

**PERBEDAAN PENERAPAN DERIVATIVE ACTION DI INDONESIA
SEBAGAI NEGARA CIVIL LAW DIBANDINGKAN DENGAN
NEGARA-NEGARA PENGANUT SISTEM HUKUM COMMON LAW
(STUDI PUTUSAN PERDATA NOMOR 02/Pdt.G/2010/PN.JKT.SEL)**

Shofia Shobah *

* Mahasiswa Magister Hukum Ekonomi Universitas Indonesia
Korespondensi: shofia.gnwn@gmail.com
Naskah dikirim: 19 Mei 2018
Naskah diterima untuk diterbitkan: 1 September 2018

Abstract

The protection of minority shareholders within the company is one importance thing given the likelihood of their rights being violated by the actions of the board of directors. In the concept of the company, shareholders are passive parties who do not participate in the management of the company, thus causing the shareholders vulnerable to deviations. The rights of the company's shareholders are very important for the concept of Corporate Governance. Shareholders are not corporate organs because the company's organs are General Meeting of Shareholders (GMS). The Board of Directors may decide to run the company as long as it does not violate Companies Acts. The Board of Directors must act in good faith and for the best interests of the corporation, this is where the importance of protecting minority shareholders is exercised. One of the real manifestations of such protection is through a derivative lawsuit that allows minority shareholders to fight for their rights within the company.

Keywords: corporation, minority shareholder, derivative action

Abstrak

Perlindungan minority shareholders dalam perusahaan menjadi satu hal yang sangat penting mengingat besarnya kemungkinan tercedainya hak-hak mereka oleh tindakan direksi. Dalam konsep perseroan, shareholders adalah pihak pasif yang tidak ikut serta dalam pengurusan perseroan, sehingga menyebabkan shareholders rentan terhadap penyimpangan. Hak pemegang saham perusahaan sangat penting bagi konsep Corporate Governance. Perusahaan tidak pernah bisa mengabaikan kepentingan anggotanya dan pemegang sahamnya. Direksi dapat mengambil keputusan untuk menjalankan perusahaan asalkan tidak melanggar Companies Acts. Direksi harus bertindak dengan itikad baik dan untuk kepentingan terbaik korporasi, disinilah pentingnya perlindungan minority shareholders dijalankan. Salah satu perwujudan nyata perlindungan tersebut adalah melalui gugatan derivative yang memungkinkan minority shareholders untuk memperjuangkan hak-hak mereka dalam perusahaan.

Kata Kunci: korporasi, pemegang saham minoritas, gugatan derivative

I. PENDAHULUAN

Sebuah perusahaan dianggap oleh hukum sebagai entitas independen, yang dimiliki oleh anggotanya.¹ Agar perusahaan dapat menjalankan dan membuat keputusan, anggota atau pemegang saham mendelegasikan tanggung jawab manajemen kepada Dewan Direksi. Tanggung jawab direktur adalah untuk bertindak demi kepentingan terbaik para pemegang saham, untuk memberi mereka informasi lengkap tentang tindakan perusahaan, untuk memastikan bahwa perusahaan tetap terlarut dan mematuhi kewajiban hukum.

Kekuatan dan peraturan formal ditetapkan dalam Anggaran Dasar. Direksi dapat mengambil keputusan untuk menjalankan perusahaan asalkan tidak melanggar *Companies Acts*. Direksi perusahaan memiliki posisi unik karena keduanya merupakan badan pembuat keputusan untuk asosiasi, serta pelindung investasi anggota.² Direksi harus bertindak dengan itikad baik dan untuk kepentingan terbaik korporasi.

Dalam konsep perseroan, *shareholders* adalah pihak pasif yang tidak ikut serta dalam pengurusan perseroan, sehingga menyebabkan *shareholders* rentan terhadap penyimpangan. Hak pemegang saham perusahaan sangat penting bagi konsep Corporate Governance. Perusahaan tidak pernah bisa mengabaikan kepentingan anggotanya dan pemegang sahamnya. *Shareholders* bukan organ perseroan karena organ perseroan adalah RUPS, oleh karena itu perlindungan *shareholders* terutama *minority shareholders* sangatlah penting dilakukan.

Terkait dengan permasalahan hukum berkenaan dengan perlindungan terhadap pemegang saham minoritas, rujukan yang paling tepat adalah pada Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (“UUPT”) khususnya dalam hal:

1. Kewenangan PS dalam mengajukan gugatan terhadap perseroan apabila dirugikan sebagai akibat dari keputusan RUPS, Direksi dan/atau Dewan Komisaris (Pasal 61 (1) UUPT)
2. Kewenangan PS dalam meminta kepada Persero agar sahamnya dapat dibeli kembali akibat tidak setujunya PS terhadap tindakan perseroan tentang perubahan AD, pengalihan atau penjaminan kekayaan perseroan yang nilainya lebih dari 50 % dan penggabungan, peleburan, pengambilalihan atau pemisahan (Pasal 62 UUPT).
3. Kewenangan PS untuk diselenggarakannya RUPS, tanpa kewenangan memutuskan diadakannya RUPS (Pasal 79 ayat (2)UUPT)
4. Kewenangan untuk mewakili perseroan untuk mengajukan gugatan terhadap anggota direksi yang menyebabkan kerugian perseroan (Pasal 114 ayat (6) UUPT)
5. Kewenangan PS untuk dilakukannya audit terhadap perseroan, atas dugaan terjadinya Perbuatan Melawan Hukum yang merugikan yang dilakukan oleh Perseroan, Direksi atau komisaris. (Pasal 138 ayat (3) UUPT)
6. Kewenangan PS untuk mengajukan permohonan pembubaran perseroan (Vide Pasal 144 ayat (1) UUPT)

¹ Samantha S.Tang, Corporate Avengers Need Not To Be Angels: Rethinking Good Faith In The Derivative Action, *Journal of Corporate Law Studies*, 2016

² Zhong Zhang, The Shareholder Derivative Action and Good Corporate Governance in China: Why The Excitement is Actually for Nothing, *Pasific Basin Law Journal*

Selain dari ketentuan hukum yang diatur dalam UUPT di atas, Persero dalam menjalankan roda perusahaan dituntut untuk menerapkan prinsip *Good Corporate Governance* (GCG) yang mengedepankan asas keseimbangan (*fairness*), transparan (*transparency*), akuntabilitas (*accountability*) dan tanggungjawab (*responsibility*).

Permasalahan adanya *corporate action* terkait penambahan/peningkatan modal suatu perseroan acap kali digunakan para pemilik saham mayoritas untuk mendilusi kepemilikan saham minoritas. Namun, sepanjang *corporate action* ini sesuai ketentuan hukum yang berlaku pada UUPT, maka tidak adanya pelanggaran hukum yang dapat dialamatkan kepada perseroan.³

Derivative action, dapat menjadi jalan bagi perlindungan *shareholders* untuk menciptakan mekanisme yang adil dalam menjalankan perseroan. Meskipun di Indonesia, sebagai negara *civil law*, *derivative action* belum diatur secara luas karena hanya dimuat dalam dua pasal dalam Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

Terdapat perbedaan mekanisme pelaksanaan *derivative action* bagi negara-negara penganut sistem hukum *common law* dan *civil law*. Dalam makalah ini akan dibahas lebih lanjut mengenai perbedaan tersebut dan dibagian akhir akan disertakan putusan pengadilan Indonesia tentang Indonesia mengenai *derivative action* antara PT Fukuafu Indah melawan PT Newmont Nusa Tenggara.

A. Sejarah *Derivative Action* Berasal Kasus *Foss v Harbottle* (1843)

Derivative Right (Hak Derivatif) adalah hak dan kewenangan yang diberikan kepada pemegang saham minoritas untuk menggugat direksi atau komisaris dengan mengatas namakan perseroan tersebut (*derivative action*). Bryan Stenfield mendefinisikan *derivative action* sebagai “An action by a shareholder against a corporation to enforce a corporate right that the corporation has refused for one reason or another to assert. The purpose of such an action is to protect shareholder against abuses by the corporation, its directors, officers and controlling shareholders and to insure corporate accountability.”⁴

Derivative Action muncul pertama kali dalam sejarah melalui kasus *Foss v. Harbottle* (1843) 67 ER 189 di Inggris. Begitu fenomenalnya putusan tersebut hingga dikatakan sebagai *landmark decision* dari kasus *derivative action* yang terjadi sesudahnya.⁵ Putusan kasus tersebut menjadi dasar untuk mengatur dan melindungi hak pemegang saham (*shareholders rights*) yang berlaku tidak hanya di Inggris, tetapi juga berlaku di negara-negara jajahan Inggris (*leading English precedent*), yang kemudian menjadi referensi bagi pembuatan aturan serupa di negara dengan sistem hukum yang berbeda dnegan Inggris.

