

BAB I

HAKIKAT CORPORATE GOVERNANCE

I.I. Pengantar

Corporate governance merupakan satu konsep baru yang sampai saat ini belum tercapai kesepakatan bersama dalam mengartikannya. Para ahli baik ahli ilmu hukum dan ahli ilmu ekonomi, organisasi internasional maupun badan-badan yang dibentuk di beberapa negara, serta komite-komite yang memfokuskan dalam menelaah *corporate governance* memiliki pandangan yang berbeda-beda mengenai hakikat *corporate governance*.

Kesimpang siuran mengenai hakikat *corporate governance* ini akan diuraikan dengan meninjau hakikat dari masing-masing makna yang terdapat dalam frase *corporate governance* yaitu hakikat *corporate* dan hakikat *governance*. Pengupasan hakikat dari kedua kata tersebut dengan menggunakan perspektif ilmu hukum sebagai fokus dari buku ini dan menyibak *corporate governance* dari aspek hukum yang selanjutnya menerangkan hakikat *corporate governance* dari beberapa definisi dengan tidak melepaskan dari konsep dasar dari *corporate* dan *governance* itu sendiri.

Bab ini akan dimulai dengan mengupas hakikat *corporate* atau perusahaan yang menjadi obyek dari UUPT 2007 yaitu tentang perusahaan sebagai badan hukum dan entitas mandiri yang dilanjutkan dengan memahami hakikat *governance* atau pengelolaan. Berikutnya adalah memuat definisi-definisi *corporate governance* dari ahli hukum dan ahli ekonomi, organisasi internasional, serta komite *corporate governance*. Dari definisi tersebut, terdapat dua karakter definisi yaitu *corporate governance* sebagai suatu sistem dan *corporate governance* sebagai model pengelolaan perusahaan. Bab ini diakhiri dengan hubungan antara model

pengelolaan perusahaan dengan hukum perusahaan sebagai satu bagian yang penting untuk memahami ruang lingkup dari buku ini.

1.2. Hakikat Corporate

Meninjau hakikat *corporate* atau perusahaan akan langsung menuju prinsip utama yang melekat pada perusahaan yaitu prinsip perusahaan sebagai badan hukum dan prinsip perusahaan sebagai entitas hukum mandiri. Kedua prinsip hukum yang melekat pada perusahaan merupakan konsep fundamental dalam hukum perusahaan pada umumnya yang dikenal di hampir seluruh negara termasuk dalam sistem hukum perusahaan Indonesia.

Secara normatif, kedudukan perusahaan sebagai badan hukum dan entitas hukum mandiri telah diatur dalam UUPT 2007. Perusahaan sebagai badan hukum secara tegas diatur pada Pasal 1 angka 1 UUPT 2007 yang menyatakan:

“Perseroan Terbatas, yang selanjutnya disebut Perseroan, 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 Undang-Undang ini serta peraturan pelaksanaannya.”

Sedangkan perusahaan sebagai entitas hukum mandiri tidak diatur secara eksplisit dalam UUPT 2007 tetapi dapat ditemukan karakter pada Pasal 3 ayat (1) UUPT 2007 yang menegaskan bahwa:

“Pemegang saham perseroan tidak bertanggung jawab secara pribadi atas perikatan yang dibuat atas nama perseroan dan tidak bertanggung jawab atas kerugian perseroan melebihi saham yang dimiliki.”

Kedua prinsip hukum tersebut seringkali disamaartikan antara satu dengan lainnya meskipun pada kenyataannya mempunyai ruang lingkup yang berbeda antara satu dengan lainnya.

Hampir satu abad yang lalu, Arthur W. Machen Jr. telah menyadari adanya problematika terhadap kesimpangsiuran dari kedua prinsip hukum tersebut.¹ Oleh karena itu, Machen Jr. menjelaskan perbedaan antara perusahaan sebagai badan hukum dan sebagai entitas hukum yang mandiri. Perusahaan sebagai badan hukum

¹ Machen Jr., Arthur W. Februari 1911. *Corporate Personality*, Harvard Law Review Vol. XXIV No. 4 pp. 253-267, hal. 258

menitikberatkan pada melekatnya hak-kewajiban-tanggung jawab dalam diri perusahaan serta berkaitan dengan sejarah berdirinya suatu badan hukum yang dilatar belakangi oleh dua teori besar yaitu teori fiksi dan teori entitas natural. Hal ini berbeda dengan prinsip perusahaan sebagai entitas hukum mandiri. Prinsip hukum ini lebih mengarah pada pemisahan harta dan tanggung jawab antara perusahaan dengan pendiri atau pemegang saham. Kegunaan prinsip hukum ini adalah menentukan secara tegas bagaimana kedudukan harta kekayaan dan tanggung jawab dari perusahaan dengan pemegang saham.

1.2.1. Perusahaan Sebagai Badan Hukum

Prinsip dasar dari perusahaan sebagai badan hukum adalah adanya hak dan kewajiban yang melekat pada dirinya. Dewey dan Maitland berpendapat bahwa setiap *person*, baik *legal person* (badan hukum) maupun *natural person* (manusia), adalah sinonim dari suatu unit yang dilekati hak dan kewajiban (*right-and-duty-bearing unit*).² Dengan kata lain, bahwa munculnya personaliti dalam diri perusahaan karena melekatnya hak dan kewajiban secara bersamaan (*right-and-duty bearing unit*).³ Pemikiran Maitland dan Dewey ini dapat ditafsirkan sebagai hasil pemikiran yang meruntut dari aspek sejarah hukum tentang badan hukum.⁴ Di dalam Hukum Yunani dikenal *persona* sebagai subyek hukum yang dilekati hak dan kewajiban.⁵ *Persona* ini dipergunakan dalam bahasa-bahasa lain, khususnya Bahasa Inggris yang mengenal dengan *personality*.

Dalam konteks hukum perusahaan, *persona* atau *personality* didenotasikan sebagai pihak yang dilekati hak dan kewajiban.⁶ Meskipun perusahaan mempunyai *personality* dihadapan hukum tetapi hak dan kewajibannya tidak identik dengan hak dan kewajiban yang melekat pada manusia natural. Seperti halnya hak untuk

² Dewey, John. April 1926. *The Historical Background of Corporate Legal Personality*, Yale Law Review Vol. XXXV No. 6

³ Ibid, hal. 656

⁴ Huntly, Collin. 2005. *In Search of an Appropriate Analogy for Sports Entities Incorporate under Associations in Corporation Legislation in Australia and New Zealand using Broadly Concieved Corporate law Organic Theory*, Dissertation for Doctor of Philosophy of Law, Murdoch University, hal. 12

⁵ Ibid

⁶ Ibid. hal, 13

menikah atau kewajiban merawat anak sebagai hak dan kewajiban yang hanya melekat pada manusia natural.

Pandangan Dewey dan Maitland tersebut berbeda dengan pemikiran Machen yang berpendapat bahwa pengakuan hukum atas eksistensi perusahaan sebagai 'person' bukan semata-mata karena hak yang melekat padanya. Secara ekstrim, Machen Jr. memberi contoh bahwa binatang mempunyai hak untuk dilindungi tetapi tidak dapat diklasifikasikan sebagai *person*. Oleh karena itu, subyek atas hak bukan sebagai landasan yang kuat untuk menentukan klasifikasi *person*. Akibat dari unsur hak bukan sebagai syarat utama dari pengklasifikasian *person* tersebut, maka Machen Jr. lebih mengutamakan tanggung jawab sebagai unsur dari perusahaan sebagai *person* termasuk juga *legal person*. Hal ini dilontarkan oleh Arthur W. Machen Jr. secara tegas sebagai berikut:

*"The truth is that the essence of juristic personality does not lie in the possession of rights but in subjection to liabilities. Those beings are "persons" in law to whom the law both can and does address its commands. Now, obviously, legal commands can be addressed to none but rational beings capable of feeling and volition."*⁷

Subyek hukum, baik manusia natural maupun badan hukum, adalah seseorang yang mempunyai tanggung jawab hukum karena subyek hukum sebagai pihak yang dilekati perintah oleh hukum. Sedangkan perintah hukum hanya melekat pada manusia dan badan hukum yang mempunyai perasaan dan kehendak.

Secara umum, kedudukan perusahaan sebagai badan hukum dalam hukum positif dipengaruhi oleh dua teori besar yaitu teori fiksi dan teori entitas natural. Masing-masing penganut teori fiksi dan teori entitas natural mempertentangkan kedua teori tersebut. Namun apabila ditelusuri lebih mendalam dari aspek sejarahnya, maka dapat ditemukan adanya faktor yang berbeda mengenai munculnya perusahaan sebagai badan hukum baik dari perspektif teori fiksi maupun teori entitas natural.

⁷ Supra note 1, hal. 263

1.2.1.1. Teori Fiksi

Teori fiksi diklasifikasikan sebagai pandangan ortodok yang berkembang di negara penganut *common law system*. Perusahaan sebagai suatu fiksi hukum yang bersifat artifisial, tidak dapat dilihat dengan mata telanjang, tidak memiliki nyawa, dan tidak bisa mati. Perusahaan berkarakter fiksi atau artifisial karena keberadaan dan pembentukannya bukan hasil dari inisiatif individu-individu untuk membentuk suatu organisasi sebagaimana diusung oleh teori entitas natural tetapi sebagai inisiatif negara dan didirikan berdasarkan hukum.⁸ Dengan kata lain, perusahaan merupakan entitas fiksi yang keberadaannya diciptakan oleh pemegang kekuasaan yaitu negara dan bukan dibentuk atas inisiatif perseorangan.⁹ Negara membentuk perusahaan dengan undang-undang khusus yang substansinya hanya mengenai pembentukan perusahaan. Di samping pembentukannya oleh negara, perusahaan berbentuk fiksi diberikan kewenangan oleh negara melebihi kekuasaan yang dimiliki oleh manusia.¹⁰

Pembentukan perusahaan dan pemberian kewenangan khusus tersebut dapat ditemukan di Amerika Serikat pada abad 19 dimana negara membentuk perusahaan dengan memberikan kewenangan perusahaan untuk melaksanakan kebijakan publik.¹¹ Millon menggambarkan bahwa perusahaan sebagai kendaraan negara untuk tujuan yang hendak dicapai oleh negara, yaitu pencapaian kesejahteraan umum dengan menggunakan perusahaan sebagai alat pelaksanaan kegiatan.¹² Pertumbuhan ekonomi memerlukan instrumen-instrumen pelaksana yang salah satunya adalah perusahaan. Oleh karena itu, perusahaan diberikan kekuasaan khusus untuk melaksanakan proses pembangunan ekonomi tersebut.

Pembentukan perusahaan sebagai badan hukum melalui undang-undang khusus dilakukan di Amerika Serikat untuk dua kepentingan yaitu untuk

⁸ Ibid., hal. 257; Millon, David, 1990, *Theories of The Corporation*, Duke Law Journal Vol. 1990 No. 2 hal. 206; Mark, Gregory A. 1987. *The Personification of The Business Corporation in American Law*, The University of Chicago Law Review Vol. 54, No. 4, pp. 1441-1483, hal. 1447

⁹ Loc. Cit., hal. 206

¹⁰ Thacher, Thomas. Maret 1909. *Corporate Powers*, Columbia Law Review Vol. 9 No. 3 pp. 243-247, hal. 243

¹¹ Ibid.

¹² Supra note 8, hal. 207

kepentingan kegiatan kemasyarakatan dan kepentingan publik.¹³ Bentuk perusahaan yang bergerak pada kegiatan kemasyarakatan tujuannya tidak untuk mencari keuntungan dengan bidang-bidang kegiatan diantaranya pendidikan, keagamaan, dan organisasi amal yang biasa disebut dengan bidang *benevolent*.¹⁴ Sedangkan perusahaan yang dibentuk untuk kepentingan publik merupakan perusahaan bisnis yang bergerak dibidang transportasi, manufaktur, dan perbankan yang dikategorikan sebagai *non-benevolent*, dimana perusahaan ini di samping bertujuan melayani masyarakat sekaligus mencari keuntungan. Perusahaan bentukan negara ini mempunyai hak monopoli untuk melaksanakan kegiatan di bidang-bidang jasa tersebut.¹⁵

1.2.1.2. Teori Entitas Natural

Pandangan perusahaan sebagai entitas fiksi atau artifisial mengalami pergeseran. Pergeseran tersebut karena pandangan ini memiliki kelemahan. Machen Jr. keberatan atas padangan entitas artifisial dan menolak pendapat mengenai pemikiran perusahaan sebagai artifisial karena kontradiksi dengan kenyataan mengenai munculnya perusahaan. Machen Jr. berargumentasi bahwa:

“... a corporation cannot possibly be both an artificial person and an imaginary or fictitious person. That which is artificial is real, and not imaginary: an artificial lake is not an imaginary lake, nor is an artificial waterfall a fictitious waterfall. So a corporation cannot be at the same time "created by the state" and fictitious. If a corporation is "created," it is real, and therefore cannot be a purely fictitious body having no existence except in the legal imagination.”¹⁶

Kedudukan hukum terhadap perusahaan, menurut Machen Jr., pada prinsipnya lebih pada mengenalkan daripada menciptakan perusahaan. Alasan dari pernyataan tersebut adalah bahwasannya perusahaan secara alamiah telah ada meskipun hukum tidak mengakui keberadaannya. Machen Jr. juga menolak pendapat yang menyatakan bahwa eksistensi perusahaan tersebut berdasarkan hukum adalah kurang tepat mengingat keberadaan perusahaan adalah nyata.¹⁷ Pemikiran sifat

¹³ Ibid., hal. 210; Seavoy, Ronald E. 1978. *The Public Service Origins of The American Business Corporation*, Business History Review Vol. LII No. 1 pp. 30-60, hal. 30

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Supra note 8, hal. 1444

¹⁶ Supra Note 1, hal. 257

¹⁷ Ibid., hal. 261

alamiah perusahaan tersebut berlaku bukan hanya diaplikasikan pada perusahaan tetapi pada seluruh kelompok yang menunjukkan ciri kolektivitas.

Adapun sifat natural khususnya terhadap perusahaan juga diketengahkan oleh Morawetz yang menyatakan:

*"The conception of a number of individuals as a corporate or collective entity occurs in the earliest stages of human development, and is essential to many of the most ordinary processes of thought. Thus, the existence of tribes, village communities, families, clans, and nations implies a conception of these several bodies of individuals as entities having corporate rights and attributes. An ordinary copartnership or firm is constantly treated as a united or corporate body in the actual transaction of business, though it is not recognized in that light in the procedure of the courts of law. So, in numberless other instances, associations which are not legally incorporated are considered as personified entities, acting as a unit and in one name; for example, political parties, societies, committees, courts."*¹⁸

Morawetz melihat bahwa keberadaan entitas hukum dari proses alamiah manusia yang keberadaannya bersamaan dengan pembangunan manusia itu sendiri. Dalam proses perkembangan manusia tersebut akan diikuti dengan tumbuhnya kelompok-kelompok masyarakat sebagai entitas. Terdapat berbagai macam bentuk entitas mulai dari yang paling sederhana yaitu keluarga sampai bentuk kelompok masyarakat yang paling kompleks seperti negara, dan perusahaan adalah salah satu entitas yang dibentuk oleh sekumpulan manusia. Di sinilah muncul karakter utama teori entitas natural yaitu pembentukannya dilakukan oleh masyarakat secara alamiah. Sedangkan bentuk entitas tersebut juga berbeda-beda sehingga tidak hanya sebatas perusahaan tetapi seluruh kelompok dan organisasi dapat dikategorikan sebagai entitas. Sedangkan perusahaan, perlu ditekankan lagi, hanya salah satu bentuk entitas.

Teori entitas alamiah ini muncul sebagai hasil rekonseptualisasi esensi perusahaan dengan memudarnya pandangan tentang perusahaan sebagai organisasi artifisial yang dibentuk oleh negara ke arah hakikat perusahaan sebagai hasil proses aktivitas individual. Perubahan ini di samping sebagai penolakan pandangan tentang perusahaan sebagai entitas yang artifisial, juga lebih menekankan munculnya perusahaan sebagai aktifitas natural dari individu-individu.

¹⁸ Ibid., hal. 259

Société anonyme dapat menjadi contoh yang tepat mengenai kemunculan perusahaan sebagai entitas natural karena *société anonyme* terbentuk melalui proses dalam masyarakat terlebih dahulu sebelum diadakan undang-undang mengenai perusahaan di Perancis. *Société anonyme* adalah bentuk perusahaan yang muncul dan berkembang di Perancis dan sebagai bentuk perusahaan yang diadopsi oleh Belanda karena Belanda sebagai koloni Perancis. *Société anonyme* telah eksis di Perancis sebelum diundangkannya *Code de Commerce* oleh Napoleon tahun 1807.¹⁹ *Société anonyme* secara harfiah diterjemahkan dalam bahasa Inggris sebagai *anonymous society* atau dalam Bahasa Indonesia oleh para ahli hukum Indonesia disebut sebagai 'asosiasi tanpa nama'.

Ditinjau dari sejarahnya, *société anonyme* tidak muncul secara serta merta dengan diatur dalam hukum. Eksistensi *société anonyme* melalui proses evolusi yang panjang. Stanley E. Howard menguraikan ada empat tahap perkembangan *société anonyme* sampai memiliki karakteristik adanya pemisahan harta antara pemodal dengan *société anonyme* dan pertanggung jawaban terbatas pemodal sebagaimana dikenal dengan prinsip *limited liability*.

Pada tahap awal, *société anonyme* sebagai asosiasi dari para pemilik modal yang disebut sebagai *commanditaires* atau *participants*. Para partisipan ini memberikan pembayaran terlebih dahulu kepada pemerintah atau penguasa setempat sampai wajib pajak membayarnya kepada *fermier*. *Participants* tidak aktif dalam proses pengumpulan pajak dan kegiatan ini cenderung bersifat rahasia karena kegiatan mengumpulkan pajak adalah kewenangan publik yang dilakukan oleh *fermier* atau yang disebut juga dengan *gérant* atau dalam Bahasa Inggris oleh Stanley E. Howard sebagai *manager*. *Fermier* tidak bertanggung jawab kepada para pemodal tetapi pada pemerintah karena dirinya adalah petugas pengumpul pajak. Para *participants* hanya berhak atas hasil menurut partisipasi yang telah diserahkan dan menghadapi resiko kerugian sebatas kontribusi yang telah diserahkan.

Tahap kedua *société anonyme* berkembang lagi sebagai wadah untuk kepentingan memonopoli di pasar. *Société* yang dibentuk melaksanakan kegiatan

¹⁹ Howard, Stanley E. Maret 1933. *The Société Anonyme: From Joint Account to Business Corporation*, *The Accounting Review* Vol. 8 No. 1 pp. 11-21, hal. 11

jual beli di pasar. Mereka membentuk organisasi yang mewadahi kegiatan jual beli. Kegiatan utamanya adalah menetapkan harga jual di pasar atau membeli barang dalam jumlah besar untuk dijual kembali apabila penawaran di pasar mengalami penurunan.

Tahap ketiga dari *société anonyme* berbeda dengan dua tipe di atas. Stanley E. Howard menyatakan bahwa *société anonyme* tipe ketiga ini mirip dengan model *joint venture* yang dikenal di Inggris tetapi tidak identik karena tidak adanya unsur *partnership* sebagaimana salah satu karakteristik dari *joint venture* di Inggris. Karakteristik penting dari tipe ketiga ini adalah adanya bukti tertulis informasi mengenai pembentukan *société anonyme*.

Tipe keempat terjadi seiring dengan proses rekodifikasi *Code de Commerce* sebagai masa penting dimana hukum mengakui keberadaan *société anonyme* yang secara alamiah telah muncul dan berkembang di masyarakat Perancis. Hasil rekodifikasi oleh *the Napoleon Council of State* menghasilkan tiga bentuk *société* yaitu *société en nom collectif*, *société en commandite*, dan *société anonyme* yang kesemuanya diklasifikasikan sebagai asosiasi bisnis (*société commerciales*).²⁰ *Société en nom collectif* dengan karakteristik pertanggung jawaban tidak terbatas dari masing-masing *partner*. *Société en commandite* merupakan bentuk badan hukum yang menjalankan prinsip pertanggung jawaban terbatas *partner* tertentu. Sedangkan *société anonyme* adalah badan hukum yang menerapkan prinsip pertanggung jawaban terbatas kepada seluruh pemegang sahamnya tanpa perkecualian sebagaimana di *société en commandite*.

