & Associates, 2007.

O. Notohamidjojo., *Soal-soal Pokok Filsafat Hukum*, Salatga: Griya Media, 2011.

Ohmae, Kenichi. *Triad Power, the coming shape of global competition.* London: Collier Macmillan Publisher 1985.

Peter Mahmud Marzuki., *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2006.

Peter van den Bossche, et al., *Pengantar Hukum WTO (World Trade Organization)*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2010.

Posner, Richard A., *The problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1993.

----- *How Judges Think*, Cambridge: Harvard University Press, 2008.

Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa.*, Jakarta: PT Fikahati Aneska, 2002

R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, Bandung: PT Citra aditya Bakti, 1995.

Radjagukguk, Erman., Hikmahanto Juwana, dan Lindsey, Timothy, *Perubahan Hukum di Indonesia (1998 – 2004), Harapan 2005*, LDF-Jakarta: Fakultas Hukum Universtas Indonesia, 2004.

-----, *Peranan Hukum di Indonesia : Menjaga Persatuan, Memulihkan Ekonomi dan Memperluas kesejahteraan Sosial*, Disampaikan dalam rangka Dies Natalis dan peringatan Tahun Emas Universitas Indonesia (1950 – 2000), Depok: Universitas Indonesia, 5 Februari 2000;

-----, *Butir-butir Hukum Ekonomi*, Jakarta: Universitas Indonesia, Fakultas Hukum, Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi, 2011.

-----, *Hukum Investasi di Indonesia*, Jakarta: Universitas Indonesia, Fakultas Hukum, 2006.

Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Rawls, John., *A Theory of Justice, Terjemahan (Teori Keadilan)*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011, h. 72-76

Ridwan Khairandy, R *Perseroan Terbatas: Doktrin, Peraturan Perundang-undangan, dan Yurisprudensi*, Yogyakarta: Total Media, 2009.

----- dan Camelia Malik, *Good Corporate Governance, Perkembangan Pemikiran dan Implementasinya di Indonesia dalam perspektif hukum*, Yogyakarta: Total Media, 2007.

Romli Atmasasmita, *Pengantar Hukum Kejahatan Bisnis*, Jakarta: Prenada Media, 2003.

Ronny Kountur, *Mudah Memahami Manajemen Risiko Perusahaan*, Jakarta: Penerbit PPM, 2008

- Ropaun Rambe**, *Hukum Acara Perdata Lengkap*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010.
- Rosa Agustina**, *Perbuatan Melawan Hukum*, Jakarta: Program Pasca Sarjana Universitas Indonesia, 2003.
- Rustanto**, *Hukum Nasionalisasi Modal Asing*, Jakarta: Kuwais, 2012.
- Saiful M. Ruki** *Menilai Penyertaan dalam Perusahaan, Business Valuation; Valuation of Closely-Held Business and Business Ownership Interest*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1999.
- Salim**, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, Jakarta: Rajawali Press, 2010.
- dan Budi Sutrisno, *Hukum Investasi di Indonesia*, Jakarta : Rajawali Pers, 2008.
- Sandel, Michael J**, *JUSTICE What's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.
- Sartono Kartodirdjo**, *Pendekatan Ilmu Sosial Dalam metodologi Sejarah*, Jakarta: Gramedia 1992.
- Satjipto Rahardjo**, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Jakarta: Kompas, 2003.
- , *Ilmu Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2000.
- Sinaga, V. Harlen**, *Batas-batas Tanggung Jawab Perdata Direksi, Atas Pailitnya Perseroan Terbatas, Dalam Teori dan Praktik*, Jakarta: Adinatha Mulia, 2012.
- Siregar, Mahmud.**, *Perdagangan Internasional dan Penanaman Modal: Studi Kesiapan Indonesia Dalam Perjanjian Investasi Multilateral*, Medan: Universitas Sumatera Utara, Sekolah Pasca Sarjana, 2005.