Kasus *Foss v. Harbottle* bermula dari gugatan Richard Foss dan Edward Starkie Tuton (sebagai pemegang saham minoritas) terhadap Direktur Victoria

³ Rizky Dwinanto, “Perlindungan Pemegang Saham Minoritas”, <http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt51b145f3c7171/perlindungan-hukum-bagi-pemegang-saham-minoritas>

⁴ Bryan Stenfield, “For Better or For Worse? Marriage of The Texas and Model Bussiness Corporation Acts, Derivative Action Statues and What it Means for Corporations”, Texas Tech Law Review, 2004

⁵ Yaad Rotem, The Law Applicable to A DerivativeAction on Behalf of A Foreign Corporation, *Cornell International Law Journal*, 2013

Park Company (VPC), Thomas Harbottle, Joseph Adshead, Henry Byrom, John Westhead dan Richard Bealey. Gugatan yang diajukan Foss dan Tuton didasarkan pada alasan penyalahgunaan penggunaan aset perusahaan yang dilakukan oleh Direksi VPC. Tindakan yang dilakukan oleh Direksi VPC pada waktu itu adalah membeli tanah seluas 180 Meter (0.73 km²) di Manchester, Inggris, dengan harga yang terlalu tinggi dan Direksi VPC juga telah menggadaikan properti (hipotek) milik perusahaan dengan cara tidak benar. Berangkat dari alasan di atas maka Direksi VPC harus dapat mempertanggungjawabkan penyalahgunaan penggunaan aset perusahaan VPC.⁶

Dalam gugatannya Foss memiliki maksud untuk mengamankan harta kekayaan VPC, namun dalam keputusan Court of Chancery, Victoria Park, Manchester, Inggris dinyatakan bahwa:

*in any action in which a wrong is alleged to have been done to a company, the proper claimant is the company itself. This is known as "the rule in Foss v Harbottle", and the several important exceptions that have been developed are often described as "exceptions to the rule in Foss v Harbottle".*⁷

Putusan pengadilan Chancery secara umum mengatakan bahwa dalam hal terjadinya kesalahan atau kecurangan perusahaan, maka yang berhak menggugat adalah perusahaan itu sendiri dan pemegang saham. Hakim pengadilan Chancery pada waktu itu berpendapat bahwa bahwa perusahaan adalah subyek hukum terpisah (*separate legal entity*), yang mana sebagai subjek hukum memiliki hak dan kewajiban yang sama dengan manusia. Oleh sebab itu, Foss tidak berhak untuk mengajukan gugatan kepada VPC.⁸

Putusan di atas tentunya suatu bentuk ketidakadilan, yang di sisi lain menguntungkan Direksi, karena hanya Direksi sesungguhnya yang berhak mewakili perusahaan untuk menggugat perusahaan. Namun dalam perkembangannya, ada beberapa pengecualian terhadap kasus *Foss v Harbottle* ini yaitu:⁹

1. Kewenangan *ultra vires*, yaitu pemegang saham dapat mengajukan gugatan ke Pengadilan dalam hal terjadinya tindakan Direksi atau pemegang saham mayoritas yang melampaui batas kewenangannya atau *ultra vires*.
2. Adanya *special majority*, yaitu dalam hal perusahaan mengeluarkan persyaratan khusus (*special majority*) tentang perhitungan suara RUPS untuk tujuan mendapatkan persetujuan pemegang saham. Jika agenda atau usulan dalam RUPS yang mengandung unsur perbuatan jahat atau ketidakberesan terhadap laporan keuangan, maka pemegang saham dapat mengajukan gugatan ke Pengadilan
3. Adanya *personal rights*, yaitu dalam hal terjadi pelanggaran perusahaan terhadap pemegang saham terhadap sahamnya atau kontrak yang ditandatangani, maka pemegang saham dapat mengajukan gugatan ke Pengadilan.

⁶ Paul Redmond, *Companies and Securities, Commentary and Materials*, The Law Book Company Limited, Sydney, Australia, 1992.

⁷ *Foss v Harbottle* (1843)

⁸ *Ibid*, Paul Redmond

⁹ Dr. Gyanendra Kumar Sahu, Investor Protection: The Derivative Action, *International Journal of Law*, May 2017

4. Adanya *frauds on the minority*, yaitu pemegang saham minoritas berhak mengajukan gugatan ke Pengadilan jika pemegang saham mayoritas melakukan kecurangan terhadap pemegang saham minoritas. Termasuk di dalam juga apabila terdapat tindakan kebohongan, diskriminasi, ketidakjujuran dan ketidakadilan terhadap pemegang saham minoritas.
5. Adanya *derivative action*, yaitu setiap pemegang saham berhak mengajukan gugatan derivatif terhadap Direksi atau pemegang saham mayoritas dalam hal adanya pelanggaran *fiduciary duty*, kesalahan dalam mengelola perusahaan, kelalaian dan kesalahan serius lainnya

Meski pada awalnya terjadi kekhawatiran terhadap putusan *Foss v. Harbottle* (1843) yang merefleksikan kerugian bagi pemegang saham minoritas, namun putusannya tidak berhenti sampai di situ, karena didalamnya terdapat lima pengecualian yang mempertegas ruang lingkup kewenangan bagi direksi dan pemegang saham mayoritas terhadap pemegang saham minoritas. Dengan kejelasan lima pengecualian di atas dan disertai dengan adanya putusan pengadilan, maka keraguan terhadap pengadilan yang tidak adil tidak terjadi. Begitu pentingnya hasil putusan pada kasus *Foss v Harbottle* inilah yang menjadikannya sebagai rujukan para hakim dalam memutus kasus yang sama dikemudian hari.

Pengecualian tersebut juga menjadi *new path* bagi pemegang saham minoritas untuk membela kepentingan perseroan melalui otoritas lembaga peradilan dengan membuktikan adanya kesalahan dan kelalaian direksi dan komisaris. Apabila gugatan dimenangkan, maka yang berhak menerima pembayaran ganti rugi dari tergugat adalah perseroan.¹⁰

B. Kelahiran *Derivative Action* di Indonesia

Apabila Inggris telah memiliki aturan *derivative action* sejak abad 18, pengaturan *derivative action* di Indonesia tergolong 'baru' karena berlaku sejak Undang-undang No.1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (UU PT), yaitu dalam pasal 85 ayat 3 (terhadap Direksi) dan pasal 98 ayat 2 UUPT (terhadap Komisaris). Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 kemudian menjadi tidak berlaku sejak lahirnya Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. Pengaturan mengenai gugatan derivatif kemudian diatur secara terbatas dalam Pasal 61 ayat (1) UU PT yang berbunyi, "*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.*"

Selanjutnya, dalam Pasal 97 (6) disebutkan bahwa pemegang saham minoritas (*minority shareholders*) pun berhak untuk mengajukan *derivative action* apabila terbukti Direksi atau Dewan Komisaris melakukan perbuatan yang menyebabkan perseroan merugi,¹¹ "*Atas nama Perseroan, pemegang saham yang mewakili paling sedikit 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah*

¹⁰ Mishardi Wilamardi, *Hak Pemegang Saham Minoritas Dalam Rangka Good Corporate Governance*, Jakarta: PPs Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2002

¹¹ Kurniawan, *Karakteristik Perusahaan Berbadan Hukum dan Tidak Berbadan Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2014, hal 92

seluruh saham dengan hak suara dapat mengajukan gugatan melalui pengadilan negeri terhadap anggota Direksi yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada Perseroan.”

Dari ketentuan di atas tampak jelas tindakan hukum pemegang saham mengajukan derivative action bukan “aksi individual” oleh para pemegang saham yang kepentingannya dirugikan. Akan tetapi para pemegang saham yang mewakili paling sedikit 1/10 bagian dari jumlah seluruh pemegang saham bertindak untuk dan atas nama perseroan.

Persoalannya UU PT tidak menjelaskan bagaimana kapan dan bilamanamana pemegang saham tersebut dapat dianggap mewakili dan bertindak untuk dan atas nama Perseroan. Para praktik gugatan di Pengadilan Negeri hal tersebut akan menimbulkan persyaratan formil yang mengundang keberatan dari pihak Direksi atau pihak-pihak yang digugat.

C. Syarat-syarat Derivative Action

Tidak semua gugatan yang diajukan oleh pemegang saham untuk dan atas nama perseroan dapat diakui sebagai derivative action. Contoh terkini gugatan derivate action yang pada tingkat Pengadilan Negeri ditolak sebagaimana yang dikutip dalam artikel Erman Rajaguguk adalah perkara PT. Dwi Satrya Utama vs Raymond Richard Sparks dan Inderadi Kosim yang tercatat dalam register perkara No: 59/Pdt.G/2002/PN.Jak.Sel.¹²

Ada beberapa syarat dan ketentuan yang perlu diperhatikan bagi pemegang saham yang bertindak untuk dan atas nama perseroan untuk melakukan gugatan derivate action diantaranya adalah:¹³

- a. Pemegang saham tidak dapat mengajukan gugatan dalam bentuk derivative action, jika yang digugat adalah tindakan atau perbuatan anggota Direksi yang dapat disahkan oleh Rapat Umum Pemegang Saham berdasarkan persetujuan sederhana (ordinary resolution);
- b. Anggota direksi yang melakukan tindakan atau perbuatan melanggar fiduciary duty tersebut adalah anggota Direksi yang dominant dan memegang kendali dalam Perseroan, dan dalam hal tertentu telah disetujui oleh sebagian besar pemegang saham independent.