Aspek-aspek penting dari *société anonyme* menurut *Civil Code* 1804 adalah *société* sebagai asosiasi yang didirikan berdasarkan perjanjian atau kontrak sebagaimana dapat dilihat dari definisinya pada Article 1832 *Civil Code* 1804 sebagai berikut:²¹

“La societe est instituee par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter a une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le benefice ou de profiter de l'economie qui pourra en resulter.”

²⁰ Ibid.

²¹ Foster, Nicholas H.D. 2000. *Company Law Theory in Comparative Perspective: England and France*, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 48 No. 4 pp. 573-621, hal. 597

Jika diterjemahkan secara harfiah, *société* dibentuk oleh dua orang atau lebih yang sepakat berdasarkan perjanjian untuk mengalihkan kepada perusahaan baik berupa aset maupun tenaganya dan mendapatkan keuntungan dari hasil yang telah dijalankan oleh perusahaan.

Société anonyme yang muncul dan berkembang di Perancis menjadi bukti bahwa hukum tidak menciptakan entitas sebagai badan hukum karena entitas tersebut telah ada sebelum diatur oleh hukum. Masyarakat telah membentuk sendiri entitas mandiri ini melalui proses secara natural. Negara sebagai otoritas pembuat hukum hanya mengakui keberadaan entitas tersebut untuk ditetapkan dalam hukum sebagai salah satu proses dari terbentuknya suatu entitas menjadi badan hukum.

1.2.1.3. Perusahaan sebagai Badan Hukum Dalam UUPT

Kedua teori di atas mempunyai perbedaan mendasar antara satu dengan lainnya. Teori entitas natural dan teori fiksi dapat dipertentangkan antara satu dengan lainnya atau dapat juga dicari makna yang lebih mendalam untuk dipergunakan pada posisi yang berbeda. Pencarian makna dan aplikasi pada posisi yang berbeda ini dilakukan oleh Millon. Menurut Millon, teori fiksi dipergunakan sebagai landasan pembentukan perusahaan oleh negara, dimana negara memberikan kekuasaan tertentu terhadap perusahaan.²² Sedangkan perusahaan sebagai entitas natural diartikan bahwa munculnya perusahaan atas dasar inisiatif dari pemegang saham serta kekuasaan perusahaan adalah dari pemegang saham itu sendiri.²³ Keduanya menjadi landasan teoritis dari norma-norma hukum tentang pembentukan perusahaan.

Pemikiran Millon yang menempatkan teori fiksi dan teori entitas natural sebagai landasan tentang pembentukan perusahaan juga menjadi dasar normatif bagi pembentukan perusahaan sebagaimana diatur pada UUPT 2007.

Hakikat perusahaan dari teori entitas natural ini mempengaruhi hakikat perusahaan yang dianut oleh hukum perusahaan Indonesia. Hal ini tercermin dari

²² Supra note 8, hal. 211

²³ Ibid.

prosedur pendirian perusahaan. Mulai dari berlakunya KUHD, UUPT 1995, sampai dengan undang-undang yang terbaru yaitu UUPT 2007, perusahaan didirikan berdasarkan perjanjian oleh dua orang atau lebih. Beberapa ahli hukum menyatakan bahwa perusahaan merupakan asosiasi modal dari beberapa pesero yang memberikan harta kekayaannya kepada perusahaan. Bahkan asosiasi modal ini telah menjadi unsur utama dari perusahaan.

KUHD secara implisit menetapkan perusahaan sebagai asosiasi modal sebagaimana diatur pada Pasal 36 sebagai berikut:

“Perseroan terbatas tidak mempunyai firma, dan tidak memakai nama salah seorang atau lebih dari antara para pesero, melainkan mendapatkan namanya hanya dari tujuan perusahaan saja.”

UUPT 1995 sebagai pengganti KUHD juga menganut rejim yang sama. Hasil reformasi hukum perusahaan mengikuti ruh KUHD yang menetapkan bahwa perusahaan sebagai entitas natural. Hal ini tercermin pada Pasal 7 ayat (1) UUPT 1995 yang menegaskan bahwa *“Perseroan didirikan oleh dua (2) orang atau lebih dengan akta notaris yang dibuat dalam Bahasa Indonesia.”* Ketentuan tersebut menjelaskan bahwa perusahaan merupakan suatu entitas yang didirikan melalui perjanjian dari pendiri melalui suatu proses pendaftaran, dalam hal ini melalui notaris sebagai pejabat negara.

UUPT 2007 juga melanggengkan eksistensi teori entitas natural dengan diaturnya pembentukan perusahaan melalui suatu persetujuan. Pasal 3 ayat (1) UUPT 2007 tidak mengubah sedikit pun tentang hakikat perusahaan sebagaimana yang ditetapkan pada Pasal 3 ayat (1) UUPT 1995. Substansi dari Pasal 3 ayat (1) UUPT 2007 juga menegaskan bahwa *“Perseroan didirikan oleh dua (2) orang atau lebih dengan akta notaris yang dibuat dalam Bahasa Indonesia.”*

Hakikat perusahaan sebagai badan hukum yang ditinjau dari teori fiksi ini juga dianut oleh Indonesia meski tidak secara spesifik sejak diberlakukannya UUPT 2007. Pada Pasal 7 ayat (7) UUPT 2007 ditegaskan bahwa:

“Ketentuan yang mewajibkan perseroan didirikan oleh dua (2) orang atau lebih sebagaimana dimaksud pada ayat (1), dan ketentuan pada ayat (5), serta ayat (6) tidak berlaku bagi:

- a. *Perseroan yang seluruh sahamnya dimiliki oleh negara; atau*

- b. *Perseroan yang mengelola bursa efek, lembaga kliring dan penjaminan, lembaga penyimpanan dan penyelesaian, dan lembaga lain sebagaimana diatur dalam Undang-Undang tentang Pasar Modal.*”

Berdasarkan pada ketentuan Pasal 7 ayat (1) huruf a di atas maka UUPT 2007 membuka ruang bagi negara untuk membentuk perusahaan tanpa harus dibuat dengan kesepakatan oleh pihak lain dalam suatu perjanjian. Perusahaan negara dalam bentuk perusahaan biasanya disebut dengan Badan Usaha Milik Negara (BUMN).

Pasal 7 ayat (1) huruf a UUPT 2007 ini sebenarnya bertentangan dengan hakikat perusahaan sebagai badan hukum yang pembentukannya berdasarkan perjanjian sebagaimana ditetapkan pada Pasal 1 angka 1 UUPT 2007. Pada Pasal 1 angka 1 UUPT 2007, perusahaan merupakan suatu badan hukum yang didirikan berdasarkan perjanjian oleh para pendirinya tetapi di sisi lain negara dapat membentuk perusahaan tanpa dibuat perjanjian dengan pihak lain sebagaimana diatur pada Pasal 7 ayat (1) huruf a UUPT 2007. Unsur perjanjian sebagai syarat utama dari pembentukan perusahaan telah disimpangi dengan adanya Pasal 7 ayat (1) huruf a UUPT 2007. Penyimpangan perjanjian sebagai unsur pembentukan perusahaan dapat dilakukan mengingat pembentukan perusahaan oleh negara dengan mengesampingkan unsur perjanjian tersebut didasarkan pada kerangka teori serta kerangka praktis dan untuk mendukung tujuan konstitusi.

Di dalam konteks teoritis, Pasal 7 ayat (1) huruf a UUPT 2007 dilandasi oleh teori fiksi yang telah menjadi bagian dari sistem hukum perusahaan. Dengan diaturnya pembentukan perusahaan oleh negara tanpa dibuat perjanjian maka UUPT 2007 tidak mengesampingkan eksistensi teori fiksi yang telah ada jauh sebelum diundangkannya UUPT 2007. Teori ini juga muncul tidak serta merta tetapi berdasarkan proses penelahaan dari fakta-fakta tentang keberadaan *person*, khususnya *legal person*, yang telah dikenal sejak Hukum Yunani Kuno sampai dengan masa modern saat ini, dimana perusahaan dibentuk oleh penguasa untuk suatu tujuan tertentu.

Dalam kerangka praktis, pembentukan perusahaan oleh negara sangat dibutuhkan oleh Indonesia mengingat di dalam Pasal 33 ayat 2 UUD 1945 beserta Perubahannya mengamanatkan bahwa negara menguasai cabang-cabang produksi yang dibutuhkan untuk hajat hidup orang banyak. Penguasaan oleh negara secara

tunggal tidak dapat terjadi manakala pembentukan organisasi usaha yang melaksanakan kegiatan produksi tersebut masih mewajibkan adanya unsur pihak non-negara. Oleh karena itu, Pasal 7 ayat (1) huruf a UUPT 2007 tersebut merupakan landasan normatif atas pelaksanaan Pasal 33 ayat 3 UUD 1945 beserta Perubahannya.

1.2.2. Perusahaan Sebagai Entitas Mandiri

Perusahaan sebagai entitas hukum mandiri atau *separate legal entity* merupakan konsepsi fundamental dalam hukum perusahaan. Demikian juga dengan perusahaan yang dilekati unsur sebagai entitas hukum mandiri. Karakter perusahaan sebagai entitas hukum mandiri yang tidak diatur secara eksplisit dalam UUPT 2007 tetapi dapat ditemukan karakter tersebut pada Pasal 3 ayat (1) UUPT 2007 yang menegaskan bahwa:

“Pemegang saham perseroan tidak bertanggung jawab secara pribadi atas perikatan yang dibuat atas nama perseroan dan tidak bertanggung jawab atas kerugian perseroan melebihi saham yang dimiliki.”

Meskipun prinsip entitas hukum mandiri ini menjadi prinsip hukum yang bersifat mendasar namun tidak banyak diuraikan secara mendalam mengenai hakikat dari prinsip itu sendiri. Uraian tentang prinsip entitas hukum mandiri hanya berkisar mengenai karakteristik hubungan antara perusahaan dengan pemegang sahamnya yang terpisah satu dengan lainnya. Pemisahan tersebut baik mengenai hak, kewajiban, serta tanggung jawab perusahaan terpisah dari hak, kewajiban, dan tanggung jawab pemegang saham.

Murray A. Pickering memberikan pemahaman yang tegas mengenai kedudukan perusahaan sebagai *separate legal entity*. Menurut Pickering, kapasitas hukum yang melekat pada perusahaan (*legal capacity*) menjadi dasar yang dapat menjelaskan prinsip entitas hukum mandiri. Proposisi mengenai entitas hukum mandiri dan kapasitas yang melekat pada entitas tersebut didahului dengan suatu proses pengalihan benda dari pemegang saham kepada perusahaan. Konsekuensi atas pengalihan tersebut adalah pemegang saham memperoleh hak-hak untuk berpartisipasi dalam memutuskan materi-materi fundamental dalam perusahaan seperti *voting*, memilih dan memberhentikan direksi sebagai pengelola perusahaan,

distribusi atas keuntungan dan aset pada saat perusahaan pailit. Pengalihan tersebut juga berdampak pada kepentingan dari pemegang saham kepada perusahaan. Untuk menjaga kepentingannya tersebut, maka hukum mengatur tentang hak-hak pemegang saham pada perusahaan.

Terdapat tiga prinsip dasar berkaitan dengan kapasitas hukum perusahaan.²⁴ Prinsip pertama menegaskan bahwa kapasitas hukum yang melekat pada perusahaan sebagai entitas mandiri berdasar pada hukum. Hukum menentukan ruang lingkup dan membatasi kapasitas hukum yang dimiliki oleh perusahaan. Hal ini berbeda dengan manusia natural, dimana kapasitas hukumnya tidak perlu ditentukan oleh hukum melainkan secara natural telah eksis dan diterima dalam kebiasaan.²⁵ Pickering membagi sumber kapasitas hukum dalam anggaran dasar perusahaan yang menentukan tujuan dan ruang lingkup kegiatan perusahaan. Anggaran dasar sebagai dasar hukum atas kapasitas perusahaan dikemukakan oleh Hakim Shaw dalam perkara *Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre & Rubber Co. (G.B) Ltd* [1916] A.C. 307. Menurut Hakim Shaw “*It is a creation of law convenient for the purposes of management, of the holding of property, of the association of individuals in business transaction. . .*” Dari pernyataan Hakim Shaw tersebut dapat ditentukan bahwa kapasitas perusahaan berkaitan dengan ruang lingkup kegiatan perusahaan, kapasitas perusahaan sebagai pemilik atas benda, dan melakukan hubungan hukum dengan pihak lain.

Prinsip kedua adalah berkaitan dengan hakikat kapasitas yang melekat pada perusahaan. Kapasitas perusahaan untuk melakukan perbuatan hukum yang terpisah dari para pemegang saham karena pengalihan harta dari pemegang saham kepada perusahaan menciptakan konsekuensi terjadinya reformulasi terhadap kekuasaan atas harta yang telah dialihkan. Formulasi baru tersebut adalah pemegang 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. Reformulasi juga menghasilkan suatu bentuk kepemilikan harta secara integral pada

²⁴ Pickering, Murray A. September 1968. *The Company as Separate Legal Entity*, *The Modern Law Review* Vol. 31, No. 5, pp. 481- 511, hal 502

²⁵ Anak yang belum dewasa dan orang dengan cacat mental tidak memiliki kapasitas hukum karena secara natural mereka belum atau tidak mempunyai kemampuan sebagaimana manusia dewasa dalam hal pemikiran dan perilaku.

satu pihak yaitu perusahaan. Dengan adanya proses formulasi baru tersebut maka terbentuk suatu tujuan utama dari perusahaan yang berbeda dengan tujuan dari masing-masing pemegang saham. Dari pandangan tersebut, Pickering mengkristalkan pemikirannya bahwa kapasitas yang melekat pada perusahaan sebagai bentuk integral atas kepentingan dari pemegang saham yang menghasilkan satu tujuan yaitu tujuan perusahaan itu sendiri.

Prinsip ketiga adalah perusahaan mempunyai kapasitas untuk membuat hubungan hukum dengan pihak lain secara langsung seperti hubungan hukum antara perusahaan dengan *stakeholder*. Hubungan hukum yang dilakukan oleh pihak ketiga (*stakeholder*) dengan perusahaan adalah hubungan antara pihak ketiga dengan perusahaan dan bukan dengan pemegang saham perusahaan. Dengan adanya kapasitas melakukan hubungan hukum tersebut maka, perusahaan menjadi entitas mandiri dan terpisah dari pemegang saham baik hak, kewajiban, maupun tanggung jawab.

Prinsip *separate legal entity* tersebut juga mempunyai konsekuensi dalam hubungannya antara pemegang saham dengan perusahaan. Pada badan hukum yang berkarakter sebagai *separate legal entity* melekat dua prinsip hukum lainnya yaitu prinsip *separate patrimony* dan prinsip *limited liability*. Kedua prinsip tersebut mempertajam eksistensi suatu badan hukum sebagai entitas mandiri yang terpisah dari pemegang saham.

Prinsip '*separate patrimony*' berarti perusahaan dapat mempunyai aset sendiri yang terpisah dari investor. Perusahaan berhak untuk memakai ataupun menjual/mengalihkan serta menjadi jaminan atas hutang perusahaan itu sendiri.²⁶ Prinsip *separate patrimony* tidak dapat berdiri sendiri tetapi perlu didukung dengan dua prinsip lainnya agar prinsip *separate patrimony* dapat diberlakukan. Kedua prinsip tersebut adalah prinsip *priority rule* dan prinsip *liquidation protection rule*.

Priority rule, ditegaskan oleh Hansmann dan Kraakman sebagai ". . . grants to creditors of the firm, as security for the firm's debts, a claim on the firm's assets that is prior to the claims of the personal creditors of the firm's owners."²⁷ Pernyataan

²⁶ Hansmann, Henry, dan Reiner Kraakman. 2004. *What is Corporate Law?*, Yale Law School, Center of Law Economics and Public Policy Research Paper No. 300, hal. 7f

²⁷ *Ibid*

tersebut diartikan bahwa kreditor perusahaan mendapat prioritas dalam pemenuhan piutangnya sebelum kreditor pribadi pemegang saham. Adapun konsekuensi dari prinsip ini, aset yang dimiliki oleh perusahaan secara langsung menjadi jaminan atas kewajiban yang timbul dari hubungan kontraktual antara perusahaan dengan para kreditor perusahaan itu sendiri.²⁸

Prinsip kedua yaitu *liquidation protection rule* sebagai prinsip yang mengatur bahwa pemegang saham tidak dapat menarik kepemilikan sahamnya dari perusahaan, menetapkan likuidasi secara parsial maupun menyeluruh terhadap perusahaan, serta para kreditor pribadi pemegang saham juga tidak dapat menyita aset perusahaan yang diasumsikan dengan saham pemegang saham.²⁹ *Liquidation protection rule* ini bertujuan melindungi perusahaan dari tindakan pemegang saham maupun kreditor pribadi pemegang saham yang akan menyita aset perusahaan dan perusahaan tetap menjalankan aktivitas yang telah direncanakan dengan mengacu pada perencanaan (*going concern*) yang dibuat oleh perusahaan itu sendiri.³⁰

Priority rule lebih efektif bila diikuti dengan pemberlakuan prinsip pertanggung jawaban terbatas atau *limited liability* yang juga menjadi karakteristik utama perusahaan sebagai entitas hukum mandiri. Makna dari pertanggung jawaban terbatas atau *limited liability* bukan pembatasan pertanggung jawaban perusahaan terhadap kewajiban-kewajiban yang dimilikinya. Perusahaan masih bertanggung jawab atas hutang-hutang terhadap para kreditor. Perusahaan juga bertanggung jawab pada pemegang saham terhadap dividen yang telah ditetapkan oleh direksi. Prinsip *limited liability* diaplikasikan pada pertanggungjawaban pemegang saham hanya terbatas atas harta yang telah disetor dan/atau yang akan disetor kepada perusahaan. Pemegang saham tidak bertanggung jawab secara pribadi atas hutang dan tindakan melanggar hukum dari perusahaan.³¹

Dari perspektif *Law and Economics*, Frank Easterbrook dan Daniel Fischel dalam bukunya '*The Economic Structure of Corporate Law*' mengutarakan beberapa

²⁸ *Ibid*

²⁹ *Ibid*

³⁰ *Ibid*

³¹ Bainbridge, Stephen M. 2 Agustus 2001. *Abolishing Veil Piercing*, Harvard Law School, Cambridge, hal. 2

alasan prinsip pertanggung jawaban terbatas.³² Pertama, pemberlakuan prinsip *limited liability* mereduksi pengawasan pemegang saham terhadap direksi sebagai pengelola. Easterbrook dan Fischel berpedoman pada konsepsi “*The more risk they bear, the more they will monitor*”, semakin tinggi resiko yang dihadapi oleh pemegang saham, semakin besar pula alokasi waktu serta dana untuk mengadakan pengawasan terhadap pengelolaan perusahaan agar tidak menimbulkan kerugian bagi dirinya sebagai investor. Hal ini merupakan konsekuensi logis dimana jika tanpa adanya prinsip *limited liability*, pertanggungjawaban akan semakin besar karena sampai pada harta pribadi yang berimplikasi pada pengawasan lebih intensif terhadap pengelolaan. Kedua, prinsip *limited liability* juga dapat mereduksi kegiatan pengawasan dari pemegang saham (pertama) kepada pemegang saham lainnya (kedua). Apabila diberlakukan pertanggungjawaban tidak terbatas maka pemegang saham (pertama) akan memonitor pemegang saham lainnya (kedua) agar tidak memindahkan aset atau harta pribadi yang dimiliki pemegang saham (kedua) tersebut, karena pemindahan harta pribadi akan berdampak pada besarnya tanggung jawab dari pemegang saham (pertama). Ketiga, dengan adanya kebebasan mengalihkan saham maka *limited liability* mendorong pengelola perusahaan bersikap efisien. Meski pemegang saham tidak memahami pengelolaan perusahaan namun mempunyai hak kebebasan untuk mengalihkan saham maka cara yang dapat dilakukan untuk menurunkan resiko atas investasinya adalah mengalihkan sahamnya dari satu perusahaan ke perusahaan lain. Keempat, *limited liability* dapat mengubah harga saham di pasar yang merefleksikan nilai perusahaan. Jika berlaku pertanggung jawaban tak terbatas maka investor akan mencari informasi yang lebih dan melakukan analisis terhadap prospek perusahaan lebih mendalam untuk menetapkan harga saham yang sebenarnya. Kelima, *limited liability* menciptakan diversifikasi yang efisien bagi investor untuk menginvestasikan dananya pada perusahaan yang berbeda dengan tujuan mengurangi resiko apabila salah satu perusahaan dimana dirinya berinvestasi mengalami kerugian. Keenam, *limited liability* memfasilitasi keputusan bisnis yang optimal dan menciptakan kondisi pasar bursa yang efisien karena harga dari saham tidak tergantung pada evaluasi atas kesejahteraan pribadi pemegang saham.