- Soedjono Dirjosiswono**, *Kaidah-kaidah Hukum Perdagangan Internasional (Perdagangan Multilateral) Versi Organisasi Perdagangan Dunia (World Trade Organization-WTO)*, Bandung: CV Utomo, 2004.
- Soekardono**, *Hukum Dagang Indonesia Jilid I (bagian kedua)* Jakarta: Rajawali Pers, 1985.
- Soerjono Soekanto**, dan **Sri Mamudji**, *Penelitian Hukum Normatif*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2006.
- , *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2003.
- Soetandyo Wignjosebroto**, *HUKUM, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), 2002.
- Sri Gambir Melati Hatta**, *Beli Sewa Sebagai Perjanjian Tak Bernama: Pandangan Masyarakat dan Sikap Mahkamah Agung Indonesia*, Bandung: Alumni, 2000.
- Sulasi Rongiyati**, *Max Weber tentang Aktifitas Ekonomi dalam Pembentukan hukum, dalam Beberapa Pendekatan Ekonomi Dalam Hukum*, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negera Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2010.
- Suharnoko**, **Kartini Muljadi**, *Penjelasan Hukum tentang Eksekusi Gadai Saham*, Jakarta: National Legal Reform, 2010.
- Sutan Remi Sjahdeini**, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Jakarta: Grafika Pers 2007.
- Suyud Margono**, *Hukum Anti Monopoli*, Jakarta: Sinar Grafika, 2009.
- Tarigan, Josua**, *Value Driven Accounting (ACC V.2)*, Jakarta: PT Elex Media Komputindo, 2010.

- Taryana Soenandar**, *Prinsip-prinsip Unidroit, Sebagai Sumber Hukum Kontrak dan Penyelesaian Sengketa Bisnis Internasional* Jakarta: Sinar Grafika, 2004
- Teguh Prasetyo.**, dan **Abdul Halim Barkatullah.**, *Ilmu Hukum & Filsafat Hukum., Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2007.
- Teitel, Ruti G.**, *Keadilan Transisional*, Penerjemah: Tim penerjemah Elsam, Jakarta: ELSAM, 2004.
- Tim Huma (Editor)**, *Pluralisme Hukum, Sebuah Pendekatan Interdisiplin*, Penerjemah: Andri Akbar dkk, Jakarta: Huma, 2005.
- Tri Budiyo**, *Transplantasi Hukum, Harmonisasi dan Potensi Benturan*, Cetakan Pertama, Salatiga: Griya Media, 2009.
- Tricker, Bob**, *Directors, An A-Z Guide*, London: Profile Book LTD, 2009.
- Unger, Roberto Managbeira.**, *Gerakan Studi Hukum Kritis*, judul asli; *The Critical Legal Studies Movement*, diterjemahkan oleh Ifdhal Kasim, Jakarta: ELSAM, 1999.
- , *Law in Modern Society, Toward a Criticism of Social Theory*, New York: Macmillan Publishing Co.ltd., 1976.
- W. Mulford, Charless**, dan **E. Comisky Eugene**, *Deteksi Kecurangan Akuntansi*, Judul asli; *The Financial Numbers Game*, diterjemahkan oleh Aurolla Saparina harahap, Yudith dwi Anggraeni, Jakarta: Penerbit PPM, 2010.
- Wahyu Kurniawan**, *Corporate Governance, Dalam Aspek Hukum Perusahaan*, Jakarta, PT Pustaka Utama Grafiti, 2012.
- Widjaya, I.G. Rai**. *Hukum Perusahaan*, Jakarta: Kesaint Blanc, 2002.
- , *Hukum Perusahaan, Khusus Pemahaman Atas Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 PERSEROAN TERBATAS*, Jakarta: Kesaint Blanc, 2003.

Wilson Arafat., *GCG (Good Corporate Governance) Strategy Execution with Balanced Scorecard Approach*, Jakarta: Skyrocketing Publisher, 2011.

Yunus Husein, *Negeri Sang Pencuci Uang*, Jakarta: Pustaka Juanda Tigalima, 2008.

B. Publikasi Penelitian dan Jurnal Internasional

Adam, Edward S., *Bridging the Gap Between Ownership and Control.*, *The Journal of Corporations Law.*, Volume 14:2, 2009

Atherton, Susan C., et., al., *Fiduciary Principles: Corporate responsibilities to Stakeholders*, *Journal of Religious and Business Ethics*, DePaul Universities, University Libraries, Volume 2, Issue 2 Article 5, tanggal 9 October 2011.