Demikian juga tidak semua tindakan Direksi yang melanggar prinsip-prinsip fiduciary duty dapat dikatakan sebagai derivative action. Ada beberapa pengecualian dari tindakan direksi yang melanggar fiduciary duty mendapatkan pengesahan dan persetujuan dari Rapat Umum Pemegang Saham dalam suara mayoritas biasa diantaranya adalah:

- a. tindakan ultra vires;
- b. tindakan lain yang memerlukan persetujuan khusus dalam suatu Rapat Umum Pemegang Saham;
- c. Tindakan yang merupakan fraud on the minority.

Akan tetapi tidak semua tindakan direksi yang melanggar fiduciary duty yang disahkan oleh Rapat Umum Pemegang Saham mengikat pemegang saham minoritas. Tindakan-tindakan direksi yang mengutamakan kepentingannya

¹² Jurnal Hukum Bisnis Volume 26-No.3-Tahun 2007, hal. 28

¹³ Gunawan Widjaja, “Tanggung Jawab Direksi atas Kepailitan Perseroan”, PT.RajaGrafindo Persada, Jakarta, cet.I, 2003, hal. 44-45

sendiri diatas kepentingan perseroan dapat digugat oleh pemegang saham minoritas sebagaimana yang telah diuraikan diatas.

UU PT juga menegaskan bahwa dalam *derivative action*, harus terdapat pihak-pihak sebagai berikut:¹⁴

1. Pihak Penggugat, yaitu 1 atau lebih pemegang saham yang menggugat secara *voluntair*
2. Pihak Tergugat yaitu Direksi atau Dewan Komisaris
3. Pihak yang Kepentingannya Diwakili oleh Penggugat yaitu Perseroan

Dalam praktiknya di Indonesia, kasus yang berkaitan dengan *derivative action* akan dijelaskan lebih lanjut pada bagian ketiga rumusan permasalahan makalah ini.

D. *Derivative Action v Class Action*

‘Rompi’ kekuasaan dan kontrol perusahaan selama ini adalah ditangan beberapa orang yang secara kolektif dikenal sebagai majemen.¹⁵ Manajemen perusahaan adalah institusi yang menjalankan perusahaan sesuai dengan tujuan dan kepentingan perusahaan tersebut didirikan. Karena manajemen (dalam hal ini direksi) menjadi representative dari perusahaan, maka akan rentan muncul *power* yang cukup besar dan bias berakhir dengan penyalahgunaan. Hal inilah yang perlu diperhatikan agar hierarki kekuasaan tidak sampai menciderai hak para pemegang saham yang juga memiliki peran penting dalam berjalannya suatu perseroan. Dalam kebanyakan kasus semacam itu, ada tindakan korporasi yang tepat, namun dalam beberapa situasi hanya ada tindakan hak individu oleh pemegang saham, yang apabila dilihat sangat tidak adil bila hukum tidak mengakomodasi *shareholders* untuk memproteksi dirinya.¹⁶

Oleh karena itu, kemunculan konsep *derivative action* dianggap sangat penting untuk menjadi *defense* apabila dikemudian hari terjadi hal-hal yang tidak diinginkan. Lantas apa yang membedakan konsep *derivative action* dengan *class action*?

Derivative action dapat diartikan sebagai tindakan yang dilakukan oleh *shareholders* tunggal atas nama korporasi terhadap direksi yang bertindak diluar *company interest*. Sedangkan *class action* adalah tuntutan yang diajukan oleh beberapa *shareholders* terhadap direksi karena terdapat penyelewengan hak-hak para *shareholders*. Tetapi apabila cedera ditimbulkan pada perusahaan itu sendiri oleh mereka yang memegang kendali, seperti ketika aset perusahaan terbuang atau digunakan dengan cara yang bertentangan dengan ketentuan perusahaan, mengakibatkan penurunan nilai saham pemegang saham, perusahaan memiliki hak untuk mengajukan tuntutan untuk memperbaiki kesalahan. Apabila direksi yang *suspect* bersalah tidak mau dituntut, maka *shareholders* dapat meminta untuk diadakan RUPS dan mengganti direksi bermasalah tersebut.

Dua bentuk tindakan perwakilan secara umum diakui *derivative action* dan *class action* memiliki perbedaan, yaitu: *class action* mengakomodasi tuntutan beberapa anggota suatu ‘kelas’ tersebut untuk satu tujuan, sedangkan *derivative*

¹⁴ Munir Fuady, *Doktrin-doktrin Modern Dalam Corporate Law & Eksistensinya Dalam Hukum Indonesia*, Bandung: PT Citra Adhitya Bakti, 2002, hal 75

¹⁵ Stephen Myson et al, *Company Law*, London: Oxford University Press, 2004

¹⁶ Andrew Keay, Assessing and Rethinking The Statutory Scheme for Derivative Actions Under The Companies Act, *Journal of Corporate Law Studies*, 2016

action mengajukan tuntutan kepada direksi atas nama perusahaan. Penggugat adalah pemegang saham, tergugat dapat berupa direksi, pemegang saham pengendali, dan pihak lain, bila orang-orang yang memimpin urusan korporasi gagal mengambil tindakan yang tepat dan menjalankan tugasnya.¹⁷

II. PERBEDAAN PEMBERLAKUAN *DERIVATIVE ACTION* DI NEGARA PENGANUT SISITEM HUKUM *COMMON LAW* DAN *CIVIL LAW*

A. *Derivative Action* di Negara Penganut Sistem Hukum *Common Law*

Banyak ahli hukum menilai bahwa negara-negara dengan sistem hukum *common law* menerapkan perlindungan *minority shareholders* lebih baik dibandingkan dengan negara *civil law*.¹⁸ Berdasarkan survey yang diadakan La Porta, para analis dan ahli hukum menyimpulkan bahwa kualitas perlindungan *minority shareholders* adalah berdasarkan yurisdiksi masing-masing negara yang berakar pada sistem mana yang digunakan oleh negara tersebut.¹⁹ Bank Dunia juga merilis 10 indikator kemudahan untuk memulai bisnis di suatu negara,²⁰ yaitu:

1. Kepastian aturan hukum
2. Kemudahan perizinan
3. Sumber tenaga listrik memadai
4. Kemudahan dalam pendaftaran aset
5. Kemudahan mendapatkan pinjaman
6. Perlindungan investor
7. Pajak
8. Perdagangan lintas batas
9. Kepatuhan pada isi kontrak atau perjanjian
10. Resolving insolvency

Dilihat dari asal mula *derivative action* lahir yaitu di Inggris, tidak heran rasanya bila kemudian Inggris dan negara-negara jajahan serta negara yang menggunakan sistem hukum yang sama, menerapkan perlindungan *minority shareholders* yang lebih baik. Berikut ini adalah ilustrasi pelaksanaan *derivative action* di negara-negara penganut sistem hukum *common law*, yaitu Inggris, Kanada dan Jepang.

1) Inggris

Pemisahan kepemilikan dan kontrol dipandang sebagai salah satu fitur dasar perusahaan modern. Apabila pemegang saham dikatakan sebagai pemilik korporasi, kekuatan untuk mengelola korporasi didelegasikan kepada dewan direksi.²¹ Dalam kebanyakan keadaan, pemegang saham pengendali

¹⁷ Meaning, *The American Stockholder*, Yale University Press, 2008

¹⁸ Alexandra Stylianou, Evolution of The Derivative Action As An Enforcement of Right Mechanism Under The Companies Act 71 of 2008, *Pretoria Corporate Law Journal*, 2016

¹⁹ Mark J. Loewenstein, Shareholder Derivative Litigation and Corporate Governance, *Delaware Journal of Corporate Law*, 1999

²⁰ Doing Business, *Economy Rangkaing*, www.doingbusiness.org/

²¹ Reinier R. Kraakman et al, *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford Univ. Press, 2004

mendominasi perusahaan melalui kontrol mereka atas dewan direksi. Peraturan pemegang saham pengendali erat kaitannya dengan peraturan direksi.²²

Kerangka hukum pengaturan perilaku direksi dapat digunakan baik secara langsung maupun tidak langsung dalam pengaturan pengendalian pemegang saham. Pendekatan langsungnya adalah mengidentifikasi pemegang saham pengendali sebagai direktur bayangan, kemudian mengarahkannya ke kewajiban tertentu yang harus dibayar oleh direktur *de jure*; Pendekatan tidak langsung adalah menahan direktur *de jure* bertanggung jawab atas pelanggaran tugas mereka jika mereka tunduk pada kehendak pemegang saham pengendali dan selanjutnya mengendalikan kepentingan pemegang saham atas biaya perusahaan.