³² Easterbrook, Frank, dan Daniel Fischel, 1991. *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, United States of America, hal. 40-44

David Millon berpendapat mengenai justifikasi prinsip *limited liability*. Pertama adalah justifikasi dari perspektif efisiensi.³³ Millon menilai bahwa dengan adanya prinsip ini, perusahaan dapat menghimpun modal dalam jumlah besar dari banyak investor kecil. Investor hanya menghadapi resiko sebesar yang telah dan/atau yang sudah dijanjikan untuk diserahkan ke perusahaan. Investor dengan nilai investasi kecil tidak akan tertarik untuk berinvestasi jika pertanggungjawabannya tidak terbatas karena nilai investasi dengan resiko yang dihadapi tidak sepadan akibat dari kemungkinan diikutsertakan harta pribadi sebagai alat pembayaran hutang atau kewajiban perusahaan manakala aset yang dimiliki perusahaan kurang.

Di ranah yurisprudensi, perkara *Salomon v. Salomon Co. Ltd* [1897] AC 22 merupakan yurisprudensi monumental sebagai dasar pemisahan antara pendiri atau pemegang saham dengan perusahaan. Perkara yang diputuskan oleh lembaga peradilan Inggris ini menjadi acuan bagi pengadilan di berbagai negara. Kasus posisi dari perkara *Salomon v. Salomon Co. Ltd* [1897] AC 22 tersebut adalah sebagai berikut.

Mr. Salomon adalah pengusaha yang bergerak dibidang pembuatan dan penjualan sepatu. Pelaksanaan kegiatan bisnis selama 30 tahun tersebut menggunakan nama pribadi. Mr. Salomon dibantu oleh seorang anak perempuan dan empat anak laki-lakinya yang berkedudukan sebagai pekerja dan bukan sebagai *partner* pada saat menjalankan kegiatan usahanya.

Mr. Salomon berniat untuk menjadikan bisnisnya sebagai perusahaan agar para anak-anaknya memperoleh bagian yang seimbang dari kegiatan bisnis yang telah dijalankan tersebut. Mr. Salomon beserta istri dan kelima anaknya membentuk Salomon Co. Ltd. Modal awal perusahaan adalah sebesar £ 40,000. Perusahaan tersebut mengambil alih bisnis yang sebelumnya dengan mengganti kepada Mr. Salomon sebesar £ 39,000. £ 20,000 dari pembayaran kepada Mr. Salomon langsung diubah menjadi penyertaan saham sebanyak 20,000 saham dengan harga per saham sebesar £ 1, £ 10,000 menjadi surat hutang kepada Mr. Salomon, sedangkan £ 9,000 diubah menjadi hutang tanpa jaminan (*unsecured debt*).

³³ Millon, David. September 2003. *Piercing The Corporate Veil, Financial Responsibility and The Limits of Limited Liability*, Washington & Lee Public Law and Legal Theory Working Paper No. 03-13, hal. 6

Pada dekade 1890 terjadi krisis ekonomi yang berimbas pada kondisi perusahaan. Salomon Co. Ltd. mempunyai hutang yang tidak dapat dibayar sebesar £ 77,000. Mr. Salomon mengalihkan surat hutang sebesar £ 5,000 kepada Broderip. Pada masa likuidasi perusahaan Broderip mengajukan klaim sebagai kreditor dengan jaminan.

Likuidator yang bertindak atas nama kreditor tanpa jaminan mengajukan keberatan atas penetapan Broderip sebagai kreditor dengan jaminan ke pengadilan di samping permintaan kepada pengadilan bahwa Salomon Co. Ltd. hanya bertindak sebagai agen dari Mr. Salomon. Pengadilan memutuskan bahwa Salomon Co. Ltd. bertindak sebagai agen yang mengikuti kehendak dari Mr. Salomon. Pada putusan *Broderip v. Salomon* [1895] 2 Ch 323, Hakim Lopes menyatakan bahwa:

“It would be lamentable if a scheme like this could not be defeated. If we were to permit it to succeed, we should be authorising a perversion of the Joint Stock Companies Acts. We would be giving vitality to what is a myth and a fiction. The transaction is a device to apply the machinery of the Joint Stock Companies Act 1865 to a state of things never contemplated by the Act – an ingenious device to obtain the protection of that Act in a way and for objects not authorised by that Act, and in my judgment in a way inconsistent with and opposed to its policy and provisions. It never was intended that the company to be constituted should consist of one substantial person and six mere dummies, the nominees of that person, without any real interest in the company. The Act contemplated the incorporation of seven independent bona fide members, who had a mind and a will of their own, and were not the mere puppets of an individual who, adopting the machinery of the Act, carried on his old business in the same way as before, when he was a sole trader. To legalise such a transaction would be a scandal.”

Hakim Lopes yang menilai bahwa Mr. Salomon sebagai pihak yang bertanggung jawab atas hutang Salomon Co. Ltd. karena dirinya merupakan pihak yang mengontrol perusahaan sedangkan enam pemegang saham yang juga pendiri hanya orang bodoh (*dummies*) yang turut serta tanpa memberikan kontribusi apapun. Lebih lanjut Hakim Lopes berpandangan bahwa hal ini bertentangan dengan tujuan *Companies Act* 1862 yang menurut Hakim Lopes menghendaki tiap pihak yang mendirikan perusahaan mempunyai tujuannya masing-masing dan bukan semata-mata mengikuti tujuan dari satu pihak saja.

Mr. Salomon mengajukan banding atas putusan tersebut. Pada putusan *Salomon v. Salomon Co. Ltd* [1897] AC 22 dimana Mr. Salomon bertindak sebagai

pembandingan ditetapkan oleh pengadilan bahwa dirinya tidak bertanggung jawab secara pribadi atas hutang Salomon Co.Ltd.

Hakim Halbury yang menjadi salah satu anggota majelis berpandangan berbeda dengan Hakim Lopes saat memutus perkara *Broderip v. Salomon* [1895] 2 Ch 323. Hakim Halbury tidak sependapat dengan Hakim Lopes mengenai eksistensi tujuan seseorang untuk terlibat dalam pendirian perusahaan. Hal ini ditegaskannya sebagai berikut:

“My Lords, the important question in this case, I am not certain it is not the only question, is whether the respondent company was a company at all – whether in truth that artificial creation of the Legislature had been validly constitute in this instance; and in order to determine that question it is necessary to look at what the statute itself has determined in that respect. I have no right to add to the requirements of the statute, nor to take from the requirements thus enacted. The sole guide must be the statute itself.”

Pernyataan di atas menegaskan bahwa Hakim Halbury tidak menambahkan persyaratan yang diminta oleh *Companies Act* 1862 sebagaimana diutarakan oleh Hakim Lopes yaitu kehendak pendiri untuk mendirikan perusahaan karena dirinya yang berkapasitas sebagai hakim tidak mempunyai hak untuk menambahkan persyaratan tersebut. Hakim hanya menilai apakah telah terpenuhi persyaratan yang dikehendaki oleh peraturan perundang-undangan.

Berkaitan dengan kapasitas para pendiri Salomon Co. Ltd. tersebut, Hakim Halbury berpendapat:

“Now, that there were seven actual living persons who held shares in the company has not been doubted. As to the proportionate amounts held by each I will deal presently; but it is important to observe that this first condition of the statute is satisfied, and it follows as a consequence that it would not be competent to any one – and certainly not to these persons themselves – to deny that they were shareholders.”

Di samping menyatakan mengenai validitas pendirian perusahaan dari aspek kapasitas para pendirinya, Hakim Halbury juga menilai bahwa pertanggung jawaban atas hutang tersebut berada pada Salomon Co. Ltd. dan bukan pribadi Mr. Salomon. Mengenai hal ini, Hakim Halbury secara tegas menetapkan “. . . and the Act appears to me to give a company a legal existence with, as I have said, rights and liabilities of its own, whatever may have been the ideas or schemes of those who brought it into existence.”

Hakim Herschell pada perkara yang sama berpendapat bahwa tanggung jawab atas hutang Salomon Co. Ltd. adalah Salomon Co. Ltd. itu sendiri dan bukan tanggung jawab pribadi Mr. Salomon. Adapun pendapat dari Hakim Herschell tersebut adalah sebagai berikut:

“It is said that the respondent company is a “ one man “ company, and that in this respect it differs from such companies as those to which I have alluded. But it has often happened that a business transferred to a joint stock company has been the property of three or four persons only, and that the other persons who possessed little or no interest in the concern. I am unable to see how it can be lawful for the purpose of employing their capital in trading, with the benefit of limited liability, and not for one person to do so, provided, in each case, the requirements of the statute have been somplied with and the company has been validly constituted. How does it concern the creditor whether the capital of the company is owned by seven persons in equal shares, with the right to an equal of the profits, or whether it is almost entirely owned by one person, who practically takes the whole of the profits ? the creditor has notice that he is dealing with a company the liability of the members of which is limited, and the register of shareholders informs him how the shares are held, and that they are substantially in the hands of one person, if this be the fact.”

1.3. Hakikat Governance

Salah satu kata dari *corporate governance* yang akan diuraikan adalah kata *governance*. *Governance*, apabila ditinjau dari etimologi, dapat dilacak sebagai kata kerja dari Bahasa Yunani *kubernân* yang berarti mengarahkan.³⁴ Kata *kubernân* dipergunakan oleh Plato sebagai proses pembentukan sistem hukum. Kata *kubernân* ini berubah dan menjadi *gubernare* pada Bahasa Latin di abad pertengahan yang juga berarti sebagai mengarahkan. Kata *gubernare* inipun diadopsi dalam Bahasa Inggris menjadi *governance* atau dalam Bahasa Indonesia dapat diartikan sebagai suatu proses pengelolaan atau pengurusan.

Bila meninjau makna dari *governance* sebagai proses mengarahkan atau mengelola ataupun juga mengurus maka terdapat organisasi atau institusi yang diarahkan atau dikelola dan diurus. Sedangkan organisasi yang dikelola atau diarahkan tersebut selaras dengan tujuan didirikannya organisasi itu sendiri.

Dalam hal ini, *governance* sebagai terminologi umum dapat dipergunakan diberbagai bentuk organisasi atau institusi baik institusi publik maupun privat

³⁴ Kjær, Anne Mette, 2004, *Governance*, Polity Press, Cambridge, United Kingdom, hal. 1-2

dengan perbedaan tujuan yang tegas. Organisasi publik seperti pemerintahan memiliki tujuan pelayanan terhadap masyarakat dan bukan untuk mencari keuntungan. Berbeda dengan organisasi privat yang tujuan dibentuknya adalah untuk memperoleh keuntungan atau profit.

1.4. Definisi Corporate Governance

Corporate governance merupakan frase yang mengkombinasikan antara dua kata yaitu *corporate* dan *governance*. Dengan memperhatikan dari kedua kata tersebut maka, secara harfiah, *corporate governance* dapat diartikan sebagai suatu proses pengelolaan perusahaan. Meski demikian, adalah terlalu sederhana apabila mengartikan *corporate governance* dari aspek bahasa dengan mengkombinasikan antara dua kata tersebut. Meskipun *corporate governance* menjadi salah satu topik penting dalam berbagai disiplin ilmu, khususnya ilmu ekonomi, ilmu manajemen, maupun ilmu hukum, namun sampai saat ini belum ada satu konsensus bersama dalam mengartikan *corporate governance* itu sendiri. Dengan kata lain, terdapat banyak definisi yang ditelurkan baik oleh para ilmuwan maupun definisi yang dicetus oleh organisasi dan lembaga-lembaga yang memfokuskan penelaahan pada *corporate governance*.

Definisi-Definisi Corporate Governance

No.	Definisi	Sumber
1.	<i>Corporate governance relates to the internal means by which corporations are operated and controlled. While governments play a central role in shaping the legal, institutional and regulatory climate within which individual corporate governance systems are developed, the main responsibility lies with the private sector.</i>	OECD Principles
2.	<i>Corporate governance describes the legal and factual regulatory framework for managing and supervising a company.</i>	Berlin Initiative Code
3.	<i>The organisation of the administration and management of companies, which is better known under the term "corporate governance," has to meet the expectations of the shareholders and the requirements of the economic process.</i>	Recommendations of Federation of Companies
4.	<i>Corporate governance is the system by which businesses are directed and controlled.</i>	Cadbury Report
5.	<i>Corporate governance is the system by which companies are directed and managed.</i>	Australian Stock Exchange

6.	<i>Corporate governance is about the management of business enterprises organized in corporate form, and the mechanisms by which managers are supervised.</i>	Ford, Austin and Ramsay
7.	<i>The concept of Corporate Governance has been understood to mean a code of conduct for those associated with the company – in particular [executives]*, Supervisory Board members and investors – consisting of a set of rules for sound management and proper supervision and for a division of duties and responsibilities and powers effecting the satisfactory balance of influence of all the stakeholders. The basic principle here is that members of the [Management Board]* and Supervisory Board members should – also in public – be accountable for their conduct.</i>	Peters Report
8.	<i>Corporate Governance as a rules, standards and organisation in a economy that govern the behavior of corporate owners, directors, and managers and defines their duties and accountability to outside investors, i.e. shareholders and lenders.</i>	Prowse (1998)
9.	<i>Somewhat more generally we can define corporate governance as the set of methods to ensure that investors (suppliers of finance, shareholders, or creditors) get a return on their money. Corporate governance deals with the ways in which suppliers of finance to corporations assure themselves of getting a return on their investment. Corporate governance is a very broad topic, extending to all aspects of the relationships to one another of the stakeholders, managers and auditors of a company.</i>	Schleifer and Vishny
10.	<i>In a wider sense, corporate governance includes the entire framework of formal and informal relations involving the corporate sector and their consequences for society in general.</i>	John Farrar

Sumber: Dikumpulkan dari berbagai sumber

Definisi-definisi sebagaimana diuraikan dalam tabel di atas, terbagi menjadi dua bagian. Bagian pertama adalah *corporate governance* sebagai suatu sistem yang terurai pada nomor 1 sampai dengan 6 dan *corporate governance* sebagai model pengelolaan yang terdapat pada nomor 7 sampai dengan 10. Kedua pembagian tersebut akan diuraikan lebih lanjut di bawah ini yang terbagi antara (i) *corporate governance* sebagai suatu sistem; dan (ii) *corporate governance* sebagai suatu model pengelolaan.

1.4.1. Corporate Governance Sebagai Suatu Sistem

1.4.1.1. Sistem Corporate Governance secara Umum

Definisi dari OECD Principles, Berlin Initiative Code, Recommendations of Federation of Companies, Cadbury Report, Australian Stock Exchange, maupun Ford, Austin and Ramsay menyebutkan bahwa *corporate governance* sebagai suatu sistem

yang terdiri dari (i) proses pengelolaan dan (ii) proses pengawasan terhadap pengelolaan. Proses pengelolaan dan pengawasan di setiap negara berbeda-beda menurut sistem yang dianutnya. Adapun sistem yang dikenal dan berlaku adalah sistem *one-tier board system* dan *two-tier board system*.

Sistem satu dewan atau *one-tier board system* kebanyakan dianut dan diberlakukan di negara-negara penganut sistem hukum *common* seperti Inggris, Amerika Serikat, dan Australia. Pada sistem ini, terdapat tiga karakteristik utama. Pertama, tidak ada pemisahan formal antara dewan pengelola dengan dewan pengawas seperti pada *two-tier board system* yang berlaku di Indonesia dan beberapa negara Eropa Kontinental, dewan pengelola dan dewan pengawas menjadi satu bagian dalam dewan direksi (*Board of Directors*). Kedua, pemisahan kekuasaan hanya pada RUPS dengan dewan direksi. Ketiga, peran auditor menjadi signifikan karena pengawasan internal relatif minim dan lebih mengedepankan mekanisme pasar.

Sistem *two-tier board system* merupakan sistem yang banyak diaplikasikan pada hukum perusahaan di negara penganut sistem hukum *civil* seperti Austria, Denmark, Jerman, Belanda, termasuk Indonesia. Karakteristik dari sistem *two-tier board system* adalah adanya pemisahan secara formal antara dewan pengelola dengan dewan pengawas atau dewan supervisi. Khusus di Jerman, terdapat karakteristik khusus dalam sistem *corporate governance* yang dianutnya. Di beberapa perusahaan yang bergerak dibidang usaha khusus, perwakilan buruh wajib menjadi anggota dewan komisaris. Perwakilan buruh dalam dewan komisaris ini dikenal dengan *co-determination system*.

Indonesia secara tegas menganut *two-tier board system* sebagaimana diatur pada Pasal 1 angka (2) UUPT 2007 yang menetapkan bahwa "*Organ Perseroan adalah Rapat Umum Pemegang Saham, Direksi, dan Komisaris.*" Sistem *two-tier board* murni yang dianut UUPT 2007 mempertahankan sistem dalam UUPT 1995. Sistem *two-tier board* yang diaplikasikan dalam UUPT 1995 dan UUPT 2007 tersebut menggantikan sistem yang dianut oleh KUHD. KUHD menganut sistem yang lebih terbuka, dimana keberadaan dewan komisaris tergantung pada kebutuhan perusahaan, sebagaimana diatur pada Pasal 44 ayat (1) sebagai berikut:

“Perseroan itu diurus oleh para pengurus, para pesero, atau lain-lainnya yang diangkat oleh para pesero, dengan atau tanpa menerima upah, dengan atau tanpa pengawasan komisaris.”

Perubahan tersebut pada kenyataannya mempunyai sisi positif dan negatif. Sisi negatif dari diwajibkannya perusahaan mempunyai dewan komisaris adalah tidak semua perusahaan membutuhkan dewan komisaris, khususnya perusahaan dengan modal kecil dan kegiatan usaha yang terbatas. Keberadaan dewan komisaris hanya sebagai beban perusahaan untuk membayar remunerasi bagi anggota dewan komisaris tersebut. Di samping itu, karakter perusahaan di Asia dan Indonesia khususnya sebagai perusahaan keluarga atau grup tertentu lebih mencirikan sentralistik kekuasaan dalam perusahaan dan kaburnya pemisahan kewenangan karena pada hakikatnya baik anggota dewan komisaris maupun dewan direksi adalah satu keluarga. Akibatnya, dewan komisaris hanya sebagai pelengkap formalitas dan tidak menunjukkan adanya pemisahan sebagaimana diamanatkan oleh UUPT 2007. Sisi positifnya UUPT 2007 mengantisipasi apabila terjadi ketidaksejajaran kedudukan antara pemegang saham satu dengan lainnya akibat perbedaan struktur kepemilikan saham. Pemegang saham mayoritas akan dengan mudah menentukan ditiadakannya dewan komisaris akibat *majority rule* yang dianut oleh UUPT 2007. Selain itu, pada perusahaan terbuka dengan banyaknya pihak yang menjadi pemegang saham maka keberadaan dewan komisaris sangat diperlukan mengingat pemegang saham khususnya minoritas dapat melakukan pengawasan meski tidak langsung melalui mekanisme organ komisaris.