Block, Dennis J. and Radin, Stephen A. *Year 2000 Director Liability Issues: I*, *Business & Securities Litigator*, reprinted from *The New York Law Journal*, February 1998, <http://www.weil.com>., terakhir dikunjungi tanggal 26 April 2012.

Braendle, Udo C, *Shareholder Protection in the USA and Germany- "Law and Finance" Reviseted.*, *German Law Journal*, Vol. 07 No. 03. 2006.[www.germanlawjournal.com /pdf/vol/0703/pdf](http://www.germanlawjournal.com/pdf/vol/0703/pdf).

Brandon, Douglas M., *The American Law Institute Principles of Corporate Governance And The Derivative Action: A View From The Other Side.*, *Washington And Lee Law Review*, Vol. 43 No. 2, Spring 1986.

Choo, Pearlle Koh Ming, *The Statutory Derivative Action in Singapore – A Critical Examination (2001)*, *BondLawRw3 (2001 13(1) Bond Law review 64*.

- Eaton, Malaika M., Feldman, Leonard J., Chiang and Jerry C.,** *The Continuous Ownership Requirement in Shareholder Derivative Litigation: Endorsing A Common Sense Application of Standing And Choice-Of-Law Principles*, *Willamette Law Review*, WLR 47-1, 12/13/2010.
- French, Peter A.,** *The Corporation as a Moral Person*, *American Philosophical Quarterly*, Volume 16, Number 3, July 1979.
- Freshfields Bruckhaus Deringer,** *Derivative Actions under the companies Act 2006. BRIEFING – SUMMARY* September 2007.
- Giudici, Paolo** *Representative Litigation in Italian Capital Markets: Italian Derivative Suits and (if ever) Securities Class Actions.*, *ECFR* 2-3/2009, 246-269
- Gold, Andrew S.,** *A Decision Theory Approach to The Business Judgement Rule: Reflections on Disney, Good Faith, And Judicial Uncertainty*, *Maryland Law Review*, Vol. 66:398., 2007. h.
- Herzeca, Lois F and Ruth Ku.,** *Corporate Governance, Directors Take an Active Role.*, *Nuw York Law Journal.*, September 29, 2003.
- Hofmann, Melissa,** *The Statutory Derivative Action in Australia: An Empirical Review of its Use and Effectiveness in Australia in Comparison to the United States, Canada dan Singapore*, *Corporate Governance eJournal*, Bond University, Faculty of Law., 1.1.2005.
- Huang, Hui,** *The Statutory Derivative Action in China: Critical Analysis and Recommendation for Reform*, *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 42. 2007.
- International Financial Law Review, Supplement – China,** *China Introduces Statutory Dervative Action*, [http://www.iflr.com.](http://www.iflr.com), terakhir dikunjungi tanggal 20 Februari 2012.
- J. Loewenstein, Mark,** *Shareholder Derivative Litigation And Corporate Governance*, *Delaware Journal of Corporate Law*, Volume 24, Number 1, 1999.