Direksi memiliki *fiduciary duty* untuk bertindak dengan itikad baik demi kepentingan terbaik perusahaan, yang telah ditafsirkan oleh hukum kasus Inggris untuk maksud kepentingan pemegang saham sebagai sebuah kelompok. *Fiduciary duty* memiliki beberapa segi. Secara subjektif, mereka harus bertindak dengan keyakinan baik bahwa perilaku mereka adalah kepentingan terbaik korporasi; dan secara obyektif, mereka harus bertindak dengan tujuan yang benar, tidak boleh melepaskan kebijaksanaan mereka, dan tidak membiarkan kepentingan pribadi menghalangi tugas mereka. *Fiduciary duty* mengharuskan seorang direktur untuk membuat pengungkapan penuh benturan kepentingan dan mendapatkan persetujuan pemegang saham setiap kali perusahaan melakukan transaksi dengan direktur. Pelanggaran terhadap tugas ini akan membuat transaksi konflik-kepentingan dibatalkan pada saat perusahaan; direktur pelanggar akan bertanggung jawab atas keuntungan yang dia hasilkan dan kerugian yang diderita perusahaan akibat transaksi tersebut.

Selanjutnya, berdasarkan ketentuan Companies Act 2006 ("CA2006"), jika pihak ketiga telah memperoleh manfaat dari pelanggaran tersebut, perusahaan juga berhak mendapatkan pemulihan dari pihak ketiga tersebut.

Selain *fiduciary duty*, direksi juga berutang tugas hukum untuk menggunakan keterampilan dan perawatan yang masuk akal. Standar ini dulu murni subjektif; Setelah elemen obyektif diperkenalkan ke standar pada akhir tahun 1980an, ini menjadi standar "dua kali lipat" yang berkaitan dengan fungsi dan kemampuan direktur tertentu dan keadaan perusahaan. Terlepas dari perkembangan ini, tugas keterampilan dan perawatan tidak pernah ditegakkan dengan kuat, dan hanya memainkan peran terbatas dalam peraturan direktur.²³

Derivative Action

Jika direktur *de jure* atau direktur bayangan melanggar tugasnya, hak untuk menegakkan tugas ada di tangan perusahaan, yang biasanya berarti dewan direksi atau rapat umum pemegang saham ("GM") harus jadilah organ yang tepat untuk menuntut direktur yang melanggar. Terkadang, bagaimanapun, badan-badan yang sah ini mungkin gagal untuk bertindak. Misalnya, direktur bayangan default yang memegang blok pengendali saham tidak akan pernah memilih resolusi di GM untuk menuntut dirinya sendiri. Tindakan derivatif – individu pemegang saham yang menuntut atas nama perusahaan - dengan demikian diperlukan untuk menyembuhkan yang salah. Sebelum CA2006,

²² Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, 2002

²³ Samantha Tang, *Derivative Actions in Singapore and Hongkong*, *Centre for Asian Legal Studies Journal*, 2017

peraturan tersebut mengatur ketersediaan tindakan derivatif oleh minoritas disebut aturan *Foss v. Harbottle* (bersama dengan pengecualiannya), dimana tindakan derivatif tidak diperbolehkan kecuali pemegang saham minoritas penggugat dapat menunjukkan "kecurangan pada minoritas "dan" kontrol yang salah".

Hal ini sering disebut dengan aturan penggugat yang tepat, dan alasan utamanya adalah bahwa tugas fidusia bertanggung jawab kepada perusahaan, bukan pemegang saham individual. Aturan defaultnya adalah dewan memiliki hak untuk menuntut, namun GM dapat menuntut jika dewan tidak dapat atau tidak mau menuntut.²⁴ GM dapat membuat keputusan dengan mayoritas sederhana

Tindakan derivatif tidak akan diizinkan jika ch tindakan allenged telah diotorisasi atau diratifikasi secara efektif, atau, jika pengadilan puas bahwa seseorang yang bertindak sesuai dengan tugas umum direksi untuk mempromosikan keberhasilan perusahaan tidak akan berusaha untuk melanjutkan klaim. Jika tidak, tidak ada kecurangan atas kontrol minoritas atau kesalahan akan menjadi prasyarat untuk melakukan tindakan derivatif. Namun, ini tidak berarti proposisi pengadilan akan memiliki perbedaan substansial. Telah disampaikan bahwa berdasarkan ketentuan undang-undang yang baru, di mana ratifikasi tersebut mempengaruhi kecurangan pada hak minoritas, Pengadilan dapat membiarkan tindakan derivatif berlanjut. Jika salah dapat diratifikasi secara efektif, kemungkinan Pengadilan akan dapat menunda kasus tersebut untuk memungkinkan sebuah pertemuan diadakan

2) Kanada

Kanada berada pada posisi 5 sebagai negara dengan *concern* sangat besar pada perlindungan *minority shareholders*. Pengaturan mengenai *derivative action* ada dalam *Canada Business Corporation Act* (CBCA) Article 239 yaitu "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."²⁵

Hukum Kanada memberikan kesempatan yang sama bagi *majority either minority shareholders* untuk mengajukan gugatan derivatif atas nama perseroan akibat tindakan direksi yang tidak sesuai dengan kepentingan perusahaan. Aturan-aturan yang dibuat berfungsi untuk menyeimbangkan hak antara pemegang saham mayoritas dan minoritas sehingga tidak ada yang merasa dikesampingkan.²⁶ CBCA memberikan aturan tegas dengan membagi tiga preseden yang harus dipenuhi apabila *shareholders* hendak mengajukan *derivative action*, yaitu:

1. Penggugat harus memberikan notifikasi kepada tergugat (direktur perusahaan atau *subsidiary*) tidak lebih dari 14 hari sebelum gugatan didaftarkan ke pengadilan.

²⁴ (Lihat Victor Joffe dkk., Pemegang Saham Minoritas: Hukum, Praktik dan Prosedur, Butterworth, 2004, pp2-3).

²⁵ Canada Business Corporation Act (CBCA), RSC 1985, c C-44

²⁶ Yohana Gadaffi and Miriam Tatu, Derivative Action Under The Companies Act 2015: New Jurisprudence or Mere Codification of Common Law Principles?, *Strathmore Law Journal*, August 2016

2. *Derivative action* harus dilandasi gagasan untuk bertindak dengan itikad baik (*good faith*)²⁷, hukum Kanada berusaha untuk mencegah balas dendam pribadi, penggugat juga harus membuktikan bahwa tindakan tersebut *prima facie* untuk kepentingan korporasi
3. *Derivative action* harus dilakukan oleh *shareholders* dengan dan atas nama perseroan, sehingga apabila *shareholders* mengajukan tuntutan atas nama pribadi, pengadilan tidak dapat menerima gugatan tersebut

Derivative action adalah salah cara proteksi *minority shareholder* yang sangat penting agar tidak dikesampingkan dalam tindakan *majority shareholders* dan *management*. *Derivative action* juga menghindarkan direktur dari penggunaan kekuasaan secara sembarangan atau menyalahi kepentingan perseroan. Bruce Welling menyebaut *statutory representative action* sebagai “*the minority shareholder’s sword to the majority’s twin shields of corporate personality and majority rule.*”²⁸

3) Jepang

Hukum perseroan Jepang yang telah ada sejak tahun 1950, mengadopsi hukum Amerika dalam hal *derivative action*. Berdasarkan Kaisha Ho, Law No. 86/2005, yang dimaksud dengan *derivative action* adalah gugatan atas nama Perseroan terhadap pendiri, Direksi dalam pendirian, auditor perseroan dalam pendirian, manajemen atau likuidator, permohonan penyelenggaraan RUPS, permohonan pemeriksaan terhadap perseroan dan permohonan pembubaran perseroan.²⁹

Shareholders dapat melakukan gugatan *derivative* asalkan telah memiliki saham selama paling sedikit 6 bulan dengan jumlah tidak kurang dari tiga per-seratus (3/100) dan telah meminta persetujuan Perseroan.³⁰ Persyaratan kondisional lainnya berupa pemberian jaminan terlebih dahulu dalam hal Penggugat mengajukan permohonan tersebut.