1.4.1.2. Organ-Organ dalam Sistem Corporate Governance di Indonesia

1.4.1.2.1. Organ Rapat Umum Pemegang Saham

RUPS merupakan salah satu organ dari tiga organ yang ada dalam perusahaan. du Plessis et. al. menyatakan bahwa keberadaan RUPS sebagai organ perusahaan karena RUPS merupakan organ dimana pemegang saham menjalankan

hak-hak yang dimilikinya.³⁵ Pendapat ini dapat diterima karena pada kenyataannya RUPS mempunyai kewenangan yang berbeda dengan kedua organ lainnya. Adapun kewenangan RUPS bersifat fundamental bagi perusahaan dan kewenangan yang terkait dengan perlindungan hak pemegang saham.

Pada Pasal 75 ayat (1) UUPT 2007 ditetapkan bahwa kewenangan umum RUPS tidak dimiliki oleh kedua organ lainnya baik dewan direksi maupun komisaris. Kekuasaan yang melekat pada RUPS bersifat mendasar dimulai dari awal pembentukan perusahaan setelah memperoleh ketetapan sebagai badan hukum, proses kegiatan perusahaan, sampai dengan pembubaran perusahaan.

RUPS memiliki kewenangan pada saat awal perusahaan ditetapkan sebagai badan hukum. Kewenangan tersebut adalah meratifikasi perbuatan hukum yang dilakukan oleh calon pendiri sebelum perusahaan belum dinyatakan sebagai badan hukum. Kewenangan meratifikasi tersebut diatur pada Pasal 13 ayat (1) UUPT 2007 yang menetapkan bahwa:

“Perbuatan hukum yang dilakukan calon pendiri untuk kepentingan perseroan yang belum didirikan, mengikat perseroan setelah perseroan menjadi badan hukum apabila RUPS pertama perseroan secara tegas menyatakan menerima atau mengambil alih semua hak dan kewajiban yang timbul dari perbuatan hukum yang dilakukan oleh calon pendiri atau kuasanya.”

Pasal 13 ayat (1) di atas sebagai suatu bentuk kompromi antara realita bisnis dan prosedural yuridis. Bisnis merupakan kegiatan yang membutuhkan kecepatan dalam mengantisipasi peluang yang ada. Tidak menutup kemungkinan bahwa suatu perusahaan didirikan untuk melaksanakan suatu peluang bisnis yang diperoleh pendiri. Namun apabila kegiatan usaha dilaksanakan setelah mendapatkan penetapan sebagai badan hukum maka dimungkinkan hilangnya peluang tersebut. Oleh karena itu, UUPT 2007 mengakomodir pelaksanaan kegiatan yang nantinya akan menjadi milik perusahaan sebelum perusahaan ditetapkan sebagai badan hukum menurut prosedur yang berlaku.

Ratifikasi perbuatan hukum pendiri perusahaan ini dilaksanakan paling lambat 60 hari setelah perusahaan ditetapkan sebagai badan hukum sebagaimana diatur pada Pasal 13 ayat (2) UUPT 2007. Perbuatan hukum tersebut menjadi

³⁵ Du Plessis, Jean J.; Bernhard Großfeld; Claus Luttermann; Ingo Saenger; dan Otto Sandrock. 2007. *German Corporate Governance in International and European Context*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Berlin, hal. 37

tanggung jawab calon pendiri secara pribadi (Pasal 13 ayat (4) UUPT 2007) apabila RUPS tidak dilaksanakan dalam jangka waktu yang ditentukan pada Pasal 13 ayat (2) UUPT 2007 atau RUPS tidak berhasil mengambil keputusan karena RUPS tidak memenuhi kuorum. Suatu persetujuan RUPS tidak diperlukan jika perbuatan tersebut dilakukan atau disetujui secara tertulis oleh semua calon pendiri sebelum pendirian perusahaan (Pasal 13 ayat (5) UUPT 2007).

UUPT 2007 tidak menetapkan bentuk perbuatan yang dapat diratifikasi oleh RUPS. Namun apabila ditelaah lebih mendalam bahwa perbuatan tersebut adalah yang berkaitan dengan tujuan dan maksud dari perusahaan didirikan serta segala kegiatan yang menunjang proses pelaksanaan kegiatan perusahaan pasca perusahaan mendapat penetapan sebagai badan hukum.

Kewenangan RUPS lainnya adalah mengubah anggaran dasar (Pasal 19 UUPT 2007). Perubahan anggaran dasar perusahaan, sebagaimana diatur pada Pasal 21 ayat (2) UUPT 2007, meliputi:

- a. nama perseroan dan/atau tempat kedudukan perseroan;*
- b. maksud dan tujuan serta kegiatan usaha perseroan;*
- c. jangka waktu berdirinya perseroan;*
- d. besarnya modal dasar;*
- e. pengurusan modal ditempatkan dan disetorkan; dan/atau*
- f. status perseroan yang tertutup menjadi perseroan terbuka atau sebaliknya.*

Kewenangan fundamental lainnya dari RUPS berhubungan dengan modal perusahaan. RUPS memiliki kewenangan dalam kaitannya dengan penambahan maupun pengurangan modal. Dewan komisaris tidak berwenang untuk memutuskan mengenai penambahan modal dan hanya dapat menerima kewenangan guna menyetujui pelaksanaan keputusan RUPS terkait dengan penambahan modal. Keputusan RUPS untuk menambah modal dasar adalah sah apabila dilakukan dengan memperhatikan persyaratan kuorum dan jumlah suara setuju untuk perubahan anggaran dasar sesuai dengan ketentuan dalam UUPT 2007 dan/atau anggaran dasar perusahaan. Adapun kuorum sahnya persetujuan penambahan modal menurut UUPT 2007 ditetapkan pada Pasal 42 ayat (2) yang mana jumlah pemegang saham yang hadir adalah $\frac{1}{2}$ bagian dari seluruh jumlah saham dengan hak suara dan disetujui oleh lebih dari $\frac{1}{2}$ bagian dari jumlah seluruh

suara yang dikeluarkan. Ketentuan tersebut dapat dimodifikasi kembali oleh perusahaan dengan menentukannya dalam anggaran dasar.

Konsekuensi penambahan modal adalah penerbitan saham baru perusahaan. Pasal 43 UUPA 2007 menetapkan prosedur pasca penerbitan saham baru. Pertama, seluruh saham yang dikeluarkan untuk penambahan modal harus terlebih dahulu ditawarkan kepada setiap pemegang saham seimbang dengan kepemilikan saham. Apabila pemegang saham yang telah mendapatkan penawaran terlebih dahulu tersebut tidak menggunakan hak untuk membeli atau membayar lunas saham yang dibelinya dalam jangka waktu 14 hari terhitung sejak tanggal penawaran maka perusahaan dapat menawarkan sisa saham yang tidak diambil bagian tersebut kepada pihak ketiga. Kedua, dalam hal saham yang 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. Ketiga, apabila penerbitan saham bukan untuk penambahan modal bagi pemegang saham maka penawaran terhadap pemegang saham tidak perlu dilakukan. Pengeluaran saham baru ini ditujukan kepada karyawan perusahaan, pemegang obligasi atau efek lain yang dapat dikonversikan menjadi saham yang telah dikeluarkan dengan persetujuan RUPS, atau dilakukan dalam rangka reorganisasi dan/atau restrukturisasi yang telah disetujui oleh RUPS.

RUPS juga berwenang mengubah anggaran dasar dalam hal permodalan dengan melakukan pengurangan modal perusahaan. Pengurangan modal yang diatur pada Pasal 47 UUPA 2007 antara lain penarikan kembali saham atau penurunan nilai nominal saham. Penarikan kembali saham dilakukan terhadap saham yang telah dibeli kembali oleh perusahaan (*buy back*) atau terhadap saham dengan klasifikasi yang dapat ditarik kembali. Sedangkan penurunan nilai nominal saham tanpa pembayaran kembali harus dilakukan secara seimbang terhadap seluruh saham dari setiap klasifikasi saham. Pengurangan secara seimbang dapat dikecualikan dengan persetujuan semua pemegang saham yang nilai nominal sahamnya dikurangi.

RUPS sebagai organ perusahaan mempunyai hubungan korelatif dengan organ perusahaan lainnya. Salah satu hubungan yang sifatnya mendasar tersebut

adalah RUPS sebagai organ yang mengangkat dan memberhentikan anggota dewan baik dewan komisaris maupun dewan direksi.

Dalam proses kegiatan *corporate governance*, direksi berkewajiban untuk menyampaikan laporan rencana kerja dan laporan tahunan kepada RUPS. Mengenai rencana kerja, Pasal 64 ayat (1) UUPD 2007 memberikan peluang bagi perusahaan untuk mengalihkan kewenangan pemeriksaan rencana kerja direksi kepada dewan komisaris. Kewenangan dewan komisaris hanya pada tataran memberikan penelaahan apabila dalam anggaran dasar ditetapkan bahwa RUPS sebagai organ yang berwenang menyetujui rencana kerja dewan direksi. Dewan komisaris berwenang untuk menelaah terlebih dahulu laporan keuangan yang dibuat dewan direksi sebelum disampaikan kepada RUPS sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 66 ayat (1) UUPD 2007.

Perbuatan direksi dalam hal mengalihkan kekayaan perusahaan atau menjadikan kekayaan perusahaan sebagai jaminan utang wajib dengan persetujuan RUPS (Pasal 102 ayat (1) UUPD 2007). Transaksi pengalihan dan penjaminan utang dengan kekayaan perusahaan dilakukan pada transaksi pengalihan kekayaan bersih perusahaan yang terjadi dalam jangka waktu satu tahun buku atau jangka waktu yang lebih lama sebagaimana diatur dalam anggaran dasar perusahaan.

RUPS juga berwenang terhadap status badan hukum yang melekat pada perusahaan. Hanya organ ini saja yang berwenang untuk membuat keputusan pembubaran perusahaan. Mengenai pembubaran perusahaan, baik organ direksi maupun komisaris tidak mempunyai kewenangan dan tidak dapat dialihkan dalam anggaran dasar tentang pengalihan wewenang membubarkan perusahaan.

1.4.1.2.2. Organ Dewan Komisaris

Dewan komisaris adalah organ perusahaan yang mengemban dua tugas yaitu mengawasi direksi dan memberi nasihat kepada direksi perusahaan. Kewenangan ini diatur pada Pasal 1 angka (6) Pasal 108 UUPD 2007. Dewan komisaris sangat penting dalam sistem *corporate governance* yaitu mengawasi

sekaligus memberi nasehat kepada pengelola perusahaan.³⁶ Ditegaskan lebih lanjut bahwa posisi dewan komisaris adalah menjamin pelaksanaan strategi perusahaan, mengawasi manajemen dalam mengelola perusahaan, serta mewajibkan terlaksananya akuntabilitas di samping sebagai pusat ketahanan dan kesuksesan perusahaan.³⁷

Berkaitan dengan keanggotaannya, UUPT 2007 mengatur secara luas pada Pasal 110 yang mencantumkan persyaratan pihak yang dapat diangkat menjadi komisaris, yaitu:

1. Orang perseorangan yang mampu melakukan tindakan hukum.
2. Orang yang tidak pernah dinyatakan pailit.
3. Orang yang tidak pernah menjadi direksi atau komisaris dan dinyatakan pailit.
4. Orang yang tidak pernah dihukum karena melakukan tindak pidana yang merugikan keuangan negara dalam waktu 5 (lima) tahun sebelum pengangkatan.

Pada saat perusahaan baru didirikan, komisaris dapat dicantumkan dalam akta pendirian karena belum dapat diadakan RUPS. Sedangkan untuk pengangkatan berikutnya setelah perusahaan berdiri, pengangkatan komisaris dilakukan oleh RUPS.

Anggota dewan komisaris wajib melaporkan kepada perusahaan mengenai kepemilikan sahamnya dan atau keluarganya pada perusahaan tersebut atau perusahaan lain pada saat terpilih menjadi anggota dewan komisaris. Hal ini untuk menghindari benturan kepentingan antara komisaris dengan perusahaan dimana dia bekerja. Pemberitahuan bertujuan untuk mengeliminir pembuatan kebijakan bisnis yang dilakukan oleh perusahaan tidak untuk kepentingan komisaris semata, melainkan untuk kepentingan perusahaan.

Keanggotaan dewan komisaris bergantung pada keputusan RUPS. Anggota dewan ini berbeda menurut kebutuhan masing-masing perusahaan. Merujuk pada

³⁶ FCGI. *Peran Dewan Komisaris dan Komite Audit dalam Pelaksanaan Corporate Governance (Tata Kelola Perusahaan)*, Jakarta, Indonesia, hal. 5

³⁷ Ibid.

realitas yang ada, terdapat tiga macam karakteristik anggota dewan komisaris yaitu wakil dari pemegang saham mayoritas, ahli di bidang tertentu yang dapat mendukung kegiatan perusahaan, dan komisaris independen.

Karakteristik keanggotaan pertama adalah anggota dewan komisaris sebagai pihak yang berafiliasi dengan pemegang saham khususnya pemegang saham mayoritas. Keanggotaan ini muncul manakala pihak pemegang saham mayoritas tidak terlibat dalam kepengurusan perusahaan dan duduk sebagai anggota dewan direksi. Agar kegiatan direksi tidak menimbulkan kerugian bagi perusahaan dan juga pemegang saham maka pemegang saham mayoritas memiliki kesempatan untuk selalu memantau kegiatan direksi khususnya berkaitan dengan kebijakan-kebijakan yang dibuat oleh direksi.

Karakteristik keanggotaan kedua adalah anggota dewan komisaris merupakan pihak yang ahli di bidang tertentu. Keanggotaan ini dapat disamakan dengan direksi non-eksekutif di *one-tier board system* khususnya terkait dengan tugas memberikan nasehat kepada dewan direksi (*two-tier board system*) atau direktur eksekutif (*one-tier board system*). Direktur non-eksekutif diangkat berdasarkan kemampuan yang bersifat khusus untuk memberikan nasehat secara spesifik tergantung dari kebutuhan perusahaan atas saran-saran khusus dan teknis.

Keanggotaan dewan komisaris ketiga merupakan hasil perkembangan tuntutan yang diungkapkan oleh pemegang saham minoritas ataupun oleh masyarakat luas agar keanggotaan bukan semata-mata wakil dari pemegang saham mayoritas tetapi juga pemegang saham minoritas dan/atau pihak yang dapat mengawasi dewan direksi secara obyektif. Wujud nyata dari perkembangan ini adalah munculnya konsepsi tentang komisaris independen. Maksud dari independensi adalah tidak terafiliasi dengan pihak yang memegang kekuasaan baik *de facto* maupun *de jure* dalam perusahaan. Sedangkan terafiliasi sendiri adalah pihak yang mempunyai hubungan bisnis dan kekeluargaan dengan pemegang saham pengendali, anggota Direksi dan Dewan Komisaris lain, serta dengan perusahaan itu sendiri. Mantan anggota Direksi dan Dewan Komisaris yang terafiliasi serta

karyawan perusahaan, untuk jangka waktu tertentu termasuk dalam kategori terafiliasi.³⁸ FCGI menetapkan kriteria independen adalah sebagai berikut:³⁹

1. *Komisaris Independen tidak memiliki hubungan afiliasi dengan pemegang saham mayoritas atau pemegang saham pengendali (controlling shareholders) Perusahaan Tercatat yang bersangkutan;*
2. *Komisaris Independen tidak memiliki hubungan dengan direktur dan/atau komisaris lainnya Perusahaan Tercatat yang bersangkutan;*
3. *Komisaris Independen tidak memiliki kedudukan rangkap pada perusahaan lainnya yang terafiliasi dengan Perusahaan Tercatat yang bersangkutan;*
4. *Komisaris Independen harus mengerti peraturan perundang-undangan di bidang pasar modal;*
5. *Komisaris Independen diusulkan dan dipilih oleh pemegang saham minoritas yang bukan merupakan pemegang saham pengendali (bukan controlling shareholders) dalam Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS).*

Dalam perkembangannya, pengawasan terhadap pengelolaan perusahaan semakin kompleks. Dewan komisaris tidak akan mampu melaksanakan kegiatannya tanpa dibentuk suatu sistem yang terencana dan terstruktur. Untuk mengantisipasi hal ini, muncullah ide-ide pembentukan komite-komite sebagai sub-sistem dewan komisaris. Komite-komite tersebut antara lain komite audit, komite remunerasi, dan komite nominasi. Ketiga komite ini mempunyai peran yang berbeda-beda. Tetapi yang perlu ditekankan adalah pembentukan komite tersebut tidak diatur pada peraturan perundang-undangan tetapi dalam *corporate governance code* yang memiliki sifat sebagai *soft law*. Tidak diaturnya komite secara tegas dalam peraturan perundang-undangan karena tidak banyak perusahaan yang mampu membentuk komite karena akan menambah beban pengeluaran bagi perusahaan. Oleh karena itu, untuk mengantisipasi inefisiensi maka dibuatlah *corporate governance code* yang bersifat sukarela bagi perusahaan untuk mengadopsi atau tidak ketentuan mengenai pembentukan komite tersebut.

Salah satu komite yang memiliki peran besar dalam memantau kegiatan direksi dengan jajaran manajernya adalah komite audit. Komite Audit menjadi salah satu pusat bagi pelaksanaan *corporate governance* di banyak perusahaan.⁴⁰

³⁸ National Committee on Corporate Governance. 2006. *Pedoman Good Corporate Governance Indonesia*, Jakarta, hal. 15

³⁹ Loc. Cit., hal. 9-10

⁴⁰ Cunningham, Lawrence A. 2004. *A New Product for The State Corporation Law Market: Audit Committee Certifications*, Berkeley Business Law Journal 327

Keefektifannya pada proses pengawasan terhadap manajer keuangan dan menjaga proses pelaporan keuangan menjadi penting untuk meningkatkan kebenaran materi laporan keuangan.⁴¹ Efektifitas Komite Audit merupakan bagian esensi dalam penciptaan *good corporate governance* dengan membantu menghalangi, mendeteksi, dan mencegah penyimpangan laporan keuangan.⁴² Hal inilah yang menjadi alasan utama dibentuknya Komite Audit, karena laporan keuangan merupakan informasi penting bagi pemegang saham maupun *stakeholder* perusahaan.⁴³ Pemegang saham akan berpedoman pada laporan keuangan untuk tetap atau mengalihkan dana investasinya. Begitu pula dengan *stakeholder* yang memilih kolega bisnisnya dengan mengacu pada laporan keuangan sebagai dasar menilai kesehatan perusahaan.

Menurut Pedoman *Good Corporate Governance* 2006, komite audit bertugas membantu dewan komisaris untuk memastikan bahwa: (i) laporan keuangan disajikan secara wajar sesuai dengan prinsip akuntansi yang berlaku umum, (ii) struktur pengendalian internal perusahaan telah dapat dilaksanakan dengan baik, (iii) pelaksanaan audit internal maupun eksternal telah dilaksanakan sesuai dengan standar audit yang berlaku, dan (iv) tindak lanjut temuan hasil audit dilaksanakan oleh manajemen.

Mengenai jumlah anggota komite audit, Pedoman *Good Corporate Governance* 2006 menetapkan harus disesuaikan dengan kompleksitas perusahaan dengan tetap memperhatikan efektifitas dalam pengambilan keputusan. Bagi perusahaan yang sahamnya tercatat di bursa efek, perusahaan negara, perusahaan daerah, perusahaan yang menghimpun dan mengelola dana masyarakat, perusahaan yang produk atau jasanya digunakan oleh masyarakat luas, serta perusahaan yang mempunyai dampak luas terhadap kelestarian lingkungan, Komite Audit diketuai oleh Komisaris Independen dan anggotanya dapat terdiri dari Komisaris dan atau pelaku profesi dari luar perusahaan. Salah seorang anggota memiliki latar belakang dan kemampuan akuntansi dan atau keuangan.