- Johnston Jr, Joseph F.** *Natural Law and Fiduciary Duties of Business Managers, Journal of Market and Morality, Volume 8, Number 1 (Spring 2005): 27 – 51.*
- Latella, Dario.,** *Shareholder Derivative Suits: A Comparative Analysis and the Implications of the European Shareholders, Rights Directive., European Company and Financial Law Review Vol. 6.2 pp. 307-323, 2009. http://papers.ssm.com/sol3/paperscfm?abstract_id=1, terakhir dikunjungi 27 April 2014.*
- Lu, Justin and Jonathan Batten.,** *The Implementation of OECD Corporate Governance Principles in Post-Crisis Asia., JCC 4 Winter 2001, Greenleaf Publishing 2001.*
- M. Sciotto, Nicole,** *Opt-In vs Opt Out: Settling the debate over default Fiduciary Duties in Delaware LLCs, Delaware Journal of Corporate Law, Volume 27, Number 2, 2012.*
- Mollet, Scott H.,** *Derivative Lawsuits Outside of Their Cultural Context: The Divergent Examples of Italy and Japan. University of San Fransisco Law Review Vol.43, Winter 2009.*
- Puchniak, Dan W.,** *The Derivative Action in Asia: A Complex Reality, Forthcoming in Issue 9.2 of the Berkeley Law Journal (2013, Vol.9.2,2013.)*
- Sharfman, Bernard S.,** *What's Wrong with Shareholder Empowerment? Journal of Corporation Law, Voulme 37, Issue 4, Summer 2012.*
- Scarlett, Ann M.** *Investors Beware Assessing Shareholder Derivative Litigation in India and China, U.Pa. J.Int'l L. [Vol.33:1] 10/30/2011.*
- Seipp, David J.,** *Trust and Fiduciary Duty In The Early Common law, Boston Law Review Vo. 91:1011, 2011,*

Scietto, Nicole M., *Opt-In vs Opt-Out: Settling the Debate over Default Fiduciary Duties in Delaware LLCs*, *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 37, 2012.

Siems, M. Mathias, *Convergence in Corporate Governance: A Leximetric Approach*, *The Journal of Corporation Law*, Volume 35, Issue 4, Summer 2010.

-----*Private Enforcement of Director's Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon*. UEA Law School Working Paper Series, University of East Anglia., <http://www.uea.ac.uk/law/Research/Papers>

Smith, Gordon D. *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, *Vanderbilt Law Review*, Vol.55:1399, 2002.

The Commercial Division of the State of New York, Commercial Division Law Report – July 2000, *Corporations; derivative action; standing; conflict of interest; pleading corporate waste; A Report on Leading decisions recently issued by the Justices of the Commercial Division, Supreme Court of the State of New York, VOL. III, No. 3 July 2000.*, <http://www.courts.state.ny.us>., terakhir dikunjungi tanggal 20 Februari 2012.

Thomas, Randall S & Thompson Rober B., *A Theory of Representative Shareholder Suits and its Application to Multijurisdictional Litigation*. *Northwestern University School of Law, Northwestern University Law Review*, Vol. 106. No. 4.

Triem, Fred W., *Judicial Schizophrenia in Corporate Law: Confusing the Standard of Care with the Business Judgement Rule.*, *Alaska Law Review* [24:23.,2007.

Williams, JR., Archie E., *Derivative Suits: Director Demand Under Rule 23.1 and Section 36 (b) of the Investment Company Act*, *Fordham Urban Law Journal* Vol. 4, Issue 3, 1975, Article 6.

Velasco, Julian, *How Many Fiduciary Duties Are There In Corporate Law?* Legal Studies Research paper No.09-35 originally published Southern California Law Review, No. 6, pp. 1231-1318, 2010.

Zou Ping et al, *Corporate Governance: A Summary Review on Different Theory Approach*, *International Research Journal of Finance and Economics*. EuroJournal Publishing, Inc. Issue 68, 2011., h.8., <http://www.eurojournals.com/finance.htm>.

C. Internet

Anonim, *Derivative Action*, <http://www.Freivogelonconflicts.Com.>, terakhir dikunjungi pada tanggal 26 April 2011.

Anonim, *Rawls' Theory of Justice*, www83.homepage.Villanova.edu_richard.jacobs_MPA%28300_tpdf.

Anonim, *Three Theories of Justices*, <http://lilt.ilstu.edu/pefranc/3-ts%20of%20justice.htm>

Anonim, *Derivative Actions: North Carolina Business Litigation Report*, www.ncbusinesslitigationreport.com/case-derivative-actions-1, 14 Juli 2013.

Bebchuk, Lucian Arye, et al. *What Matters In Corporate Governance?* Discussion paper No. 491, Cambridge: Harvard Law School, 2004. www.law.harvard.edu/faculty/bebchuk., terakhir dikunjungi tanggal 8 Mei 2013.

Business & Securities Litigator, *Shareholding Action Challenging Executive Compensation Dismissed Based Upon Special Litigation*, March 2000 <http://www.weil.com.>, terakhir dikunjungi tanggal 3 Mei 2011.