Tujuan syarat enam bulan kepemilikan saham di Jepang adalah untuk menghindari terjadinya pembelian gugatan.³¹ Maksudnya agar jangan sampai ada pihak yang membeli saham karena akan mengajukan gugatan *derivative* tersebut yang tidak sepatasnya dilakukan dan melanggar prinsip-prinsip keadilan.³² Tetapi jangka waktu tersebut juga memiliki aturan kompromi lainnya dalam Article 847 Kaisha Ho, Law No. 86/2005, pemegang saham yang memiliki saham terus menerus sebelumnya selama enam bulan atau lebih (atau jangka waktu yang lebih pendek ditentukan dalam anggaran dasar) dapat mengajukan gugatan *derivatif*.³³ Dalam hal anggaran dasar menentukan jangka

²⁷ CBCA, *supra* note 8, s 239 (2) (b)

²⁸ Bruce Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles 3 edition*, London: Scribbles Publishing, 2002

²⁹ Dan W. Puchniak and Masafumi Nakahigashu, Japan’s Love for Derivative Actions: Irrational Behavior and Non-Economic Motives and Rational Explanations for Shareholder Litigation, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2012

³⁰ Mathias M. Siems, “Private Enforcement of Directors’ Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon”, 16 November 2010

³¹ Scott H. Mollett, “Derivative Lawsuit Outside of Their Cultural Context: The Divergent Examples of Italy and Japan”, *University of San Fransisco Law Review* 43:3, 2009

³² Munir Fuady, *Op.Cit*, Hal 89-90

³³ Kaisha Ho, Law No. 86/2005 Article 847 (3)

waktu yang lebih pendek dari enam bulan, maka ketentuan mengenai persyaratan ini tunduk pada anggaran dasar tersebut.

Sementara mengenai pihak-pihak yang dapat dijadikan tergugat dalam *derivative action* berdasarkan Kaisha Ho, Law No. 86/2005 Article 847 (3) adalah Direksi, auditor perseroan, pihak manajemen yaitu penasihat keuangan, direksi, petugas eksekutif, dan likuidator.

Pada permohonan penyelenggaraan RUPS dan permohonan pemeriksaan terhadap perseroan mensyaratkan hal yang sama dengan gugatan *derivative* lainnya, kepemilikan saham selama 6 bulan dengan jumlah tidak kurang dari 3/100 dan telah mendapat persetujuan dari perseroan. Sedangkan dalam hal permohonan pembubaran perseroan, Penggugat harus memberikan jaminan terlebih dahulu dan harus berupa jaminan yang layak. Pihak-pihak dalam *derivative action* pada praktiknya di Jepang adalah:

1. Pihak Penggugat, yaitu 1 orang atau lebih pemegang saham
2. Pihak Tergugat; Direksi dan Manajemen
3. Pihak yang kepentingannya diwakili oleh Penggugat (perseroan)

Keunikan lain dari *derivative action* yang berlaku di Jepang adalah pemegang saham dapat meminta Perseroan untuk mengajukan gugatan terhadap pendiri, Direksi dalam pendirian, auditor perseroan dalam pendirian, pihak manajemen atau likuidator agar memenuhi kewajibannya.³⁴ Selain itu *derivative action* juga dapat ditujukan kepada Perseroan.

B. *Derivative Action* di Negara Penganut Sistem Hukum *Civil Law*

Apabila *derivative action* sangat diakui di negara-negara *common law* sebagai bentuk perlindungan *minority shareholders*, tidak demikian halnya yang terjadi pada negara-negara *civil law*. Perlindungan pemegang saham minoritas belum menjadi fokus penting ketika terjadi permasalahan yang disebabkan oleh tindakan direktur yang dianggap merugikan pemegang saham secara khusus dan perusahaan secara umum.

Berikut ini ilustrasi pelaksanaan *derivative action* di tiga negara penganut sistem hukum *civil law*, yaitu Ukraina, Jerman dan India.

1) Ukraina

Ukraina adalah salah satu negara ‘muda’ karena baru merdeka pada tahun 1991, sehingga perkembangan untuk aturan perlindungan *minority shareholders* nya juga masih terbilang baru apabila dibandingkan dengan Jerman. Ukraina menempati posisi 111 dari sebuah survey yang diadakan oleh *World Bank* yang berisi negara-negara dengan proteksi terbaik terhadap pemegang saham dalam perusahaan,³⁵ artinya Ukraina masih sangat minim menerapkan perlindungan kepada *minority shareholders*. Sebagai negara dengan sistem ekonomi komunis, Ukraina tidak memiliki ‘tradisi’ pasar bebas karena aset-aset penting dimiliki oleh pihak yang berkuasa.

³⁴ Lefilia Erlita dan Wenny Setiawati, Pengaturan Mengenai Gugatan Derivatif Ditinjau Dari Perbandingan Tiga Peraturan Perundang-undangan di Negara Indonesia, Singapura dan Jepang: Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas, Companies Act (Cap 50, 1994 Rev Ed), dan Kaisha Ho, Law No.86/2005, Makalah Ilmiah, Fakultas Hukum Universitas Indonesia

³⁵ *Op.Cit, Doing Business*

Dalam praktik hukum korporasi, Ukraina menganut konsep *separation of a legal entity* yang artinya hanya direktur lah yang berhak mewakili dan mengajukan gugatan atas nama perusahaan. Tidak ada hak yang dimiliki oleh pemegang saham baik minoritas maupun mayoritas untuk melakukan hal yang sama dengan direktur karea direktur sebagai *representative of a company*. Oleh karena itu, pada awalnya Ukraina tidak familiar dengan konsep *derivative action*, hingga seorang ahli hukum bernama O. Vinnik menuliskan ide dan pemikiran mengenai *derivative action* dalam buku³⁶ dan artikel³⁷ sebagai mekanisme dari hak yang dimiliki pemegang saham dalam menjalankan bisnis di perusahaan.³⁸ Selain itu, sebagai salah satu anggota dari Uni Eropa, Ukraina juga harus emngadopsi sejumlah peraturan yang berlaku dalam UE salah satunya mekanisme *derivative action*.

Diatur dalam *Commercial Procedural Code of Ukraine*, *derivative action* pada praktiknya dilakukan melalau bebarapa cara. Apabila tindakan direktur dirasa menyalahi hak *shareholders* dan membuat perusahaan merugi, maka *majority shareholders* dapat membuat resolusi dalam RUPS mengenai apa yang harus dilakukan direktur sebagai konsekuensinya. Tetapi apabila direktur tetap tidak patuh pada resolusi yang dibuat oleh pemegang saham mayoritas, maka ada beberapa langkah yang biasa dilakukan, yaitu³⁹:

1. Mengadakan RUPS yang isisnya adalah memilih direktur baru untuk menggantikan direktur yang *suspect* melakukan tindakan tidak sejalan dengan *interest of company*. Direktur baru yang terpilih ini dapat melakukan gugatan derivatif pada direktur lama.
2. *Shareholders* dapat melaporkan direktur *suspect* melalui jalur pidana sekaligus perdata. Penyertaan *civil lawsuit* dalam perkara pidana korporasi adalah hal yang biasa terjadi di Ukraina

Apabila dilihat dari ilustrasi diatas, dapat dilihat bahwa secara teoritis, hanya *majority shareholders* lah yang dapat melakukan gugatan kepada direksi apabila terjadi hal-hal diluar dugaan. Dalam hal direktur sebagai eksekutor pelaksana dari suatu perusahaan, hak pemegang saham minoritas sangat mungkin tercederai tanpa dapat menggunakan *derivative action* sebagai cara memproteksi haknya.⁴⁰

2) Jerman

Perkembangan pesat sebagai negara maju tidak hanya di Eropa tetapi juga didunia, membuat Jerman memiliki aturan hukum yang kuat baik dalam *private* maupun *public*. Apabila Ukraina menempati posisi 111 dalam survey *World Bank* mengenai perlindungan *minority shareholders*, Jerman menempati posisi 97. Tetapi sayangnya, perlindungan akan *minority shareholders* di Jerman tidak berbeda jauh dengan yang terjadi di Ukraina karena hukum Jerman tidak

³⁶ O Vinnik, *Commercial Law in Ukraine*, (Kyiv: Jurincom-Inter, 2008)

³⁷ O. Vinnik, "On The Question About The Improvement of Doing Business Association in Ukraine" *Pravo Ukarine*, 2009

³⁸ *Ibid*

³⁹ *Commercial Procedural Code of Ukraine*

⁴⁰ Iushchenko Igor Sergiiovych, Protecting Minority Shareholders in Civil and Common Law Systems: Canadian, Ukrainian and German Examples, *Nova Scotia Law Journal*, 2012

mengakomodasi *shareholders* untuk ‘melawan’ direksi perusahaan sekalipun tindakan mereka menyalahi kepentingan perusahaan.⁴¹

Pertanyaan yang mungkin akan muncul adalah, apabila *shareholders* tidak dapat melakukan *derivative action* kepada perusahaan, bagaimana bila direksi dari perusahaan melakukan tindakan yang mengancam keberlanjutan perusahaan?

Jawabannya adalah melalui pemberlakuan dua elemen dalam hubungan bisnis yaitu *duty of care* dan *duty of loyalty*.⁴² *Duty of care* diatur dalam Article 43 of *Private Limited Companies Act*, menegaskan pentingnya prinsip kehati-hatian yang harus dijadikan dasar bagi management perusahaan dalam menjalankan bisnisnya.⁴³ Sedangkan *duty of loyalty* adalah hubungan baik yang terjalin haruslah antara direksi dengan *shareholders* maupun antara *shareholders* berdasarkan *personal trust*.⁴⁴ Pengaturan *duty of loyalty* tidak diatur secara khusus dalam undang-undang, tetapi diakui dalam praktek peradilan di Jerman.