Komite yang kedua adalah komite remunerasi dan nominasi. Komite remunerasi dan nominasi untuk menetapkan kriteria pemilihan calon anggota dewan komisaris dan dewan direksi serta membuat *draft* maupun kebijakan terkait

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

remunerasi. Komite ini pada Pedoman *Good Corporate Governance* 2006 menjadi satu komite tetapi pada *corporate governance code* di negara lain dipisahkan antara komite remunerasi dan komite nominasi.

Hal terakhir mengenai dewan komisaris adalah tentang pemberhentian. Anggota dewan komisaris diangkat oleh RUPS, dan hanya RUPS yang berwenang memberhentikan anggota dewan komisaris. Pemberhentian dilakukan dengan alasan tertentu. UUPT 2007 tidak menyebutkan alasan secara rinci. Namun dapat diinterpretasikan bahwa alasan tersebut adalah jika komisaris melakukan perbuatan yang merugikan perusahaan. Pemberhentian tidak dilakukan semena-mena, tetapi RUPS berhak memberhentikan komisaris setelah komisaris memberikan pembelaan diri.

1.4.1.2.3. Organ Direksi

Direksi merupakan organ yang kedudukannya sentral dalam sistem *corporate governance*. Dalam definisi *corporate governance* sebagai suatu sistem tentang pengelolaan perusahaan dan pengawasan terhadap pengelolaan maka organ dewan direksi berkedudukan sebagai pengelola dan obyek yang diawasi oleh dewan komisaris. Secara normatif, UUPT 2007 menegaskan bahwa direksi sebagai pihak yang melaksanakan kepengurusan atau pengelolaan perusahaan.

Berdasarkan pada definisi *corporate governance* sebagai suatu sistem tersebut dimana direksi merupakan organ yang berwenang mengelola perusahaan maka dapat ditegaskan bahwa direksi merupakan sentral atau pusat kegiatan perusahaan. Meski demikian, perlu diuraikan garis besar bentuk-bentuk kegiatan yang melekat pada direksi dalam kapasitasnya sebagai pusat kegiatan perusahaan karena tidak memungkinkan untuk menyebutkan secara detail kegiatan direksi akibat dari perbedaan karakter dan kondisi perusahaan yang berbeda-beda.

Dalam meninjau fungsi direksi secara umum dapat menilik pendapat dari Bob Garratt yang menyatakan bahwa:

“But there is a vast difference between ‘directing’ and ‘managing’ an organisation. Managing is literally, given its Latin root, a hands-on activity thriving on crisis action. On the operations side of an organisation it is a crucial role. Directing is different. Directing is essentially an intellectual activity. It is

about showing the way ahead, giving leadership. It is thoughtful and reflective and requires the acquisition by each director of a portfolio of completely different thinking skills. . . .

We seem to rely excessively on an ill defined and weakly assessed notion called 'experience' to get by. Unfortunately such experience is rarely directoral. It is usually managerial and professional, and so concerned with the day-to-day operations of a business – these are not directoral roles and there is a big difference between managing and directing an organization.”⁴⁴

Sebagaimana diuraikan di atas bahwa Bob Garratt memisahkan kegiatan *directing* dan *managing*. *Directing* lebih sebagai aktivitas intelektual sedangkan *managing* merupakan kegiatan menjalankan aktivitas keseharian perusahaan dengan menghadapi problematika yang melibatkan perusahaan secara kontinue.

Roger CJ. sebagai ahli hukum juga melihat bahwa direksi dalam perusahaan tidak mungkin melaksanakan kegiatan keseharian perusahaan. Roger CJ. menyatakan bahwa:

“The Board of a large public corporation cannot manage the corporation’s day to day business. That function must of necessity be left to the corporation’s executives. If the directors of a large public corporation were to be immersed in the details of the day to day operations the directors would be incapable of taking more abstract, important decisions at board level . . .”⁴⁵

Dengan mengacu pada cerminan bahwa direksi dalam perusahaan dengan skala besar tidak mungkin melaksanakan kegiatan keseharian perusahaan maka terdapat beberapa pendapat mengenai kegiatan-kegiatan utama yang dilaksanakan oleh direksi. Rogers CJ berpendapat terdapat empat fungsi yang melekat pada dewan direksi yaitu:

- (1) to set goals for the corporation;*
- (2) to appoint the corporation’s chief executive;*
- (3) to oversee the plans of managers for the acquisition and organisation of financial and human resources towards attainment of the corporation’s goals; and*
- (4) review, at reasonable intervals, the corporation’s progress towards attaining its goals’.*

OECD menggariskan adanya enam kegiatan pengelolaan yang melekat pada direksi sebagai berikut:

⁴⁴ Supra Note 35, hal. 78-79

⁴⁵ Du Plessis, Jean Jacques, Anil Hargoven, dan Mirko Bagaric, 2011, *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Cambridge University Press, Australia, hal. 77

- (2) mempertimbangkan dan melaksanakan rencana strategi perusahaan;
- (3) mengawasi kegiatan bisnis perusahaan dan mengevaluasi kegiatan manajemen perusahaan telah berlangsung dengan baik;
- (4) mengidentifikasi resiko yang dihadapi perusahaan dan menjalankan sistem yang tepat untuk mengelola resiko tersebut;
- (5) membentuk sistem pemilihan, pelatihan, dan menentukan gaji bagi manajer;
- (6) membangun dan melaksanakan program hubungan antara perusahaan dan investor; dan
- (7) menciptakan sistem pengawasan internal perusahaan.

Berkaitan dengan komposisi dewan direksi, UUPT 2007 mensyaratkan minimal terdapat satu direksi tetapi tidak menentukan jumlah maksimal dan tergantung kebutuhan dari setiap perusahaan. Namun pada undang-undang yang sama mensyaratkan perusahaan yang kegiatan usahanya berkaitan dengan menghimpun dan/atau mengelola dana masyarakat seperti perusahaan yang menerbitkan surat pengakuan utang kepada masyarakat, atau Perusahaan Terbuka wajib mempunyai paling sedikit 2 (dua) orang anggota direksi. Dalam hal direksi terdiri atas 2 (dua) anggota direksi atau lebih, pembagian tugas dan wewenang pengurusan di antara anggota direksi ditetapkan berdasarkan keputusan RUPS. Dalam hal RUPS sebagaimana dimaksud pada ayat (5) tidak menetapkan, pembagian tugas dan wewenang anggota direksi berdasarkan keputusan direksi.

Adapun organ yang berwenang untuk mengangkat dan memberhentikan direksi adalah RUPS. RUPS di samping berwenang mengangkat anggota direksi juga menetapkan saat mulai berlakunya pengangkatan, penggantian, dan pemberhentian anggota direksi yaitu sejak ditutupnya RUPS. Namun, dalam hal perusahaan yang baru dibentuk, anggota direksi diangkat oleh pendiri perusahaan dalam akta pendirian. Keanggotaan direksi diangkat dalam jangka waktu tertentu dan undang-undang tidak mengatur mengenai berapa kali pengangkatan. Oleh karena itu, anggota direksi dapat diangkat kembali oleh RUPS.

Berkaitan dengan tata cara pengangkatan, penggantian dan pemberhentian, seluruhnya diatur dalam anggaran dasar perusahaan. Anggaran dasar mengatur mengenai pencalonan anggota direksi.

Pasal 93 ayat (1) UUPT 2007 mengatur syarat minimum orang yang dapat diangkat sebagai anggota direksi sebagai berikut:

“Yang dapat diangkat menjadi anggota Direksi adalah orang perseorangan yang cakap melakukan perbuatan hukum, kecuali dalam waktu 5 (lima) tahun sebelum pengangkatannya pernah:

- a. dinyatakan pailit;*
- b. menjadi anggota Direksi atau anggota Dewan Komisaris yang dinyatakan bersalah menyebabkan suatu Perusahaan dinyatakan pailit; atau*
- c. dihukum karena melakukan tindak pidana yang merugikan keuangan negara dan/atau yang berkaitan dengan sektor keuangan.”*

Apabila persyaratan sebagaimana diatur dalam Pasal 93 ayat (1) tersebut di atas tidak terpenuhi maka pengangkatan tersebut batal demi hukum. Paling lambat tujuh hari terhitung diketahui bahwa anggota direksi yang diangkat tidak memenuhi persyaratan maka anggota direksi lainnya atau dewan komisaris harus mengumumkan batalnya pengangkatan anggota direksi yang bersangkutan dalam Surat Kabar dan memberitahukannya kepada Menteri untuk dicatat dalam daftar perusahaan.

Lebih lanjut, persyaratan tersebut dapat ditambah dalam peraturan perundang-undangan teknis lainnya tergantung kebutuhan berdasarkan bentuk usaha yang dijalankan oleh perusahaan. Sebagai contoh dalam perusahaan yang bergerak dibidang perbankan. Pada Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/4/PBI/2006 tentang Pelaksanaan *Good Corporate Governance* Bagi Bank Umum diatur bahwa:

“Mayoritas anggota Direksi dilarang saling memiliki hubungan keluarga sampai dengan derajat kedua dengan sesama anggota Direksi dan/atau dengan anggota dewan Komisaris.”

Berkaitan dengan perbuatan hukum yang telah dilakukan untuk dan atas nama perusahaan oleh anggota ireksi sebelum pengangkatannya batal, tetap mengikat dan menjadi tanggung jawab perusahaan. Terkecuali perbuatan hukum yang dilakukan untuk dan atas nama perusahaan oleh anggota direksi setelah

pengangkatannya batal, adalah tidak sah dan menjadi tanggung jawab pribadi anggota direksi yang bersangkutan.

1.4.2. Corporate Governance Sebagai Suatu Model Pengelolaan

Definisi-definisi sebagaimana telah tertuang di atas sebelumnya, khususnya yang tercantum pada nomor 7 sampai dengan 10, memuat model pengelolaan perusahaan. Model pengelolaan yang dimaksudkan adalah tujuan yang hendak dicapai dari pengelolaan perusahaan itu sendiri.

Definisi yang diangkat oleh Peter Report menunjukkan bahwa *corporate governance* sebagai tata aturan yang diberlakukan dalam proses pengelolaan maupun pengawasan terhadap pengelolaan dengan tujuan untuk menyeimbangkan kepentingan seluruh *stakeholders*. John Farrar juga mempunyai pemikiran yang hampir sama dengan Peter Report dimana *corporate governance* sebagai tata aturan yang mengatur perilaku baik bersifat formal maupun informal dalam perusahaan untuk tujuan memberikan faedah kepada masyarakat. Lain halnya dengan Prowse yang lebih melihat *corporate governance* sebagai tata aturan yang mengikat para pengurus perusahaan dengan tujuan memberikan perlindungan bagi investor dan para kreditor.

Mengamati pendapat Peter Report, John Farrar, serta Prowse, terdapat perbedaan yang mendasar dari definisi-definisi tersebut. Perbedaannya adalah tujuan yang hendak dicapai oleh perusahaan. Peter Report dan John Farrar menitikberatkan tujuan dari *corporate governance* adalah untuk kepentingan *stakeholders* dan masyarakat pada umumnya. Sedangkan Prowse memfokuskan *corporate governance* adalah untuk kepentingan pemegang saham dan para kreditor.

Schleifer and Vishny memiliki pendapat berbeda dimana definisi yang lontarkannya bahwa tujuan *corporate governance* sebagai gabungan dari dua kepentingan yang berbeda, baik kepentingan pemegang saham dan juga kepentingan *stakeholders* secara menyeluruh.

Perbedaan tujuan yang terdapat pada definisi tersebut akibat dari pengaruh dua mazhab besar yang berpengaruh di dunia yaitu *shareholder approach* atau *contractarian approach* dan *stakeholder approach* atau *communitarian approach*.

Shareholder approach atau *contractarian approach* mendudukan pemegang saham sebagai satu-satunya pihak terpenting dalam proses pengelolaan perusahaan. Pendekatan ini menitik beratkan kedudukan pemegang saham sebagai prioritas utama dalam pengelolaan perusahaan. Jika diaplikasikan pada *corporate governance* maka direksi menekankan kehendak pemegang saham yaitu mendapatkan keuntungan sebagai satu-satunya tujuan pengelolaan. Eksistensi perusahaan hanya untuk memaksimalkan kesejahteraan pemegang saham, karena pemegang saham secara moral maupun hukum adalah pemilik perusahaan dengan investasi modal yang telah dilakukannya.⁴⁶ Dengan demikian direksi melaksanakan kewajibannya semata-mata untuk kepentingan pemegang saham.

Direksi melaksanakan kewajiban untuk kepentingan pemegang saham selain didasari pada hubungan agensi karena pemegang saham mempunyai resiko yang terbesar pada jalannya kegiatan usaha perusahaan. van der Weide mengkritisi kewajiban *fiduciary* direksi pada setiap *stakeholder* perusahaan.⁴⁷ Weide beranggapan bahwa kepentingan pemegang saham harus didahulukan karena pemegang saham merupakan pihak yang menanggung resiko terbesar daripada konstituen (*stakeholder*) perusahaan lainnya. van der Weide mengamati kondisi pemegang saham di Amerika Serikat dan model investasi oleh masyarakat Amerika Serikat. Kondisi masyarakat Amerika Serikat memiliki ketersediaan dana tetapi tidak cukup waktu untuk mengelola dana tersebut. Oleh karena itu, pemilik modal lebih memilih investasi melalui bursa saham. Resiko yang dihadapi oleh investor ini lebih besar daripada para kreditor karena saham yang dimiliki tidak terikat pada harta perusahaan secara spesifik. Lain halnya dengan kreditor. Kreditor, khususnya *secured creditor*, mengikatkan kreditnya dengan jaminan berupa harta tertentu yang dimiliki oleh perusahaan penerima kredit (debitor).

⁴⁶ Etzioni, Amitai. Oktober 1998. *A Communitarian Note on Stakeholder Theory*, Business Ethics Quarterly Vol. 8 No. 4 pp. 679-691, hal. 680

⁴⁷ Van der Weide M. 1996. *Against Fiduciary Duties to Corporate Stakeholders*, 21 Delaware Journal of Corporate Law 27

Pendekatan lainnya adalah *stakeholder approach* atau yang dikenal juga dengan *communitarian approach*. Meruntut dari sejarahnya, pendekatan ini telah dicetus oleh Dodd pada awal abad 20 yang menyatakan bahwa pengelola perusahaan bukan semata-mata untuk kepentingan pemegang saham saja⁴⁸ tetapi juga pada setiap pihak yang terlibat dalam perusahaan seperti buruh, konsumen, dan masyarakat.⁴⁹ Dodd tidak menampik pendapat Berle mengenai perusahaan sebagai sebagai asosiasi pemegang saham yang dibentuk untuk mencapai keuntungan pribadi serta setiap kegiatan direksi perusahaan hanya ditujukan pada kepentingan pemegang saham.⁵⁰ Namun pandangan Dodd berbeda manakala menafsirkan tujuan pembentukan perusahaan bukan semata-mata hanya untuk kepentingan pemegang saham, tetapi lebih dari itu, Dodd berpendapat bahwa berdasarkan pada hukum di Amerika Serikat, perusahaan dan segala kegiatan bisnis merupakan profesi publik daripada sebatas hal-hal yang bersifat privat.⁵¹

Pemikiran Dodd ini juga senada dengan pandangan Blair dan Stout yang mengembangkan teori *team production*. Teori *team production* melihat bahwa pengelolaan perusahaan tidak hanya melaksanakan kewajibannya untuk kepentingan pemegang saham, tetapi pengelolaan juga bertujuan untuk memenuhi kepentingan anggota *team* yang tergabung dalam perusahaan. Anggota *team* tersebut antara lain, pekerja, kreditor, pemegang saham, manajer, dan lainnya.⁵²

Teori *team production* menilai bahwa perusahaan publik lebih berupa "*nexus of firm-specific investments*" daripada "*a bundle of assets under common ownership*".⁵³ Pernyataan tersebut dapat dijelaskan bahwa perusahaan publik merupakan suatu organisasi yang menjalankan kegiatan bisnis tempat dimana setiap pihak menginvestasikan sumberdayanya dan bukan semata-mata sebagai suatu bentuk persatuan modal dari para pemodal. Teori ini hampir sama dengan teori tentang perusahaan (*firm*) yang diusung oleh aliran neoklasik. Menurut pandangan

⁴⁸ Berle, Jr. A. A. 8 Mei 1932. *For Whom Corporate Managers are Trustee?*, Harvard Law Review Vol. XLV No. 7 pp. 1145-1163, hal. 1160

⁴⁹ Ibid., hal. 1156

⁵⁰ Dodd, E. Merrick. 8 Mei 1932. *For Whom are Corporate Managers Trustees?*, Harvard Law Review Vol. XLV No. 7 pp. 1146-1163, hal. 1147

⁵¹ Ibid., hal. 1148

⁵² Ford, H. A. J.; R.P. Austin, dan I. M. Ramsay, 2003, *Ford's Principles of Corporation Law*, Butterworth, Australia, , hal. 27

⁵³ Blair, Margaret M. dan Lynn A. Stout, 1999, *Team Production in Business Organizations*, 24 Iowa Journal of Corporate Law, 743

neoklasik, *firm as a collection of resources that is transformed into product demanded by consumers*. Teori tentang perusahaan oleh pemikiran neoklasik tersebut dapat diuraikan bahwa '*resources*' tersebut adalah segala bentuk sumberdaya (modal, tenaga, alam, dan sebagainya) yang berkumpul menjadi satu dalam suatu organisasi untuk mencapai tujuan, yaitu memproduksi suatu produk yang akan dijual pada konsumen.

Teori *team production* juga seirama dengan teori *stakeholder*. *Stakeholder* merupakan suatu kelompok atau individu yang mana pihak tersebut dapat mempengaruhi atau dipengaruhi oleh tujuan dari perusahaan.⁵⁴ Pihak yang berpengaruh atau dipengaruhi tersebut akan berbeda-beda menurut kegiatan bisnis yang dilakukan dan pihak-pihak yang berhubungan dengan perusahaan.

Pendekatan *stakeholder* tersebut menjadi dasar bagi munculnya dua konsepsi mengenai perusahaan dan proses pelaksanaan kegiatan oleh perusahaan yaitu konsep *corporate citizenship* dan *corporate social responsibility*. Tujuan dari kedua pendekatan tersebut adalah agar tata kelola perusahaan oleh direksi memberikan kontribusi positif bagi masyarakat luas.

Corporate citizenship merupakan konsep yang menitikberatkan pada pemenuhan tujuan pengelolaan perusahaan pada aspek sosial, ekonomi, dan lingkungan hidup di samping tujuan finansial berupa pencapaian profit.⁵⁵ David Vidal sebagai salah satu peneliti tentang *corporate citizenship* berpendapat:

*"Citizenship is not, as some critics charge, window dressing for the corporation. It deals with primary business relationships that are part of a company's strategic vision, and a good business case can be made for corporate citizenship."*⁵⁶

Pernyataan Vidal mengungkapkan bahwa *corporate citizenship* bukan semata-mata kegiatan perusahaan untuk mempercantik diri agar mendapatkan pengakuan dari masyarakat. Lebih dari itu, *corporate citizenship* merupakan suatu bagian dari langkah perusahaan dalam menjalankan bisnis dengan baik.

⁵⁴ Sternberg, E. 1999. *The Stakeholder Concept: A Mistaken Doctrine*, hal. 13

⁵⁵ Vogl, A. J. Januari/Februari 2003. *Does It Pay To Be Good?*, Across The Board pp. 17-23, hal. 17

⁵⁶ Ibid.