Butler, Henry N. *The Contractual Theory of the Corporation*, <http://www.law.northwestern.edu/faculty/fulltime/bu>. diakses pada tanggal 21 April 2013.

- Chin, Christian**, *Minority Shareholders and Derivative Actions*, <http://www.lawgazette.com.sg/2000-10/Oct00-focus3htm>
- Clarke, Donald C, Howson Nicholas C**, *Pathway To Minority Shareholder Protection: Derivative Actions In The People Republic of China.*, Working Paper, August 31, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1968732>
- Collora, Michael A. and Osborne, David M.** *A Derivative Claim By Any Other Name : Direct Claims to Remedy by Wrongdoing in Close Corporation.* <http://dwyercollora.com> terakhir dikunjungi pada tanggal 22 Maret 2012,
- Dejnozka, Jan**, *Corporate Entity, Book Manuscript* 2007, www.members.tripod.com/jan_dejnozka/corporate_entity_book. Terakhir diakses pada tanggal 17 April 2013.
- Eser, Albin** *The Importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Science The Hague: Kluwer, 1997, S.492-517.* www.freidok.uni.feilburg.de/
- Farinha, Jorge dan Lopez, Oscar de Foronda** dalam *The Relation Between Dividends and Insider Ownership in Different Legal System: International Evidence.* Research Center on Industrial, labour and Managerial Economics, Faculdade de Economia, Universidade do Porto, December 2006. <http://www.fep.up.pt/investigacao/cete/papers/index.html>
- Hansmann, Henry dan Kraakman, Reiner .,** *What is Corporate Law?*, Yale Law School, Center for Law, Economics and Public Policy, Research Paper No. 300, <http://ssrn.com/abstract=568623>
- Kim, Kenneth A., Nofsinger R. John.,** *Corporate Governance*, New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2007.
- Lower, Michael LP.,** *Natural law and Agency Theory*, http://works.bpress.com/michael_lower/3, terakhir dikunjungi tanggal 12 January 2012.

- Macey, Jonathan R.**, *Fiduciary Duties As Residual Claims: Obligations to Nonshareholders Constituencies From A Theory of The Firm Perspective.*, www.digitalcommons.law.yale.edu/cgi.
- Marcus, Stephen M. Esq.** *The Business Judgement Rule Is Touched by An Angel*, www.meeb.com terakhir dikunjungi pada tanggal 13 Maret 2012.
- Margotta, Donald G.** *The Business Judgement Rule vs. The Efficient Market Hypothesis in Takingover Litigation*, <http://www.michel-shaked.com>, terakhir dikunjungi pada tanggal 7 April 2012.
- Montana Code Annotated 2005, Rule 23.1. Derivative Actions by Shareholders**, [http:// data.opi. state.mt.us.](http://data.opi.state.mt.us.), diakses tanggal 20 Agustus 2012.
- Morais, Diego.**, *Companies as Independent Agents of Social Change: A Rawlsian Approach*, <http://essay.uwente.nl/60193>.
- Nasution, Bismar.**, *Pertanggungjawaban Direksi Dalam Pengelolaan Perseroan*, bismar.wordpress.com., diakses tanggal 10 April 2013.
- Ong, Denny and Wong, Adrian**, *When will the court allow a common law derivative action on behalf of a company?* Rajah Tann & LLP, *Association of Corporate Counsel* <http://www.lexology.com/library/detail.aspx>.diakses tanggal 3 Juli 2013.
- Ramsay, Ian M and Saunders, Benjamin B.** *Research Report, Litigation By Shareholders and Directors: An Empirical Study of the Statutory Derivative Action, The Center for Corporate Law and Securities Regulation, 2005.* <http://eclsr.law.unimelb.edu.au>, terakhir dikunjungi pada tanggal 23 Maret 2012,
- Tj Scott**, *The Comparative Method of Legal research* web.up.ac.za
- Sekicho**, *Business Judgement Rule*, [http://everything2.com/ index.pl?node_id=1763648](http://everything2.com/index.pl?node_id=1763648) diakses pada tanggal 10 Oktober 2013.