Dalam hukum korporasi Jerman, tidak ada *legal standing* bagi *minority shareholders* untuk melakukan *derivative action* untuk melindungi hak dan kepentingannya. Berdasarkan Article 46 (8) *The Private Limited Companies Act*, secara implisit menyatakan bahwa *shareholders* dalam suatu kondisi tertentu dapat melakukan tindakan untuk melindungi dirinya sendiri, tetapi hal itu hanya dapat dilakukan oleh *majority shareholders*.⁴⁵ Oleh karena itu, gugatan kepada direktur yang melakukan tindakan diluar *interest of company* sangat jarang terjadi dan kemungkinan kecil untuk memperoleh kemenangan.⁴⁶

3) India

Pelaksanaan *derivative action* di India juga mengalami beberapa keterbatasan, yang utama adalah tidak adanya definisi yang jelas mengenai apa itu *derivative action* dalam pelaksanaannya.⁴⁷ Namun, terlepas dari implikasi positif dari tindakan derivatif untuk kepercayaan investor dan tata kelola perusahaan, ada kebutuhan serius untuk mewaspadaai konsekuensi pemberian kekuatan tak terkendali tersebut kepada pemegang saham suatu perusahaan. Sebagai konsekuensi dari tindakan derivatif, pemegang saham yang memegang satu saham di perusahaan dapat mengajukan tuntutan di hadapan pengadilan atas tuduhan bahwa telah terjadi beberapa kesalahan /penyimpangan dalam pengelolaan perusahaan. Pengadilan kemudian diwajibkan untuk memutuskan dua pertanyaan: Pertama, apakah kasus yang didengar tersebut adalah kasus yang sah bagi pemegang saham yang mengajukan klaim atas hak derivatifnya di perusahaan? Kedua, jika pertanyaan di atas dijawab dengan tegas, Pengadilan harus mempertimbangkan kelebihan kasus dan memutuskan masalahnya dalam

⁴¹ Yuliya Treschinskaya, *Protection of Members of Limited Liability Companies in Ukraine in Comparison with Germany*, (LLM Short Thesis, Central European University, 2008)

⁴² Sandra Miller, “Minority Shareholders Oppression in The Private Company in The European Community: A Comparative Analysis of German, United Kingdom and French”, *Close Corporation Problem*, 1997

⁴³ Pierre-Henri Conac, Luca Enriques, et al, *Enforcing Self-dealing Constrains on Dominant Shareholders in Europe*, University of Berkeley (online)

⁴⁴ *Op.Cit*, Yuliya Treschinskaya

⁴⁵ *The Private Limited Companies Act*

⁴⁶ Reiner Kraakman et al, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, (New York: Oxford University Press, 2004)

⁴⁷ J.J Irani, “Committee Report on Company Law Chapter VI Journal”, 2006

sengketa apakah manajemen Perusahaan bersalah karena kecurangan atau tidak?⁴⁸

Berikut ini adalah beberapa masalah yang mungkin timbul dari *derivative action* di India:

- a. Tujuan peraturan penggugat yang tepat di *Foss v. Harbottle* hilang karena pintu air sekarang telah dibuka bagi setiap anggota perusahaan untuk mengajukan tuntutan kepada manajemennya di pengadilan. Inti dari peraturan di atas adalah bahwa hanya partai yang benar yang diizinkan mendekati pengadilan untuk menghindari proses pengadilan yang sembarangan.⁴⁹ Hak derivatif hanya membuka gerbang untuk meningkatkan volume kesembronoan semacam itu.
- b. Sistem peradilan India sudah berada dalam tekanan, beban kerja dan tekanan dari penumpukan kasus. Beban kasus mereka menunggak, dengan pendengaran kasus telah menjadi fenomena nasional di Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung dengan berbagai pihak berwenang membuat referensi tentang bahaya yang akan terjadi jika kesendirian semacam itu diizinkan untuk terus menumpuk. Memberi pemegang saham kekuatan untuk mengajukan tuntutan di pengadilan hanya akan mengakibatkan peningkatan pendency kasus.⁵⁰
- c. Telah diamati di negara lain, di mana praktik tindakan derivatif telah lazim untuk jangka waktu yang lebih lama sehingga "banyak tuntutan semacam itu" salah arah karena memberi penghargaan kecil kepada penggugat mereka, dan merupakan klaim terburuk, sembrono yang dirancang untuk memeras penghargaan biaya pengacara sehingga tuntutan yang diajukan penggugat bergantung dengan biaya pengacara yang disewa⁵¹.
- d. Biaya yang dikeluarkan tidak sedikit, begitu pula dengan waktu
- e. Salah satu kritik paling penting dari pakaian derivatif adalah bahwa hal itu tidak efektif untuk diberlakukan di India karena: (1) hanya ada sedikit bukti mengenai pencegahan spesifik, dengan hanya meningkatkan pergantian manajemen puncak di perusahaan yang dituntut; (2) Ancaman umum mungkin lemah; dan (3) ada campuran bukti manfaat tidak langsung, khususnya keuntungan bagi pemegang saham blok.
- f. Kelemahan terakhir dan terpenting sehubungan dengan tindakan derivatif dalam kerangka kerja India adalah ketidakhadirannya sepenuhnya dari RUU Perusahaan, 2009. Masalahnya tidak hanya seperti yang telah diidentifikasi di atas, yaitu implikasi apa dari tindakan derivatif yang diakui oleh Pengadilan namun tidak oleh Parlemen India? Masalah lain adalah bahwa, sehubungan dengan tindakan derivatif, tidak cukup hanya mendefinisikan dan menyediakan tindakan derivatif. Ketentuan hukum harus meletakkan pedoman untuk pelaksanaan hak tersebut dan harus menyediakan parameter atau batasan untuk memastikan tidak adanya proses pengadilan yang sembrono dan untuk

⁴⁸ Dr. Gyanendra Kumar Sahu, *Op.Cit*,

⁴⁹ Julia Tang, Shareholders Remedies: Demise of Derivative Claim?, *UCL Journal of Law and Jurisprudence*

⁵⁰ Avtar Singh, "Company Law Edition 15" 2011

⁵¹ Josep A. Grundfest, "Why Disimply?", 108 Harvard Law Review 727, 2008

mengurangi cakupan penyalahgunaan ketentuan. Jika legislatif gagal dalam hal ini, mungkin tanggung jawabnya kemudian jatuh ke pengadilan untuk mengeluarkan peraturan dan pedoman dalam bentuk undang-undang peradilan seperti yang telah dilakukan pada kesempatan sebelumnya.

C. Analisa Putusan *Derivative Action* Dalam Gugatan *PT Fukuafu Indah v PT Newmont Nusa Tenggara* Dengan Nomor 02/Pdt.G/2010/PN.Jkt.Sel

1. Tuntutan Penggugat

Dalam gugatan bernomor 02/Pdt.G/2010/PN.Jkt.Sel., bertindak sebagai Penggugat adalah PT Fukuafu Indah selaku pemegang saham 20% dari PT Newmont Nusa Tenggara melawan Martiono Hadianto, Direktur PT Newmont Nusa Tenggara sebagai Tergugat I dan Martiono Hadianto yang bertindak atas nama pribadi sebagai Tergugat II. Duduk perkara dimulai ketika Penggugat yang merupakan pemilik awal dari Wilayah Kontrak Pertambangan PT. Newmont Nusa Tenggara 1986 merasa tidak diberitahu mengenai putusan arbitrase internasional yang terbit pada tanggal 31 Maret 2009 yang pihaknya adalah Menteri ESDM sebagai Penggugat dan PT Newmont Nusa Tenggara sebagai Tergugat. Adapun isi dari Keputusan Arbitrase Internasional tanggal 31 Maret 2009 tersebut ditolak seluruhnya oleh PT Fukuafu Indah karena berisi poin-poin sebagai berikut:

1. Memerintahkan PT. Newmont Nusa Tenggara untuk melaksanakan Kontrak Karya, Pasal 24 ayat 3.

Alasan penolakan penggugat adalah berkewajiban untuk melaksanakan Pasal 24 ayat 3 Kontrak Karya Pertambangan PT. Newmont Nusa Tenggara adalah Pemegang Saham Asing yaitu Newmont Indonesia limited dan Nusa Tenggara Mining Coporation

2. Menyatakan PT. Newmont Nusa Tenggara telah lalai (melanggar perjanjian) divestasi.

Penggugat menolak keseluruhan Putusan Pengadilan Arbitrase Internasional ini karena PT. Newmont Nusa Tenggara tidak memiliki saham divestasi karena itu tidak wajib melakukan divestasi sehingga tidak mungkin “in default (breach of agreement)”

3. Memerintahkan PT. Newmont Nusa Tenggara untuk melakukan divestasi 17 % saham yang terdiri dari 3% saham 2006 dan 7 % saham 2007 kepada Pemerintah, 7 % saham 2008 akan divestasikan kepada Pemerintah Indonesia. Segala kewajiban akan diselesaikan dalam 180 hari sebagai pelaksanaan dari penetapan/putusan.