Paul Redmond mengidentifikasi dan menginventarisir konsepsi *corporate social responsibility*.⁵⁷ Pertama, *corporate social responsibility* dalam konsepsi yang paling sederhana yaitu sebagai bentuk pemenuhan kewajiban hukum oleh perusahaan. Pada konteks domestik, *corporate social responsibility* dilaksanakan dengan melaksanakan aturan hukum yang diberlakukan dalam yurisdiksi suatu negara bergantung pada jenis usaha yang dijalankan oleh perusahaan. Misalnya saja perusahaan yang memproduksi suatu barang wajib mematuhi hukum lingkungan dengan mengolah limbah proses produksi. Konsep kedua adalah perusahaan memberikan bantuan sukarela kepada masyarakat atau yang disebut sebagai *corporate philanthropy*. Ketiga, perusahaan mengutamakan kepentingan *stakeholder* untuk memaksimalkan nilai perusahaan. Konsep ketiga ini sebagai konsepsi dasar pada *Principles of Corporate Governance* yang ditetapkan *The Business Roundtable* sebagai organisasi *Chief Executive Officers* (CEO) perusahaan di Amerika Serikat. Dan konsepsi keempat adalah pengelola perusahaan mendahulukan kepentingan *stakeholder* daripada pemegang saham. Konsepsi keempat ini lebih mengedepankan kesejahteraan masyarakat dengan mengorbankan keuntungan pemegang saham.

Ford, Austin, dan Ramsay menggunakan pendekatan komunitarian dengan menitikberatkan arti kepentingan perusahaan sebagai kepentingan seluruh pihak yang berhubungan dengan perusahaan.⁵⁸ Adapun pihak-pihak tersebut antara lain pemegang saham, perusahaan itu sendiri, dan para *stakeholder* (*stakeholder* adalah pihak yang memiliki hubungan dengan direktur baik langsung maupun tidak langsung). Kepentingan pertama adalah kepentingan pemegang saham. Pemegang saham memiliki kepentingan karena pihak inilah yang menginvestasikan dana ke dalam perusahaan. Resiko yang dihadapi pemegang saham sangat besar dimana dana yang diinvestasikan tidak dijamin dengan jaminan terhadap aset tertentu. Pemegang saham hanya mengharapkan keuntungan dari pengelolaan oleh pihak direksi. Untuk itu pemegang saham mengharapkan bahwa dana yang telah disetorkan dikelola dengan baik serta mendatangkan keuntungan. Direksi sebagai pengelola perusahaan wajib mengelola dengan baik dana pemegang saham. Pemegang saham dalam perusahaan bervariasi. Namun, sering kali terdapat dua kategori yaitu pemegang saham mayoritas dan minoritas. Direktur tidak secara

⁵⁷ Redmond, Paul. 2005. *Corporate Social Responsibility*, Reform Issue 87 2005/2006, hal. 7-8

⁵⁸ Supra note 52, hal. 2

langsung mengimplementasikan kehendak dari pemegang saham mayoritas karena kemungkinan akan merugikan kepentingan pemegang saham minoritas. Dengan demikian, direktur wajib membuat kebijakan yang adil bagi seluruh pemegang saham. Kedua, kepentingan perusahaan. Perusahaan adalah subyek hukum yang berdiri sendiri dari para pemodal (pemegang saham). Sebagai *legal entity* tersebutlah, perusahaan memiliki kepentingan sendiri yaitu terus berdiri dengan kondisi yang sehat. Ketiga, kepentingan kreditor. Direktur tidak memiliki tanggung jawab langsung kepada kreditor. Tetapi, tanggung jawab kepada kreditor muncul dari kewajiban direktur kepada perusahaan terlebih dahulu. Tanggung jawab direktur kepada kreditor dilandasi oleh kegiatan kreditor terhadap perusahaan, dimana kreditor telah mempercayai perusahaan untuk memberikan pinjaman (dalam bentuk apapun). Dengan demikian, perusahaan wajib berperilaku yang didasari pada itikad baik terhadap kreditor. Sedangkan posisi direktur sebagai pengelola perusahaan semestinya melaksanakan kewajiban agar kreditor tidak mengalami kerugian atas pengelolaan perusahaan. Tanggung jawab direktur terhadap kreditor lebih besar manakala perusahaan mengalami kesulitan keuangan yang kemungkinan terjadi kebangkrutan dan/atau perusahaan dalam keadaan pailit. Sebagai pihak yang melaksanakan tugas sehari-hari perusahaan, direktur berkewajiban untuk menghindari pemindahan harta kekayaan perusahaan yang berakibat pada pengurangan nilai perusahaan. Dengan turunnya nilai perusahaan ditinjau dari jumlah harta kekayaan, maka kreditor akan mendapatkan pengembalian yang kemungkinan kurang dari piutangnya. Keempat adalah kepentingan *stakeholder* yang lainnya buruh, konsumen, masyarakat, lingkungan. *Stakeholder* adalah pihak-pihak yang memiliki hubungan dengan perusahaan seperti kreditor, buruh, dan lain-lainnya. Direktur pada kenyataannya tidak memiliki hubungan secara langsung dengan para *stakeholder*, karena hubungan dengan pihak-pihak dalam kategori *stakeholder* muncul karena kontrak antara perusahaan dengan pihak *stakeholder* maupun kewajiban hukum akibat peraturan perundang-undangan. Dengan konsekuensi bahwa direktur tidak wajib mengikuti kemauan dari *stakeholder*. Namun, direksi sebagai pengelola perusahaan, wajib melindungi kepentingan *stakeholder* karena mereka ini melakukan hubungan hukum dengan perusahaan atas dasar itikad baik.

1.5. Model Pengelolaan dan Hukum Perusahaan

Kedua pendekatan *corporate governance*, baik pendekatan kontraktarian maupun pendekatan komunitarian terlihat bertentangan antara satu dengan lainnya. Pendekatan kontraktarian mengedepankan *corporate governance* untuk kepentingan perusahaan dan pemegang saham. Sedangkan pendekatan komunitarian lebih memberi nuansa sosial dimana tujuan *corporate governance* bukan semata-mata untuk kepentingan pemegang saham tetapi untuk kepentingan seluruh pihak yang berhubungan dengan perusahaan. Bahkan oleh beberapa ahli, pengelolaan perusahaan adalah untuk kepentingan masyarakat luas.

Pertentangan ini menjadikan adanya dua pandangan yang berbeda mengenai tujuan hukum perusahaan. Sebagaimana dijelaskan oleh Kraakman bahwa hukum perusahaan bertujuan untuk meningkatkan kesejahteraan secara menyeluruh bagi setiap pihak yang terlibat dalam kegiatan perusahaan. Bila dihubungkan dengan perusahaan sebagai *nexus of contracts* maka tujuan yang hendak dicapai oleh hukum perusahaan menurut Kraakman bukan semata-mata untuk meningkatkan kesejahteraan pemegang saham semata. Hukum perusahaan lebih luas dari itu. Hukum perusahaan memberi kontribusi positif baik finansial maupun non-finansial terhadap baik pemegang saham maupun *stakeholders*.⁵⁹ Adapun indikator dari tujuan ini adalah tingginya nilai saham perusahaan pada bursa. Dengan tingginya harga saham suatu perusahaan maka perusahaan memiliki kemampuan yang baik.

Adalah benar sebagaimana diutarakan oleh Kraakman bahwa tujuan hukum perusahaan untuk meningkatkan kesejahteraan seluruh *stakeholders* dan bukan semata-mata kesejahteraan pemegang saham. Nilai perusahaan akan meningkat apabila perusahaan dapat memenuhi kewajiban yang melekat padanya. Perusahaan dapat membayar gaji pegawai dan bahkan memberi insentif khusus untuk meningkatkan taraf hidup pegawai. Perusahaan secara berkala membayar hutang kepada kreditor baik *secured* maupun *unsecured creditors*. Setelah kewajiban-kewajiban terpenuhi barulah perusahaan membagi keuntungan kepada pemegang saham dalam bentuk dividen dan/atau mengalokasikan keuntungannya untuk

⁵⁹ Kraakman, Reinier, 2001, *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, United States, hal. 28

investasi baru. Hal ini secara otomatis akan dinilai masyarakat bahwa perusahaan dalam kondisi yang baik dan saham perusahaan diminati oleh para investor. Dengan meningkatnya jumlah peminat atas sahamnya, berarti meningkat pula nilai saham berdasarkan prinsip *demand and supply*.

Namun, tujuan hukum perusahaan sebagaimana dijelaskan di atas tidak menjawab hal yang fundamental dalam perspektif normatif. Oleh karena itu, perlu ditinjau konsep normatif mengenai hubungan hukum yang diatur dalam hukum perusahaan.

Bila dicermati secara seksama dengan menggunakan pendekatan teori sistem hukum, kedua pendekatan tersebut tidak bertentangan antara satu dengan lainnya. Sistem hukum sebagai satu kesatuan material (*material unity*) merupakan suatu kesatuan hukum dari berbagai bentuk hukum yang mempunyai perbedaan substansi.⁶⁰ Kesatuan hukum ini dibatasi oleh yurisdiksi suatu kedaulatan dalam bentuk negara.

Di setiap negara, termasuk Indonesia sebagai suatu negara yang berdaulat, memiliki kesatuan hukum yang terdiri dari kesatuan hukum material. Di dalam kesatuan hukum material dalam yurisdiksi yang berdaulat terdapat berbagai hukum yang dibuat oleh lembaga negara dengan substansi yang berbeda-beda. Sebagai contoh, negara membuat dan memberlakukan hukum perusahaan, hukum perjanjian, hukum perlindungan konsumen, hukum lingkungan, dan lain sebagainya.

Hukum perusahaan, sebagai bagian dari sistem hukum, merupakan subsistem hukum yang fokus mengatur hubungan antara perusahaan dan pemegang saham dengan direksi sebagai pengelola perusahaan. Pada hubungan hukum tersebut terdapat dua bentuk konflik yang kemungkinan timbul yaitu *agency problem* dan ekspropriasi. Kedua bentuk tersebut mempunyai karakteristik berbeda.

Agency problem muncul manakala ada pemisahan antara kepemilikan dan kontrol perusahaan (*separation of ownership and control*) yang mana pemegang saham tidak terlibat dalam proses kepemimpinan perusahaan karena kepemimpinan

⁶⁰ Raz, Joseph, 1971, *The Identity of Legal Systems*, California Law Review Vol. 59 No. 795, pp. 795-815

diserahkan kepada para profesional.⁶³ Pemisahan ini dapat menimbulkan kondisi dimana kedudukan pemegang saham yang lemah dan sebaliknya, direksi menjadi kuat karena mengontrol aktivitas serta memiliki akses langsung pada informasi internal perusahaan.⁶⁴ Akibatnya adalah direksi dapat mengalihkan hak milik perusahaan ataupun menggunakan kesempatan yang dimiliki oleh perusahaan untuk dirinya sendiri.

Berbeda dengan permasalahan yang bersifat ekspropriasi. Permasalahan dalam kategori ekspropriasi lebih condong pada adanya upaya dari pihak pemegang saham yang juga sebagai pengelola untuk mengambil keuntungan dari posisinya sebagai pengontrol perusahaan.⁶⁶ Tindakan ekspropriasi terjadi pada perusahaan dikontrol oleh pemegang saham mayoritas itu sendiri. Pemegang saham yang juga pengontrol perusahaan menggunakan doktrin *limited liability* sebagai benteng untuk menghindari pertanggung jawaban pribadi atas eksploitasi terhadap perusahaan.

Hukum perusahaan sebagai hukum material dalam suatu sistem hukum fokus mengatur mengenai hubungan antara pengelola dengan pemodal. Ruang lingkup dari hukum perusahaan utamanya adalah sebagai *standard of conduct* dari pengurus perusahaan dalam melaksanakan kegiatan kepengurusan atau pengelolaan perusahaan. Tujuannya adalah memperoleh keuntungan yang akan didistribusikan kepada setiap pemodal dan bukan untuk kepentingan pengurus itu sendiri. Di samping itu, hukum perusahaan juga mengatur mengenai mekanisme pengawasan terhadap pengelolaan perusahaan. Pengawasan tersebut baik melalui mekanisme pembentukan dewan komisaris serta proses transparansi dalam kegiatan pengelolaan perusahaan.

Terdapat pengkhususan mengenai pengawasan pada perusahaan-perusahaan tertentu. Pada perusahaan publik, pengawasan dilakukan oleh Bapepam sebagai otoritas pengawas pasar modal. Sedangkan perusahaan yang bergerak dibidang perbankan, pengawasan dilaksanakan oleh Bank Indonesia. Untuk

⁶³ Fama, Eugene F. dan Michael Jensen. Juni 1983. *Agency Problems and Residual Claims*, Journal of Law and Economic, Vol. 26 No. 2, hal. 331; Easterbrook, Frank H. dan Daniel R. Fischel. 1991. *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, United States of America, hal. 1

⁶⁴ *Ibid*

⁶⁶ Oman, Charles, Steven Fries dan Willem Buiters. 2003. *Corporate Governance in Developing, Transition, and Emerging Market*, OECD Development Centre Policy Brief No. 23, hal. 12

perusahaan publik dan bank, pengawasan bukan semata-mata dilaksanakan oleh dewan internal di perusahaan itu sendiri, dalam hal ini dewan komisaris. Perusahaan publik dan bank sebagai perusahaan yang menghimpun dana dari masyarakat, pengawasan diatur secara khusus dalam hukum material lainnya dan dilaksanakan oleh lembaga atau badan yang dibentuk oleh negara. Tujuannya adalah, Bapepam sebagai pengawas perusahaan publik memberikan keamanan investasi bagi para investor. Sedangkan peranan Bank Indonesia sebagai pengawas perusahaan perbankan lebih diarahkan untuk memberi keamanan bagi para nasabah.

Adapun kepentingan pihak *stakeholders* sebagai pihak eksternal perusahaan diatur dalam hukum material lainnya. Sebagai contoh adalah hubungan antara perusahaan dengan buruh diatur pada hukum perburuhan. Hubungan antara perusahaan dengan konsumen diatur tersendiri dalam hukum perlindungan konsumen. Sedangkan hubungan antara perusahaan dengan masyarakat yang berkaitan dengan lingkungan hidup juga diatur dalam hukum lingkungan.

Memperhatikan pembagian substansi hukum ditinjau dari sistem hukum serta definisi *corporate governance* sebagai proses pengelolaan dan pengawasan terhadap pengelolaan tersebut maka dapat ditarik suatu batasan yang tegas mengenai model pengelolaan yang diatur dalam hukum perusahaan. Sebagaimana diuraikan di atas bahwa hukum perusahaan merupakan hukum material yang mengatur hubungan hukum dalam internal perusahaan. Adapun hubungan hukum yang diatur tersebut adalah hubungan hukum yang berkaitan dengan pengelolaan dan pengawasan terhadap pengelolaan. Fokus utama dari hukum perusahaan adalah mengatur tentang standard perilaku direksi sebagai pengelola perusahaan agar dalam melaksanakan kegiatan pengelolaan perusahaan tidak menimbulkan kerugian bagi perusahaan yang nantinya akan merugikan pemegang saham sebagai investor. Di samping itu, hukum perusahaan juga menitikberatkan pada proses pengawasan oleh pemegang saham terhadap dewan direksi sebagai pengelola perusahaan melalui mekanisme dewan komisaris dan keterbukaan sebagai alat untuk memantau kegiatan dewan direksi dalam melaksanakan fungsi pengelolaan.

Dengan demikian, model pengelolaan dengan *shareholder approach* sebagai landasan model pengelolaan perusahaan yang tepat dan bukan *stakeholders*

approach yang terdapat dalam hukum perusahaan. *Shareholder approach* memfokuskan pada bagaimana koridor hukum yang menjadi pedoman pengelola perusahaan dalam kegiatannya mengelola perusahaan tersebut. Serta adanya koridor hukum lain yang menjadi pegangan bagi pemegang saham untuk memantau kegiatan pengelolaan perusahaan.

BAB II

KEDUDUKAN DIREKSI DALAM PERUSAHAAN

2.1. Pengantar

Sebagaimana dijelaskan pada bab sebelumnya, *corporate governance* merupakan suatu sistem yang terdapat dalam suatu perusahaan mengenai pengelolaan dan pengawasan terhadap pengelolaan perusahaan. Tujuan dari *corporate governance* itu sendiri adalah dalam pengelolaan perusahaan untuk memberikan keuntungan bagi perusahaan dan pemegang saham.

Direksi memiliki peranan sentra dalam *corporate governance*. Direksi adalah pihak yang melaksanakan kegiatan pengelolaan perusahaan yang menjadi unsur utama dari hakikat *corporate governance*. Di dalam definisi *corporate governance* yang lainnya, yaitu *corporate governance* sebagai model pengelolaan, direksi merupakan pihak yang diberi kekuasaan oleh perusahaan serta pemegang saham untuk mengelola perusahaan dengan tujuan memperoleh keuntungan yang nantinya akan bermanfaat bagi perusahaan dan pemegang saham.

Pentingnya kedudukan direksi dalam *corporate governance* ini menjadikan perlu dilakukan penelaahan mengenai kedudukan direksi itu sendiri. Sebagaimana terdapat dalam sistem hukum, direksi memiliki tiga kedudukan sekaligus yaitu sebagai organ dalam *corporate governance*, sebagai organ perusahaan dalam kapasitas lainnya, sebagai wakil, serta kedudukan sebagai pengurus.

Kedudukan direksi sebagai organ dalam *corporate governance* sebagai sistem telah dibahas di bab sebelumnya. Pada bab ini akan diuraikan mengenai kedudukan direksi sebagai organ perusahaan, wakil perusahaan, serta pengurus perusahaan. Ketiga kedudukan direksi tersebut memiliki karakter yuridis yang berbeda-beda dengan dasar hukum serta konsekuensi yuridis yang berbeda pula.

Untuk dapat memberikan gambaran yang lebih tegas mengenai ketiga kedudukan yang melekat pada direksi maka sebelumnya akan diuraikan terlebih dahulu tentang landasan teoritis mengenai hakikat perusahaan sebagai *nexus of contracts*.

2.2. Landasan Teoritis Pemisahan Kedudukan Direksi

Pada awal abad XX, muncul pemikiran baru di wilayah hukum perusahaan yaitu teori *nexus of contracts* sebagai hasil pemikiran Ronald Coase pada tahun 1937 dalam artikelnya yang berjudul *The Nature of The Firm*. Pada artikel tersebut, Coase mengupas hakikat perusahaan dari perspektif yang berbeda dengan teori-teori sebelumnya khususnya teori fiksi dan teori entitas natural yang berpengaruh kuat dalam hukum perusahaan. Teori fiksi memandang hakikat perusahaan didirikan oleh negara yang selanjutnya negara pula memberikan kekuasaan tertentu pada perusahaan untuk melaksanakan suatu kegiatan tertentu. Lain halnya dengan teori entitas natural dimana menurut teori ini, perusahaan didirikan oleh sekumpulan anggota masyarakat untuk melakukan suatu kegiatan usaha tertentu. Kedua teori tersebut berbeda satu dengan lainnya akibat dari fenomena yang menjadi alasan-alasannya berbeda pula. Teori fiksi, yang muncul lebih dahulu dari teori entitas natural, dari proses pemikiran atas sejarah pembentukan perusahaan oleh negara sebagai pemegang kekuasaan mulai era Yunani dan Romawi sebelum masehi sampai di Amerika Serikat pada abad XVI-XVII. Sedangkan teori entitas natural mulai mengemuka setelah terjadinya revolusi industri di Perancis. Pada saat itu, para usahawan membentuk organisasi untuk melakukan kegiatan secara bersama-sama. Awal dari pembentukan organisasi tersebut untuk kegiatan illegal dan selanjutnya kegiatan usaha legal sebagaimana dikenal sampai saat ini dalam bentuk perusahaan.

Teori *nexus of contracts* mempunyai fundamen yang berbeda dari kedua teori pendahulunya. Coase melihat hakikat perusahaan dengan pendekatan ekonomi dan bukan pendekatan politik maupun sosiologis sebagaimana landasan dari teori fiksi dan entitas natural. Dalam menjelaskan hakikat perusahaan tersebut, Coase membandingkan antara biaya produksi yang dipilih oleh wirausahawan dengan membentuk perusahaan dan tanpa perusahaan. Biaya produksi lebih rendah apabila wirausahawan mengkoordinasikan proses produksi di dalam perusahaan

dibandingkan dengan tidak mengkoordinasi dalam satu organisasi. Pemikiran Coase tersebut diilustrasikan sebagai berikut.