Sykes, John., Charles Russel LLP dalam *Minority Shareholders and their rights*, January 2009, www.charlesrussel.co.uk

Slaughter and May, *Companies Act 2006 Directors' Duties, Derivative Actions and Other Miscellaneous Provisions*

Vutt, Margit, *Shareholder's Derivative Claim – Does Estonian Company Law Require Modernisation?* http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2008

Williams, Gregory P and Williford, Evan, *Chapter 8, Derivative Litigation*, Wilmington, DE., Delaware. Richards, Layton & Finger, P.A., apps.americanbar.org/chapter08derivative *litigation* terakhir dikunjungi tanggal 21 Maret 2012.

Zywicki, Todd J, *Posner, Hayek & The Economic Analysis of Law*, George Mason University Law And Economics Research Paper Series, http://ssrn.com/abstract_id=957177

D. Peraturan Perundang-undangan:

Undang-undang Dasar 1945, LEMBARAN NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1959 NOMOR 75 DAN BERITA NEGARA TAHUN 1959 NOMOR 69.

Amandemen Pertama, LEMBARAN NEGARA NOMOR 11 TAHUN 2006.

Amandemen Kedua, LEMBARAN NEGARA NOMOR 12 TAHUN 2006

Amandemen Ketiga, LEMBARAN NEGARA NOMOR 13 TAHUN 2006.

Amandemen Keempat, LEMBARAN NEGARA NOMOR 14 TAHUN 2006.

Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, LEMBARAN NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 2007 NOMOR 106.

Undang-undang Nomor 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal LEMBARAN
NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1995
NOMOR 64.

Undang-undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat LEMBARAN
NEGARA REPUBLIK INDONESIA TAHUN 2003
NOMOR 59.

Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal
LEMBARAN NEGARA REPUBLIK INDONESIA
TAHUN 2007 NOMOR 67.

Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman
LEMBARAN NEGARA REPUBLIK INDONESIA
TAHUN 2009 NOMOR 157.

E. Putusan Pengadilan

1. Putusan Pengadilan di Indonesia

- a. Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan, Nomor:
59/Pdt.G/2002. PN.Jak.Sel. tanggal 6 Agustus 2002;
- b. Putusan Pengadilan Tinggi Daerah Khusus Ibu Kota Jakarta,
Nomor: 659/PDT/2002/ PT.DKI.,PN.Jak.Sel. tanggal 27 Januari
2003;
- c. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Nomor: 612
K/PDT/ 2004., tanggal 10 November 2004.
- d. Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Timur, Nomor:
249/PDT/G/2003/ PN. Jkt. Tim.
- e. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Nomor: 1855/
Pdt/ 2010., tanggal 12 Januari 2011.
- f. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Nomor: 1643
K/Pdt/2008., tanggal 31 Desember 2008.

2. Putusan Pengadilan di Luar Negeri

- a. Putusan Pengadilan Tinggi Negara Bagian Delaware Amerika Serikat Nomor 29 Tahun 2012 Dalam perkara antara *Americas Mining Corporation, et al.*, melawan Michael Theriault.
- b. Putusan Pengadilan Negeri Pennsylvania Bagian Utara, Master File No. 99-CV-1349, 8 Juni, 201. Dalam perkara antara *Labarorers Local 1298 Annuity Fund derivatively and on behalf of Rite Aid Corporation* melawan Alex Grass, et al.
- c. Putusan Pengadilan Tinggi Negara Bagian California, Kota Los Angeles Lead Case No. BC 293317 tentang usulan Penyelesaian *Derivative Action* dalam perkara Pemegang Saham Skechers USA, *Mitchell v Greenberg et al.*

F. Bahan-bahan Tersier

E.R. Hardy Ivamy, *Law Dictionary*, London: Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 2993.

Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, ST, Paul MN, USA: West Group, 1999.

Gifis, Steven H. *Law Disctionary, New Jersey: Barron's Legal Guide*

Hornby, AS., *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*,

Oxford: Oxford University Press, 2000.

Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Rangkuman Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia*, Jakarta: Mahkamah Agung Republik Indonesia 1993.