4. Saham-saham divestasi tersebut bersih dan bebas dari segala jaminan dan sumber dana untuk pembelian saham divestasi tidak akan menjadi urusan dari PT. Newmont Nusa Tenggara; Bahwa pihak-pihak yang tidak bertanggung jawab telah merekayasa untuk menerbitkan Putusan Pengadilan Arbitrase Internasional yang mengharuskan saham-saham divestasi tersebut harus bebas dari jaminan (“Clean and Clear”)

Penggugat merasa tidak tahu apa-apa mengenai proses dan putusan arbitrase tersebut sehingga meminta kepada Tergugat I untuk melakukan pertemuan sekaligus RUPS. Selain itu Penggugat juga meminta keseluruhan berkas dokumen selama arbitrase berlangsung kepada Tergugat I tetapi tidak

mendapatkan jawaban yang memuaskan. Penggugat menganggap bahwa Tergugat I dan II melakukan perbuatan melawan hukum tetapi tanpa memberikan rincian atau detail dari perbuatan yang disangkakan. Oleh karena putusan arbitrase internasional tersebut dirasa merugikan Penggugat, maka berikut ini tuntutan Penggugat:

1. Dalam gugatannya meminta Tergugat I untuk membayar denda materiil sebesar Rp 26 Juta dolar Amerika Serikat
2. Kerugian secara immaterial yang juga dirasakan oleh Penggugat karena menganggap putusan arbitrase tersebut mencemarkan nama baik dan menjatuhkan kredibilitas perusahaan, menuntut ganti rugi sebesar Rp 1 Milyar dolar Amerika Serikat
3. Menuntut uang paksa (dwangsom) sebesar Rp 500 Juta/hari untuk setiap hari atas keterlambatan putusan pelaksanaan

2. Eksepsi Tergugat I

1. Apabila penggugat menginginkan seluruh dokumen putusan arbitrase kepada direksi, Penggugat harusnya mengajukan permohonan bukan gugatan. Dasar hukum Pasal 138 (2) UU PT
2. Penggugat dianggap memiliki *legal standing* untuk mengajukan gugatan
3. Gugatan Penggugat kabur (*Obscuur Libel*):
 - a. *Obscuur Libel 1*
Penggugat tidak merinci perbuatan melawan hukum yang disangkakan pada Tergugat I, padahal sesuai Pasal 1365 KUHPerdara, bentuk dari perbuatan melawan hukum harus dijelaskan secara rinci
 - b. *Obscuur Libel 2*
Penggugat mengajukan ganti rugi kepada Tergugat I dengan jumlah besar tetapi tidak disertai dengan rincian dan tujuan pembayaran ganti rugi tersebut
 - c. *Obscuur Libel 3*
Apabila Penggugat belum menerima dokumen putusan arbitrase, bagaimana mungkin Penggugat tahu bahwa salah satu putusan memerintahkan PT NNT untuk divestasi 31%? Sangkaan bahwa Tergugat I memalsukan keterangan dalam arbitrase juga ditolak dengan keras
4. Gugatan kurang pihak, seharusnya Penggugat menyertakan pihak-pihak lain:
 - a. Gugatan seharusnya menyertakan dewan direksi lainnya sebagai tergugat bukan hanya Tergugat I selaku direktur utama
 - b. PT Newmont Nusa Tenggara juga harus diikutsertakan sebagai tergugat
5. Gugatan dianggap salah pihak karena Tergugat I baru diangkat sebagai direktur PT NNT 10 hari sebelum putusan arbitrase internasional terbit, dengan kata lain, Tergugat I dipilih saat gugatan telah berjalan. Sehingga Tergugat I tidak seharusnya dipersalahkan dalam kasus ini

3. Eksepsi Tergugat II

1. Tergugat II tidak memiliki kepentingan hukum dalam gugatan karena bertindak sebagai pribadi dan tidak berkaitan langsung dengan operasional PT NNT
2. Gugatan *error in persona*, Tergugat II adalah pribadi yang tidak memiliki peran dalam PT NNT
3. Gugatan kabur (*Obscuur Libel*) yaitu:
 - a. Petitum bertentangan dengan posita
 - b. Penggugat mencampur gugatan dengan pemeriksaan terhadap perseroan
 - c. Penggugat menuntut ganti rugi secara materiil dan immateriil tanpa menyebutkan rincian

4. Putusan Pengadilan:

1. Majelis hakim menerima sebagian tuntutan karena dianggap memiliki *legal standing* sehingga terhadap Tergugat harus:
 - a. Menyerahkan seluruh risalah dokumen putusan arbitrase internasional kepada Penggugat
 - b. Membayar uang paksa (dwangsom) sebesar Rp 1 juta/hari untuk setiap hari keterlambatan putusan pelaksanaan
2. Penggugat dinyatakan berhak untuk menerima dan mengetahui informasi serta dilibatkan dalam permasalahan di Perseroan
3. Majelis hakim menolak tuntutan Penggugat kepada Tergugat untuk membayar uang ganti rugi materiil dan immaterial karena tidak ada rincian sebagaimana harus disertakan

III. ANALISA PUTUSAN

Dalam ringkasan gugatan diatas dapat dilihat bahwa *shareholders* PT Fukuafu Indah melakukan suatu upaya yang oleh undang-undang dibenarkan untuk dilakukan sebagai bentuk proteksi terhadap saham yang dimilikinya dalam PT NNT. Sebagai *minority shareholders*, PT Fukuafu mengajukan keberatan atas tindakan direksi perseroan yang tidak transparan untuk melibatkan *shareholders* dalam keputusan penting yang dibuat oleh perusahaan.

Tetapi yang kemudian penting untuk dilihat adalah karena PT Fukuafu sebagai Penggugat tidak jeli mencermati kenyataan bahwa Tergugat I baru dipilih sebagai direktur baru 10 hari sebelum putusan arbitrase internasional dikeluarkan, sehingga apabila hendak mengajukan gugatan seharusnya mengajukan gugatan secara keseluruhan kepada direksi. Selain itu, kekurangan dari Penggugat adalah menuntut direktur PT NNT baik secara professional sebagai posisinya sebagai direktur maupun sebagai pribadi. Secara konsep, *derivative actions* dapat diajukan oleh *shareholders* kepada direksi atau manajemen perusahaan, bukan sebagai pribadi.⁵² Penuntutan ganti rugi pada *derivative action* juga dimaksudkan untuk diberikan kembali kepada perseroan, bukan untuk digunakan secara pribadi diluar kepentingan perseroan. Dalam

⁵² Ian M. Ramsay and Benjamin B. Saunders, *Litigation By Shareholders and Directors: An Empirical Study of The Statutory Derivative Action*, *Centre for Corporate Law and Securities Regulation Journal*, 2006

kasus ini, Penggugat tidak merinci besarnya ganti rugi yang dituntutkan kepada Tergugat digunakan untuk apa dan mengapa jumlahnya harus sebesar itu. Ketidakjelasan inilah yang menjadi dasar utama majelis hakim menolak salah satu isi gugatan Penggugat.

Poin berikutnya yang juga harus dicermati adalah, penulis menganggap bahwa direksi PT NNT mengingkari *fiduciary duty to act in good faith* karena tidak melibatkan *minority shareholders* dalam permasalahan perseroan. Dalam salah satu eksepsi Tergugat I disebutkan bahwa *shareholders* tidak harus mengetahui hal-hal pokok yang terjadi dalam perseroan. Pernyataan ini secara jelas menggambarkan seolah-olah *minority shareholders* memiliki keterbatasan peran karena besaran saham yang ditanamkan terhitung kecil dibandingkan *shareholders* lainnya. Penekanan *fiduciary duty to act in good faith* seharusnya menjadi dasar dari prinsip *full disclosure*⁵³ pelaksanaan kegiatan perseroan agar hubungan baik yang tercipta bukan hanya antara manajemen penjalan perusahaan, tetapi juga antara manajemen (dalam hal ini *board of director*) dengan para *shareholders*.

Dalam kasus diatas, *derivative action* telah digunakan sebagai dasar penuntutan *shareholders* kepada perseroan untuk proteksi kepentingan dan hak *shareholders* itu sendiri tetapi penerapannya belum tepat sehingga gugatan yang diterima oleh majelis hakim tidak sesuai dengan gugatan Penggugat.