“Outside the firm, price movements direct production, which is co-ordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm, these market transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur-co-ordinator, who directs production. It is clear that these are alternative methods of co-ordinating production. Yet, having regard to the fact that if production is regulated.”¹⁰⁹

“The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of “organising” production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce exchanges, a technique is devised for minimising these contract costs; but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced. A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism.”¹¹⁰

Uraian di atas mengilustrasikan bahwa wirausahawan atau pelaku bisnis mengkoordinasi suatu proses produksi melalui perusahaan karena biaya transaksi akan lebih rendah daripada melalui mekanisme pasar secara langsung.¹¹¹ Unsur-unsur biaya transaksi yang dikeluarkan oleh wirausahawan meliputi biaya negosiasi atas perjanjian yang dibuat untuk pelaksanaan proses produksi.¹¹² Terdapat faktor pendukung yang dilontarkan Coase mengenai penggunaan perusahaan sebagai *system of relationship*. Hubungan kontrak penyediaan barang dan jasa yang dibutuhkan untuk proses produksi bersifat jangka panjang.¹¹³ Perjanjian jangka panjang dibentuk pada hubungan penyediaan jasa khususnya jasa tenaga kerja atau buruh. Adapun perjanjian yang dibuat untuk jangka panjang karena:

- (i) pembentukan kontrak penyediaan barang dan jasa untuk hubungan yang membutuhkan jangka panjang akan menekan biaya transaksi; dan

¹⁰⁹ Coase, Ronald H. November 1937. *The Nature of The Firm*, *Economica* New Series Vol. 4 No. 16 pp. 386-405, hal 388

¹¹⁰ Ibid. hal 390

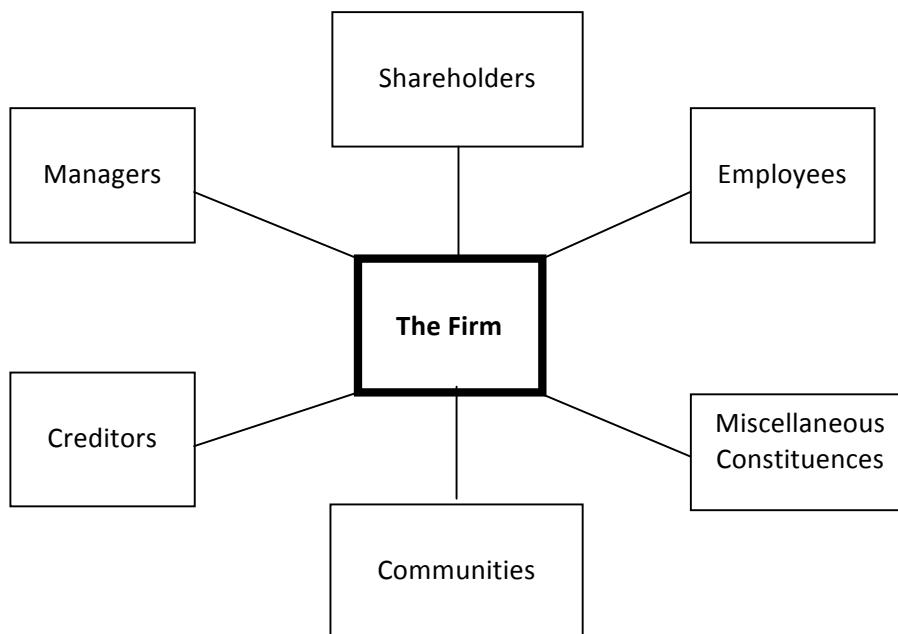
¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid. hal 390-391

¹¹³ Ibid. hal. 391

(ii) perjanjian jangka panjang dapat menekan resiko yang mungkin terjadi di kemudian hari.

Bainbridge meninterpretasikan pandangan Coase dengan menyatakan bahwa hakikat perusahaan sebagai *nexus of contracts* ini berarti perusahaan bukan semata-mata sebagai suatu entitas. Namun lebih dari itu, perusahaan adalah sekumpulan sumber daya yang dikoordinasikan untuk mencapai suatu tujuan tertentu.¹¹⁴ Pernyataan Bainbridge tersebut digambarkan dalam bagan di bawah ini:



Sumber: Bainbridge (New Corporate Governance)

Berdasarkan gambar tersebut dapat dilihat bahwasannya *the firm* atau perusahaan merupakan pusat dari berbagai macam sumber daya yang dipasok oleh berbagai pihak. Masing-masing pihak tersebut melakukan hubungan hukum dengan perusahaan. Hubungan hukum itu sendiri dapat dikategorikan dalam dua bentuk perjanjian yaitu dalam *complete contract* dan *incomplete contract*.

Complete contract merupakan bentuk perjanjian yang umum ditemukan dalam hubungan kontraktual. Dalam suatu perjanjian pada umumnya, para pihak menetapkan klausul yang sifatnya eksplisit. Suatu perjanjian yang komplit, menurut Shavell dan Kaplow, adalah perjanjian yang dibuat secara spesifik mengenai hak dan

¹¹⁴ Bainbridge, Stephen, 2008, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford University Press, New York, hal 28

kewajiban dari para pihak.¹¹⁵ Pada tataran konseptual, Shavell dan Kaplow menegaskan bahwa substansi perjanjian komplit lebih komprehensif dimana ditetapkan secara lugas setiap hal yang mungkin akan terjadi pada saat pelaksanaan perjanjian. Meskipun perjanjian tidak mencantumkan secara detail mengenai pelaksanaan perjanjian namun terdapat suatu kepatutan yang harus dilaksanakan dan melekat pada perjanjian itu sendiri. Bentuk perjanjian pada umumnya ini diklasifikasikan sebagai perjanjian yang komplit atau *complete contract*.

Bentuk kedua dari kontrak adalah *incomplete contract*. Ditinjau dari penamaannya, *incomplete contract* secara harfiah dapat diterjemahkan dengan kontrak yang tidak komplit. Menurut Shavell, terdapat kontrak yang dibuat tidak secara detail akibat dari ketidakmungkinan memuat seluruh klausul secara spesifik karena luasnya wilayah atau cakupan hak dan kewajiban yang melekat pada para pihak dalam hubungan hukum.¹¹⁶

Di dalam perusahaan sebagai *nexus of contracts* tersebut, seluruh hubungan hukum antara perusahaan dengan para pihak didasarkan pada hubungan kontraktual. Sedangkan karakter dari kontrak tersebut, ada kontrak yang berkarakter *complete contract* dan ada pula yang berkarakter *incomplete contract*. Perjanjian komplit ini dapat ditemui pada hubungan yang melibatkan perusahaan dengan para kreditor, buruh, atau supplier. Dalam perjanjian tersebut ditegaskan hak dan kewajiban masing-masing pihak secara eksplisit. Hal ini berbeda dengan perjanjian antara direksi dengan perusahaan. Bentuk perjanjian tersebut relatif tidak ditegaskan dalam suatu perjanjian secara detail dengan klausul-klausul jelas dan tegas mengenai hak dan kewajiban direksi terhadap perusahaan. Karena apabila dituangkan secara tertulis maka akan membutuhkan banyak waktu untuk menentukan kewajiban direksi secara spesifik yang berimbang pada inefisiensi. Sebagaimana ditegaskan oleh Easterbrook dan Fischel bahwa:

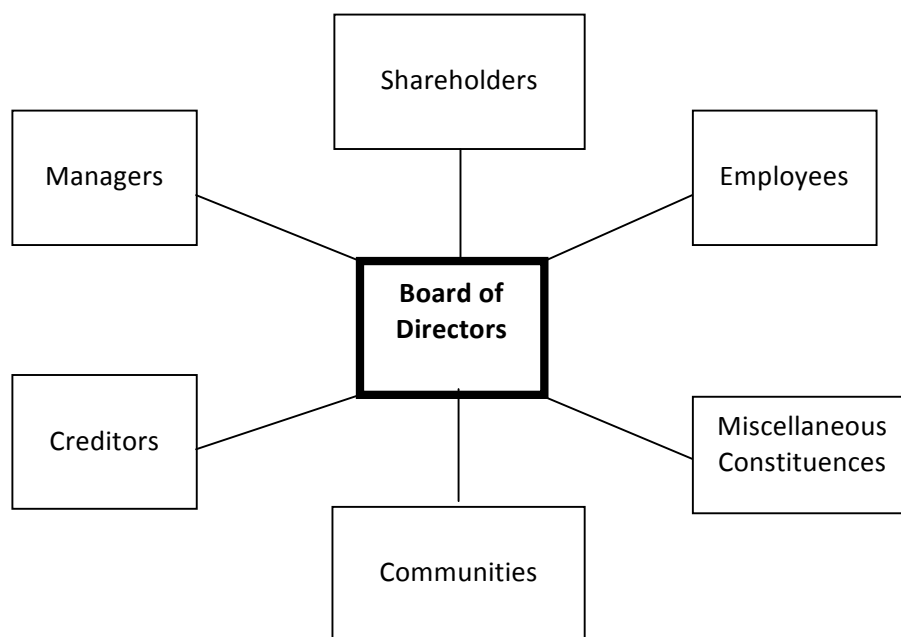
“When the task is complex, when efforts will span a substantial time, when the principal cannot measure (or evaluate) the agent's effort, when an assessment of the outcome is not a good substitute for measuring effort (because the outcome may be attributable to luck, or to a superior effort by some competitor), and when a relative shortage of information hinders the drawing of conclusions even

¹¹⁵ Shavell, Steven, dan Louis Kaplow. 2002. *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, hal. 174

¹¹⁶ Shavell, Steven, 2004, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of The Harvard University Press, Massachusetts, hal. 299

when the outcome may be highly informative, a detailed contract would be silly.”¹¹⁷

Lebih lanjut, di dalam perusahaan sebagai *nexus of contract* tersebut, kedudukan perusahaan dilaksanakan oleh direksi. Di dalam kapasitasnya sebagai pusat manajemen dari perusahaan itulah direksi melakukan hubungan hukum dengan setiap partisipan perusahaan. Hubungan hukum tersebut berdasarkan baik *complete contract* maupun *incomplete contracts*.



Sumber: Bainbridge (New Corporate Governance)

Pada sistem hukum perusahaan Indonesia, kedudukan direksi dalam melakukan hubungan hukum dengan para partisipan itu sendiri berbeda-beda. Kedudukan direksi membuat hubungan hukum dalam bentuk *complete contract* dengan para partisipan dapat berkedudukan sebagai organ atau wakil dari perusahaan. Sedangkan direksi berkedudukan sebagai pengurus dalam membuat hubungan hukum berkarakter *incomplete contract*. Ketiga kedudukan direksi tersebut telah diatur pada sistem hukum perusahaan meskipun tidak diatur secara eksplisit dalam norma-norma hukum.

¹¹⁷ Easterbrook, Frank H. dan Daniel R. Fischel. April 1993. *Contract and Fiduciary Duty*, Journal of Law and Economics, Vol. XXXVI, pp. 425-446, hal. 426

2.3. Kedudukan Direksi Sebagai Organ

Ditinjau dari kerangka yuridis, kedudukan sebagai organ dalam UUPT 2007 ini berfungsi untuk mengantisipasi keterbatasan perusahaan dalam menjalankan kegiatannya. Di satu sisi, perusahaan sebagai badan hukum dan entitas mandiri. Dalam kapasitas sebagai badan hukum dan entitas mandiri ini, perusahaan memiliki hak, kewajiban, serta tanggung jawab sendiri yang terpisah dari pendirinya. Perusahaan juga memiliki hak atas harta kekayaannya sendiri. Tetapi di sisi lain, perusahaan tidak dapat menjalankan aktifitasnya tanpa keterlibatan manusia natural. Meskipun perusahaan memiliki hak, kewajiban, dan tanggung jawab pribadi, dirinya tidak dapat melakukan kegiatannya karena pada kenyataannya perusahaan adalah benda mati.

Dalam mensingkapi keadaan ini, hukum membuat suatu terobosan dengan mengatur bahwa perbuatan perusahaan dilakukan oleh organ dari perusahaan itu sendiri. Demikian juga dalam sistem hukum perusahaan Indonesia, dimana perbuatan perusahaan dilaksanakan oleh organ dari perusahaan itu sendiri yaitu organ dewan direksi.

Keberadaan organ dalam perusahaan sebagai badan hukum dan entitas mandiri dipengaruhi oleh pemikiran Gierke dengan teori organik. Sebagaimana ditegaskan oleh Machen yang mengutip pemikiran Gierke bahwa ketika suatu perusahaan dibentuk melalui sekelompok manusia maka terbentuknya 'sosok manusia baru', dalam bentuk suatu 'badan hukum'. Perusahaan sebagai 'sosok manusia baru' tersebut memiliki organ seperti halnya manusia. Lebih dari itu, 'sosok manusia baru' juga memiliki kehendak dan perasaan.

Pendekatan organik merupakan salah satu pendekatan yang dipakai sebagai basis dalam hal pertanggung jawaban perusahaan pada umumnya dan termasuk perusahaan yang tunduk pada UUPT 2007. Secara umum pendekatan organik menegaskan bahwa perusahaan bertanggung jawab atas kesalahan terhadap tindakan organ dari perusahaan tersebut. Machen Jr. menguraikan pandangan teori organ sebagai berikut:

“When a company is formed by the union of natural persons, a new real person, a real corporate “organism,” is brought into being. Of this school, which in some form or other has long been dominant in Germany, Gierke is the leading exponent. In the hands of some writers, this doctrine is carried to grotesque lengths. The corporate organism is an animal: it possesses organs like a human being. It is endowed with a will and with senses. It even possesses sex: some corporate organisms, like the church, are feminine, while others, such as the state, are masculine.”¹¹⁸

Meruntut dari sejarahnya, pendekatan teori organik telah diaplikasikan mulai awal abad 20 pada perkara *Lennard’s Carrying Co Ltd v. Asiatic Petroleum Co Ltd* [1915] AC 705. Kasus posisi dari perkara tersebut adalah sebagai berikut.

Kapal bernama Edward Dawson dibuat pada tahun 1890 dan dibeli oleh Lennard’s Carrying Co. Ltd. di tahun 1907. Pada bulan Januari 1911, kapal menjalani pemeriksaan di Birkenhead dan dinyatakan layak berlayar untuk waktu dua belas bulan oleh Bureau Veritas dengan catatan bahwa tekanan uap kapal hanya dapat mencapai kapasitas maksimal sebesar 130 lbs dari standard sebelumnya yaitu 160 lbs. Setelah pemeriksaan tersebut, kapal berlayar dari Thames Haven dan mengalami perbaikan ketel uap di bawah pengawasan Mr. Clarke. Kapal melanjutkan perjalanan ke New York dan Barcelona. Kapal dipergunakan lagi untuk melanjutkan ekspedisi dalam jarak tempuh menengah dan tiba di Novorossisk yang berada di Laut Hitam. Saat meninggalkan Novorossisk tersebut, kapal dalam keadaan rusak. Ketel uap bocor dan tunggu perapian dimasuki air laut. Pada saat itu kapal sedang mengangkut bensin yang dimiliki Asiatic Petroleum Co. Ltd. Bensin yang diangkut masuk ke ketel perapian dan menyebabkan ledakan.

Pengadilan menimbang mengenai kepada siapa pertanggung jawaban tersebut melekat atas kecelakaan kapal yang menimbulkan kerugian bagi pihak Asiatic Petroleum Co. Ltd. Pengadilan tidak dapat menjatuhkan pertanggung jawaban kepada Mr. Lennard karena pada *Section 502 Merchant Shipping Act* menetapkan:

“The owner of a British sea-going ship or any share therein, shall not be liable to make good to any extent whatever any loss or damage happening without his actual fault or privity in the following cases; namely, --(i) Where any goods, merchandise, or other things whatsoever taken in or put on board his ship are lost or damaged by reason of fire on board the ship.”

¹¹⁸ Supra note 1, hal. 256

Merujuk pada *Section 502* di atas, Mr. Lennard secara pribadi tidak dapat diminta pertanggung jawaban atas kecelakaan tersebut. Berdasarkan ketentuan tersebut yang berlaku pada saat itu, pemilik kapal tidak bertanggung jawab atas kerugian kecuali secara langsung atas kesalahannya menyebabkan kerugian.

Dalam hal ini, hakim tidak menjadikan ketentuan tersebut sebagai dasar hukum. Hakim meninjau bahwa kedudukan Mr. Lennard tersebut sebagai direktur yang aktif dalam perusahaan tidaklah mungkin untuk tidak mengetahui keadaan kapal yang tidak layak berlayar. Ditambahkan lagi terdapat fakta bahwa Mr. Lennard sendiri yang melakukan registrasi di samping memperoleh kepercayaan dari perusahaan untuk mengelola kapal tersebut. Dengan berbasis pada fakta yang ada, Hakim Haldane berpendapat:

“ . . . a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation. That person may be under the direction of the shareholders in general meeting; that person may be the board of directors itself, or it may be, and in some companies it is so, that that person has an authority co-ordinate with the board of directors given to him under the articles of association, and is appointed by the general meeting of the company. My Lords, whatever is not known about Mr. Lennard’s position, this is known for certain, Mr. Lennard took the active part in the management of this ship on behalf of the owners, and Mr. Lennard, as I have said, was registered as the person designated for this purpose in the ship’s register. Mr. Lennard therefore was the natural person to come on behalf of the owners and give full evidence not only about the events of which I have spoken, and which related to the seaworthiness of the ship, but about his own position and as to whether or not he was the life and soul of the company. For if Mr. Lennard was the directing mind of the company, then his action must, unless a corporation is not to be liable at all, have been an action which was the action of the company itself within the meaning of s. 502.”

Pada perkara yang sama, Hakim Denning juga memiliki pemikiran yang sama dengan pandangan Haldane. Hakim Denning berpendapat:

“Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such.”

Kasus Lennard ini menjadi rujukan bagi para hakim di berbagai pengadilan saat memutuskan perkara yang melibatkan perusahaan dengan organnya. Perkara

Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass [1972] AC 153 merupakan salah satu perkara yang merujuk pada putusan Lennard. Hakim Reid pada saat memutuskan perkara Tesco tersebut menyatakan bahwa:

*“He is not acting as a servant, representative, agent or delegate. He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the persona of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilty of the company.”*¹²⁰

Pandangan Hakim Reid di atas menunjukkan bahwasannya suatu tindakan yang dilakukan oleh suatu pihak dalam perusahaan bukan semata-mata tindakan dalam kapasitas sebagai pelayan, wakil, agen, atau delegasi. Dengan mengacu pada teori organ, Hakim Reid menilai bahwa suatu pihak yang bertindak tersebut sifatnya melekat pada perusahaan dan menimbulkan implikasi apabila terjadi kesalahan maka kesalahan tersebut adalah kesalahan perusahaan. Hakim Reid memperjelas pemikirannya tersebut dengan menyebutkan pihak-pihak yang diklasifikasikan sebagai bagian dari perusahaan sebagai berikut:

*“It must be a question of law whether, once the facts have been ascertained, a person in doing particular things is to be regarded as the company or merely as the company’s servant or agent . . . Normally the board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company carry out the functions of management and speak and act as the company. Their subordinates do not. They carry out orders from above and it can make no difference that they are given some measure of discretion. But the board of directors may delegate some part of their functions of management giving to their delegate gull discretion to act independently of instruction from them. I see no difficulty in holding that they have thereby put such a delegate in their place so that within the scope of the delegation he can act a the company.”*¹²¹

Pada kasus *Root Quality Pty Ltd and Another v Root Control Technologies Pty Ltd and Others* (2000) 177 ALR 231, Hakim Finkelstein mengemukakan pandangannya yang juga berbasis pada teori organik. Hakim Finkelstein menyatakan hubungan antara direksi dengan perusahaan sebagai berikut:

*“A corporation is an abstraction; a creature of statute. It can carry out acts only because the law attributes to the corporation certain actions of its directors and officers. Thus a corporation can interfere with the rights of a third party only when the acts constituting the unlawful interference are attributed to the corporation.”*¹²²

¹²⁰ Supra note 52, hal. 743

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid, hal. 73

Berdasarkan pada pendekatan organik, maka perbuatan yang dilakukan oleh direksi adalah perbuatan dari perusahaan. Adapun pertanggung jawaban yang melekat pada perusahaan tersebut adalah hasil keputusan direksi yang dilaksanakan oleh perusahaan sebagai suatu organisasi.