Tim Prima Pena, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Gita Media Press.

Yan Pramadya Puspa, *Kamus Hukum, Edisi Lengkap, Bahasa Belanda, Indonzsia, Inggeris*, Semarang: Aneka Ilmu, 1977.

DAFTAR RIWAYAT HIDUP PENULIS

1. Identitas Pribadi:

Nama : H. Taqiyuddin Kadir, SH.,MH.
Tempat/Tanggal lahir : Pinrang Sulawesi Selatan/12 Juli 1959
Alamat : Komp. Dukuh Zamrud Kota Legenda Blok S7 No. 6 Bekasi
Jenis Kelamin : Laki-laki
Pekerjaan : Konsultan Hukum Perusahaan (Advokat dan *Corporate Lawyer*)

2. Keterangan Keluarga:

Isteri : Hj Siti Aminah, SH.
Anak : 1. Mulham Aungrah Mubarak, SM.
2. Fikri Muhammad
3. Aqeela Noorina

3. Riwayat Pekerjaan:

- Dosen di Fakultas hukum Universitas "45" Makassar, dan Fakultas Hukum Universitas Muslim Indonesia, Makassar (1986 — 1997);
- Sekretaris Jurusan Hukum Internaional Fakultas Hukum Universitas "45" Makassar (1991-1993);
- Ketua Jurusan Hukum Internasional Fakultas Hukum Universitas "45" Makassar (1993-1994);
- Humas Universitas "45" Makassar (1994-1995)
- Pembantu Dekan I Fakultas Hukum Universitas "45" Makassar (1995-1997)
- Praktisi hukum/Advokat (1994-sekarang)
- Advokat pada Kantor Hukum, Hamdan Sujana Januardi & Partners (1997-2002)
- Penasihat Hukum (*Legal Advisor*) pada *Lexindo Consulting*, Jakarta 2002.
- Pendiri Kantor Hukum, Kadir & Adriawan *Law Offices*;
- *Corporate Legal Counsel* untuk PT ICI Paints Indonesia. (2003 — 2008);
- *Corporate Legal counsel* untuk perusahaan-perusahaan AkzoNobel di Indonesia (2008-2014);
- *Coordinator*, AkzoNobel Legal for HSE & Product Regulatory, Southeast Asia Pacific (2012-2014).

4. Riwayat Pendidikan

- S1 (Sarjana Hukum), Hukum Internasional. Fakultas Hukum Universitas IHasanuddin, 1985;
- S2 (Magister Hukum) Hukum Ekonomi, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia 2006;
- *Postgraduate Legal Courses in Business Law, Law School, Queensland University of Technology (QUT), Brisbane, Australia, 1996;*
- S3 (Doktor Ilmu Hukum) (2011-2014) dalam proses penyelesaian pada Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Jayabaya.

5. Training dan Workshop di Luar Negeri

- *Leadership Journey Training, AkzoNobel, Vietnam, 2009.*
- *Corporate Legal Training, AkzoNobel, Asia Pacific, Shanghai, 2010.*
- *Corporate Legal Conference and Workshop, AkzoNobel Global, Maastricht, Amsterdam, 2011.*
- *Corporate Legal Conference and Workshop, AkzoNobel Asia Pasific, Singapore, 2012*
- *Corporate Legal Workshop, AkzoNobel Global, Amsterdam 2012*
- *Corporate Legal Conference and Workshop, AkzoNobel Asia Pasific, Shanghai, 2012.*
- *Corporate Legal Conference and Workshop, AkzoNobel Asia Pasific, Vietnam 2012.*
- *Corporate Legal Conference and Workshop, AkzoNobel Asia Pasific, Shanghai, 2012*
- *Corporate Legal Conference Asia Pacific, AkzoNobel, Singapore, 2013*
- *Corporate Legal Conference and Workshop AkzoNobel Asia Pacific, Shanghai, 2013*
- *Corporate Legal Conference and Workshop AkzoNobel Asia Pacific, Shanghai, 2014.*
- *Corporate Legal Conference and Workshop AkzoNobel Asia Pacific. Singapura, 2014*