IV. KESIMPULAN

1. *Derivative action* pertama kali muncul pada putusan *Foss v Harbottle case* tahun 1843 di Inggris yang kemudian menjadi *landmark decision* pada perkara sejenis yang terjadi, baik di Inggris, negara-negara bekas jajahan Inggris maupun negara lainnya. Di Indonesia, *derivative action* diatur pertama kali pada Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, yang kemudian kembali diatur dalam Pasal 61 dan 97 Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. *Derivative action* merupakan mekanisme perlindungan *minority shareholders* dari kesewenang-wenangan direksi sebagai eksekutor pelaksana sebuah perusahaan. *Shareholders* dapat mengajukan gugatan apabila dirasa tindakan direksi dan manajemen perusahaan merugikan pemegang saham maupun membahayakan perseroan tersebut.
2. Bentuk perlindungan *minority shareholders* di negara-negara *common law*, dikatakan jauh lebih baik daripada pada negara-negara *civil law*. Selain karena factor historis awal mula *derivative action* berasal, negara *common law* sangat menjunjung tinggi hak *shareholders* terutama *minority shareholders* agar tidak tercederai oleh tindakan direksi. Selain itu, negara-negara *common law* juga menjunjung tinggi prinsip *fiduciary duty to act in good faith*, sehingga hubungan yang baik tidak hanya terjalin pada manajemen perseroan tetapi juga dengan *shareholders*. Sedangkan beberapa permasalahan yang terjadi di negara-negara *civil law* adalah belum adanya aturan khusus yang menjadi *legal standing* dari *derivative action*, sehingga dalam pelaksanaannya, kans untuk berhasil

⁵³ Chunyan Fan, Challenging Controlling Shareholders in UK Courts, *University of Groningen*, 2008

melalui gugatan ini masih relative rendah. *Mindset* bahwa ‘penggerak’ perseroan adalah *majority shareholders*, menyumbat *common sense* orang mengenai persamaan hak yang seharusnya juga dimiliki oleh *minority shareholders*.

3. Dalam putusan gugatan perdata Nomor 02/Pdt.G/2010/PN.Jkt.Sel, Penggugat adalah PT Fukuafu Indah, *minority shareholders* PT Newmont Nusa Tenggara, melawan Tergugat I direktur PT NNT dan Tergugat II adalah pribadi. Dalam amar putusan majelis hakim menerima sebagian tuntutan Penggugat dikarenakan gugatan mengalami *error in persona* dan *obscuur libel* pada beberapa bagian. Tetapi dapat dilihat bahwa dalam praktiknya di Indonesia, *derivative action* telah diterima dengan baik meskipun penerapannya belum sebaik negara-negara *common law*. Yang perlu diperhatikan lebih kepada detail-detail gugatan sehingga *derivative action* dapat terakomodasi dengan baik melalui lembaga peradilan.

V. Saran

1. Perlu adanya pengaturan secara lebih baik dalam hal *derivative action* dengan mengambil referensi dari negara-negara *common law* yang penerapan *derivative action* nya jauh lebih baik. hal ini sekaligus sebagai jaminan kepastian hukum bagi kemudahan melakukan bisnis di Indonesia.
2. Edukasi mengenai konsep *derivative action* juga perlu untuk ditingkatkan agar kedepannya, masyarakat juga lebih memahami bagaimana mekanisme dan pelaksanaannya dalam hubungan korporasi di Indonesia

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Bainbridge, Stephen M. *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, 2002

Conac, Pierre-Henri. Enriques, Luca, et al. *Enforcing Self-dealing Constrains on Dominant Shareholders in Europe*, University of Barkeley (online)

Fuady, Munir. *Doktrin-doktrin Modern Dalam Corporate Law & Eksistensinya Dalam Hukum Indonesia*, Bandung: PT Citra Adhitya Bakti, 2002, hal 75

Grundfest, Josep A. “Why Disimply?”, 108 Harvard Law Review 727, 2008

Kraakman, Reiner et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, (New York: Oxford University Press, 2004)

Kraakman, Reinier R. et al. *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford Univ. Press, 2004

Kurniawan, *Karakteristik Perusahaan Berbadan Hukum dan Tidak Berbadan Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2014, hal 92

Meaning, *The American Stockholder*, Yale University Press, 2008

Myson, Stephen et al. *Company Law*, London: Oxford University Press, 2004

Redmond, Paul. *Companies and Securities, Commentary and Materials*, The Law Book Company Limited, Sydney, Australia, 1992.

Vinnik, O. *Commercial Law in Ukraine*, (Kyiv: Jurincom-Inter, 2008)

Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles 3 edition*, London: Scribbles Publishing, 2002

Wilamardi, Mishardi. *Hak Pemegang Saham Minoritas Dalam Rangka Good Corporate Governance*, Jakarta: PPs Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2002

Peraturan Perundang-Undangan

Canada Business Corporation Act (CBCA), RSC 1985, c C-44

Commercial Procedural Code of Ukraine, 1995

Kaisha Ho, Law No. 86/2005 Article 847 (3)

The Private Limited Companies Act, Germany, 1984

Putusan PN Jakarta Selatan Nomor 02/Pdt.G/2010/PN.Jkt.Sel

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas

Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas

Jurnal

Fan, Chunyan. "Challenging Controlling Shareholders in UK Courts", *University of Groningen*, 2008

Gadaffi, Yohana and Tatu, Miriam. "Derivative Action Under The Companies Act 2015: New Jurisprudence or Mere Codification of Common Law Principles?", *Strathmore Law Journal*, August 2016

Irani, J.J. "Committee Report on Company Law Chapter VI Journal", 2006

Key, Andrew. "Assessing and Rethinking The Statutory Scheme for Derivative Actions Under The Companies Act", *Journal of Corporate Law Studies*, 2016

Loewenstein, Mark J. "Shareholder Derivative Litigation and Corporate Governance", *Delaware Journal of Corporate Law*, 1999

Miller, Sandra. "Minority Shareholders Oppression in The Private Company in The European Community: A Comparative Analysis of German, United Kingdom and French", *Close Corporation Problem*, 1997

Mollett, Scott H. "Derivative Lawsuit Outside of Their Cultural Context: The Divergent Examples of Italy and Japan", *University of San Fransisco Law Review* 43:3, 2009

- Puchniak, Dan W. and Nakahigashu, Masafumi. "Japan's Love for Derivative Actions: Irrational Behavior and Non-Economic Motives and Rational Explanations for Shareholder Litigation", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2012
- Ramsay, Ian M. and Saunders, Benjamin B. "Litigation By Shareholders and Directors: An Empirical Study of The Statutory Derivative Action", *Centre for Corporate Law and Securities Regulation Journal*, 2006
- Rotem, Yaad. "The Law Applicable to A Derivative Action on Behalf of A Foreign Corporation", *Cornell International Law Journal*, 2013
- Sahu, Gyanendra Kumar. "Investor Protection: The Derivative Action", *International Journal of Law*, May 2017
- Sergiiovych, Iushchenko Igor. "Protecting Minority Shareholders in Civil and Common Law Systems: Canadian, Ukrainian and German Examples", *Nova Scotia Law Journal*, 2012
- Siems, Mathias M. "Private Enforcement of Directors' Duties: Derivative Actions as a Global Phenomenon", *Asian Legal Studies Journal*, 16 November 2010
- Singh, Avtar. "Company Law Edition 15" 2011
- Stenfield, Bryan. "For Better or For Worse? Marriage of The Texas and Model Business Corporation Acts, Derivative Action Statutes and What it Means for Corporations", *Texas Tech Law Review*, 2004
- Stylianou, Alexandra. "Evolution of The Derivative Action As An Enforcement of Right Mechanism Under The Companies Act 71 of 2008", *Pretoria Corporate Law Journal*, 2016
- Tang, Julia. "Shareholders Remedies: Demise of Derivative Claim?", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*
- Tang, Samantha S. "Corporate Avengers Need Not To Be Angels: Rethinking Good Faith In The Derivative Action", *Journal of Corporate Law Studies*, 2016
- Tang, Samantha. "Derivative Actions in Singapore and Hongkong", *Centre for Asian Legal Studies Journal*, 2017
- Treschinskaya, Yuliya. "Protection of Members of Limited Liability Companies in Ukraine in Comparison with Germany", (LLM Short Thesis, Central European University, 2008)
- Zhang, Zhong. "The Shareholder Derivative Action and Good Corporate Governance in China: Why The Excitement is Actually for Nothing", *Pacific Basin Law Journal*

Artikel

_____, Doing Business, *Economy Ranking*,
www.doingbusiness.org/

Foss v Harbottle (1843)

Vinnik, O. "On The Question About The Improvement of Doing Business Association in Ukraine" *Pravo Ukarine*, 2009

Makalah Ilmiah

Erlita, Lefilia dan Setiawati, Wenny. "Pengaturan Mengenai Gugatan Derivatif Ditinjau Dari Perbandingan Tiga Peraturan Perundang-undangan di Negara Indonesia, Singapura dan Jepang: Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas, Companies Act (Cap 50, 1994 Rev Ed), dan Kaisha Ho, Law No.86/2005", Makalah Ilmiah, Fakultas Hukum Universitas Indonesia