2.4. Kedudukan Direksi Sebagai Wakil

Pada Pasal 1 angka (5) UUPT 2007, di samping terdapat kalimat yang dapat diidentifikasi bahwa direksi sebagai organ perusahaan, juga ada unsur bahwa direksi sebagai wakil dari perusahaan. Dalam kedudukannya sebagai wakil tersebut, direksi berwenang mewakili perusahaan baik di dalam maupun di luar pengadilan.

Direksi sebagai wakil perusahaan di dalam pengadilan diterjemahkan sebagai pihak yang mewakili perusahaan manakala perusahaan menjadi pihak tergugat atau penggugat di saat perusahaan bersengketa secara perdata dengan pihak eksternal (*stakeholder*). Direksi juga menjadi wakil perusahaan saat perusahaan menjadi pihak terdakwa karena melakukan pelanggaran hukum pidana. Hal ini dapat terjadi karena perusahaan merupakan subyek hukum yang mempunyai hak, kewajiban, serta tanggung jawab hukum sendiri yang terpisah dari pendiri maupun pemegang saham.

Direksi sebagai wakil perusahaan di luar pengadilan dapat diartikan bahwa direksi mewakili perusahaan manakala melakukan hubungan hukum dengan *stakeholder*, khususnya hubungan kontraktual dengan pihak ketiga. Kewenangan ini penting sekali meskipun perusahaan memiliki kapasitas sebagai subyek hukum tetapi karena perusahaan merupakan benda mati maka tidak dapat menjalankan hubungan hukum dan membutuhkan manusia untuk melaksanakan kegiatannya. Perbuatan hukum yang dilakukan oleh direksi sebagai wakil perusahaan menimbulkan akibat hukum yaitu terbitnya kewajiban, hak, dan tanggung jawab hukum bagi perusahaan dan bukan pada direksi sebagai wakil perusahaan. Sebagai contoh adalah perusahaan melakukan hubungan perjanjian kredit dengan kreditor melalui direksi sebagai wakil. Dengan adanya perjanjian kredit tersebut maka timbul kewajiban perusahaan untuk membayar hutang beserta bunga kepada

kreditor dan perusahaan memperoleh haknya berupa pinjaman dalam jumlah tertentu sebagaimana ditetapkan dalam perjanjian kredit tersebut.

Kewenangan direksi sebagai wakil berdasarkan pada pemberian kuasa. Sebagaimana ditegaskan oleh Subekti bahwa pemberian kuasa menerbitkan perwakilan, yaitu adanya seorang yang mewakili orang lain untuk melakukan suatu perbuatan hukum.¹²³ Landasan normatif hubungan perwakilan diatur pada hukum perdata umum yang ditetapkan pada Pasal 1792 KUHPperdata. Pasal tersebut menetapkan bahwa:

“Pemberian kuasa adalah suatu perjanjian dengan mana seorang memberikan kekuasaan kepada seorang lain, yang menerimanya, untuk atas namanya menyelenggarakan suatu urusan.”

Adapun maksud dari ‘urusan’ ini adalah melakukan perbuatan hukum yaitu perbuatan yang mempunyai atau menerbitkan akibat hukum.¹²⁴

Subekti menjelaskan bahwa pihak yang diberi kuasa, melakukan perbuatan hukum atas nama pihak yang memberi kuasa dan juga dikatakan bahwa ia mewakili si pemberi kuasa.¹²⁵ Maksud dari mewakili karena kuasa tersebut, lebih lanjut diuraikan Subekti, bahwa segala yang dilakukan penerima kuasa menjadi hak dan kewajiban pihak yang memberi kuasa.¹²⁶ Dalam hal membuat perjanjian, pihak pemberi kuasa menjadi pihak yang terikat dengan perjanjian.¹²⁷

Ditinjau pada uraian tentang sumber-sumber hubungan kuasa di atas, hubungan kuasa antara direksi dengan perusahaan bersumber baik berdasarkan kesepakatan maupun undang-undang.

Perjanjian sebagai sumber kuasa diatur pada Pasal 1793 KUHPperdata yang menetapkan:

“Kuasa dapat diberikan dan diterima dalam suatu akta umum, dalam suatu tulisan di bawah tangan, bahkan dalam sepucuk surat atau pun dengan lisan.

Penerimaan suatu kuasa dapat pula terjadi secara diam-diam dan disimpulkan dari pelaksanaan kuasa itu oleh si kuasa”

¹²³ Subekti. 1995. *Aneka Perjanjian*, Penerbit PT. Citra Aditya bakti, Bandung, hal. 141

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

Sumber hukum kewenangan atas kesepakatan dapat ditinjau dari dua hal. Pertama, kedudukan direksi sebagai kuasa karena pengangkatan direksi oleh RUPS sebagai salah satu organ perusahaan berdasarkan kesepakatan. Kedudukan para anggota direksi dalam dewan direksi tidak muncul secara serta merta seperti halnya kedudukan ayah kepada anak yang secara alamiah menumbuhkan hak dan kewajiban dari masing-masing pihak meski tanpa ada perjanjian terlebih dahulu. Kewenangan direksi timbul karena adanya pertemuan pikiran (*meeting of mind*) atau kesepakatan sebagai hasil proses penawaran untuk ditunjuk sebagai anggota direksi dan penerimaan untuk menduduki posisi sebagai direksi antara direksi dengan RUPS. Proses penawaran dan penerimaan tersebut merupakan dua unsur penting pencapaian kesepakatan yang diatur dalam hukum perjanjian. Kedua, direksi yang diangkat selanjutnya dicantumkan dalam anggaran dasar dimana pada hakikatnya anggaran dasar adalah sebagai bentuk perjanjian yang mengikat pihak dalam tata kelola perusahaan termasuk direksi.

Kewenangan direksi sebagai kuasa perusahaan juga bersumber dari hukum. Maksud dari kewenangan yang bersumber dari hukum adalah kewenangan tersebut secara tegas ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Sebagaimana ditetapkan dalam UUPT 2007 khususnya pada Pasal 1 angka (5) mengenai kewenangan direksi sebagai wakil perusahaan. Pada kedua pasal tersebut ditegaskan bahwa direksi adalah wakil dari perusahaan yang mewakili perusahaan baik di luar maupun di dalam pengadilan.

Pemberian kuasa dapat dilakukan secara khusus maupun umum. Bentuk kuasa khusus ini kewenangan pihak penerima kuasa hanya satu kepentingan tertentu atau lebih yang ditetapkan secara eksplisit. Berbeda dengan kuasa umum dimana pemberian kuasa meliputi perbuatan kepengurusan yang general. Mengenai bentuk kuasa ini KUHPerdara mengatur pada Pasal 1795 sebagai berikut:

“Pemberian kuasa dapat dilakukan secara khusus, yaitu mengenai hanya satu kepentingan tertentu atau lebih, atau secara umum, yaitu meliputi segala kepentingan si pemberi kuasa.”

Pasal 1796 KUHPerdara menetapkan bahwa terdapat beberapa bentuk perbuatan hukum yang dilaksanakan oleh kuasa wajib ditetapkan secara tegas. Perbuatan hukum tersebut antara lain perbuatan yang berkaitan dengan

pemindahtanganan benda-benda atau meletakkan hipotik di atasnya, membuat suatu perdamaian, atau perbuatan lain yang hanya dapat dilakukan oleh pemilik.

2.5. Kedudukan Direksi Sebagai Pengurus

Bagian awal dari UUPT 2007 yaitu pada Pasal 1 angka 5 disebutkan kedudukan dari direksi sebagai organ, wakil, serta pengurus perusahaan. Mengamati pasal tersebut secara seksama akan menimbulkan interpretasi yang saling berhimpitan antara kedudukan yang satu dengan lainnya. Oleh karena itu, pembuat undang-undang menegaskan kembali kedudukan direksi sebagai pengurus yang lebih eksplisit dan terpisah dari dua kedudukan lainnya sebagai organ dan wakil pada Pasal 92 ayat (1) UUPT 2007.

Pada Pasal 92 ayat (1) tersebut ditetapkan bahwa “*Direksi menjalankan pengurusan Perseroan untuk kepentingan Perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan.*” Uraian ayat ini secara jelas tidak nampak kata ‘organ’ maupun ‘wakil’. Hal ini dapat menunjukkan bahwa kedudukan direksi sebagai pengurus pada hakikatnya terpisah dengan kedudukan sebagai organ dan wakil perusahaan.

Adapun problematika saat ini adalah bagaimana ruang lingkup dari kedudukan direksi selaku pengurus tersebut. UUPT 2007 maupun undang-undang pendahulunya tidak menjelaskan arti dari kepengurusan. Dengan demikian, dalam menyingkapi problem mengenai arti kata pengurus tersebut patutlah meninjau interpretasi dari ahli hukum.

Rudhi Prasetya menginterpretasikan arti kepengurusan oleh direksi dalam perusahaan tersebut sebagai pelaksanaan segala perbuatan apapun tanpa kecuali dalam menjalankan persekutuan. Rudhi Prasetya merujuk pada kepustakaan bahwa perbuatan menjalankan pengurusan terbagi menjadi dua yaitu:¹²⁸

1. Menjalankan pekerjaan pengurusan (*daden van beheer*).
2. Menjalankan pekerjaan kepemilikan atau dengan istilah lain sebagai menjalankan pekerjaan “penguasaan” (*daden van eigendom* atau *daden van beschikking*).

¹²⁸ Prasetya, Rudhi. 2001. *Kedudukan Mandiri Perseroan Terbatas Disertai dengan Ulasan Menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1995*, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hal. 198

Kedua bentuk pekerjaan tersebut berbeda dalam arti. Pekerjaan menjalankan kepengurusan atau *danden van beheer* sebagai kegiatan pengurusan yang dilakukan sehari-hari dalam hubungan dengan tujuan persekutuan. Sedangkan menjalankan perbuatan kepemilikan atau *danden van eigendom* sebagai perbuatan yang bersifat fundamental terhadap perusahaan karena terkait dengan hak milik perusahaan.

Danden van beheer dan *danden van eigendom* yang diutarakan di atas dapat ditemukan pada ketentuan yang mengatur *maatchaap*. Pada Pasal 1639 KUHPerdara mengatur tentang kewenangan pengurus *maatschap* dalam dua bentuk. Kewenangan pertama diklasifikasikan dengan *danden van beheer* tercantum pada ayat (1) dan (2) sebagai berikut:

(1) *Para sekutu dianggap secara bertimbal-balik telah memberikan kuasa supaya yang satu melakukan pengurusan bagi yang lainnya.*

Apa yang dilakukan oleh masing-masing sekutu juga mengikat untuk bagian sekutu yang lainnya, meskipun ia tidak telah memperoleh perizinan mereka; dengan tidak mengurangi hak mereka ini atau salah seorang untuk melawan perbuatan tersebut, selama perbuatan itu belum ditutup.

(2) *Masing-masing sekutu diperbolehkan memakai barang-barang kepunyaan persekutuan asal ia memakainya itu guna keperluan untuk barang-barang itu biasanya dimaksudkan, dan asal ia tidak memakainya berlawanan dengan kepentingan persekutuan atau secara yang demikian hingga sekutu lainnya karenanya terhalang turut memakainya menurut hak mereka.*

Kewenangan *danden van eigendom* diatur pada ayat (4) yang menyebutkan:

(1) *Tidak seorang sekutu pun tanpa izinnnya pesero-pesero lainnya, boleh membuat hal-hal yang baru kepada benda-benda tak bergerak kepunyaan persekutuan meskipun ia mengemukakan bahwa hal-hal itu menguntungkan persekutuan.*

Dengan menggunakan Pasal 1639 KUHPerdara yang berlaku bagi *maatchap* tersebut Rudhi Prasetya cenderung membagi kewenangan direksi dengan menggunakan pendekatan kebijakan yang bersifat fundamental atau non-fundamental terhadap harta kekayaan perusahaan. Kebijakan fundamental yang termasuk dalam *danden van eigendom* diwajibkan dengan persetujuan dari Rapat Umum Pemegang Saham (yang biasanya didelegasikan pada dewan komisaris) karena mempunyai hubungan langsung dengan harta kekayaan perusahaan secara signifikan. Sedangkan kebijakan non-fundamental atau *danden van beheer* tidak

dibutuhkan persetujuan RUSP atau dewan komisaris karena tidak melibatkan harta kekayaan perusahaan secara signifikan.

BAB III

PRINSIP FIDUCIARY DALAM SISTEM HUKUM PERUSAHAAN INDONESIA

3.1. Pengantar

Hukum perusahaan mengalami dua kali perubahan. Perubahan pertama adalah diberlakukannya UUPT 1995 untuk menggantikan KUHD. KUHD sebagai landasan normatif perusahaan berlaku atas upaya mengisi kekosongan hukum di era transisi kemerdekaan. Berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 yang menyatakan “*Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, sebelum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini.*”, maka KUHD sebagai salah satu peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat masa kolonial tetap diberlakukan. Pemberlakuan UUPT 1995 tidak menjadikan KUHD tidak berlaku tetapi hanya mengenai perusahaan saja yang dinyatakan tidak berlaku. Perubahan kedua adalah pada tahun 2007 dengan berlakunya UUPT 2007 yang menggantikan UUPT 1995 setelah berlaku hampir selama sebelas tahun. Reformasi UUPT di tahun 2007 menghasilkan terobosan fundamental. Pada UUPT 2007 memasukan kewajiban fiduciary secara komprehensif.

Transplantasinya kewajiban *fiduciary* tersebut membawa konsekuensi yuridis berlakunya prinsip *fiduciary* yang mengatur hubungan *fiduciary* antara direksi dengan perusahaan dan pemegang saham. Perlu ditekankan di sini bahwa prinsip *fiduciary* merupakan hasil transplantasi hukum dari sistem hukum lain yang dimasukan dalam sistem hukum Indonesia. Prinsip *fiduciary* tumbuh dan berkembang di negara-negara anglo saxon. Meninjau dari sejarahnya, prinsip tersebut berkembang dari induknya yaitu hukum *trust*. Oleh karena itu, struktur dari bab ini adalah menguraikan hukum *trust* terlebih dahulu sebelum menjelaskan tentang prinsip *fiduciary*. Setelah memahami hakikat dari prinsip *fiduciary* barulah

menganalisa tentang melekatnya prinsip *fiduciary* dalam perusahaan. Bagian akhir dari bab ini adalah menggambarkan kewajiban *fiduciary* yang melekat pada direksi.

3.2. Hubungan Fiduciary

3.2.1. Hukum Trust sebagai Akar Hubungan Fiduciary

Hukum *trust* menjadi salah satu sistem hukum yang berperan dalam berbagai macam hubungan hukum. Hampir berbagai *law device* dari hukum kontrak sampai hukum *tort* dirasuki hukum *trust*. Setiap hubungan hukum mulai dari hubungan antara negara dengan spionase, orang tua dengan anak, sampai dengan hubungan dibidang bisnis diatur dengan hukum *trust*. Karena luasnya area yang dapat dirasuki oleh hukum *trust*, Pierre Lepaulle, ahli hukum *civil law* menyatakan:

*"Trusts have now pervaded all fields of social institutions in common law countries. They are like those extraordinary drugs curing at the same time toothache, sprained ankles, and baldness sold by peddlers on the Paris boulevards; they solve equally well family troubles, business difficulties, religious and charitable problems."*¹²⁹

Trust pada hakikatnya sebagai suatu hubungan hukum yang diatur dalam hukum *trust* melibatkan tiga pihak yaitu *entrustor*, *trustee*, dan *beneficiary*. Ketiga pihak tersebut mempunyai peran berbeda-beda meski biasanya antara *entrustor* dengan *beneficiary* adalah pihak yang berbeda atau satu pihak yang sama. Pihak *entrustor* adalah pihak yang berinisiatif untuk membentuk hubungan tersebut dengan pihak *trustee*. *Entrustor* mengalihkan hak miliknya kepada *trustee* untuk dikelola oleh pihak *trustee* demi tujuan kepentingan pihak *beneficiary*. Meskipun kedudukan *trustee* telah menjadi pemilik atas hak milik *entrustor* tetapi pihak *entrustor* masih mengawasi dan membatasi penggunaan hak milik. Bentuk pengawasan dan pembatasan tersebut adalah penggunaan hak milik dalam koridor sebagaimana telah ditentukan *entrustor*. Karena bentuk pengawasan dan pembatasan penggunaan hak milik yang dialihkan tersebut relatif terbatas maka *trustee* diwajibkan untuk terbuka terhadap *entrustor*.

¹²⁹ Lepaulle, Pierre. Juni 1927. *Civil Law Substitutes for Trusts*, Yale Law Journal Vol. 36 No. 8 pp. 1126-1147

Apabila ditinjau dari pihak-pihak yang terlibat dalam hubungan *trust*, tidak terdapat perbedaan pandangan dari ahli hukum. Namun apabila meninjau definisinya, tidak terdapat kesamaan pandangan tentang definisi *trust*. Bahkan sekian lama hukum *trust* hadir dalam sistem hukum tetapi belum juga muncul satu ahli hukum yang membuat definisinya.

Maitland adalah ahli hukum pertama yang mencoba membuat definisi atau ruang lingkup yang tegas mengenai *trust*. Adapun definisi dari Maitland tersebut adalah sebagai berikut:

“---when a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the accomplishment of some particular purpose, he is said to have those rights in trust for that other or for that purpose and he is called a trustee.”

Trust sebagai situasi ketika seseorang terikat melakukan kegiatan untuk pihak lain atau menyelesaikan suatu tindakan dengan tujuan tertentu. Pihak yang melaksanakan kegiatan untuk pihak lain ini dilekati oleh hak dan disebut dengan *trustee*. Atas definisi yang dilontarkannya, Maitland menyadari bahwa definisi yang dilontarkan tersebut mempunyai keterbatasan karena hanya melihat *trust* dari aspek kepercayaan. Meski demikian, definisi tersebut dapat menjadi kerangka konseptual bagi para ahli hukum untuk membuat definisi *trust* dari perspektif yang berbeda atau bahkan lebih kompleks daripada yang dinyatakan oleh Maitland.

Joseph R. Long menginventarisir empat pandangan tentang *trust* mulai dari: (i) *trust* dipandang dari pihak pemberi *trust*; (ii) *trust* sebagai suatu kewajiban; (iii) *trust* ditinjau dari hak yang dimiliki oleh *beneficiary*; dan (iv) *trust* sebagai suatu bentuk hubungan antara *trustee* dengan *cestui que trust* atau yang juga disebut dengan pihak *beneficiary*.¹³¹

Perspektif pertama dari *trust* ditinjau dari pihak pemberi *trust*. Adapun pendapat Hakim Coke yang menjadi rujukan utama mengenai *trust* dari perspektif pihak pemberi *trust*. Hakim Coke berpendapat bahwa:

*“A use is a confidence reposed in some other, not issuing out of the land, but as a thing collateral, annexed in privity to the estate of the land, and to the person touching the land, for which the cestui que use has no remedy but by subpoena on chancery.”*¹³²

¹³¹ Long, Joseph R. April 1922. *The Definition of A Trust*, Virginia Law Review Vol. 8 No. 6 pp. 426-433

¹³² Ibid., hal. 427

Sebagaimana diutarakan oleh Hakim Coke bahwa *trust* merupakan pengalihan obyek (*a use*) dari satu pihak kepada pihak lainnya (*trustee*). Pengalihan itu bukan untuk mengalihkan kepemilikan atas obyek tersebut tetapi untuk dikelola oleh *trustee*. Hakim Coke menekankan pula bahwa *cestui que use* memiliki hak atas hasil pengelolaan tersebut yang dilindungi oleh *Court of Chancery* sebagai pengadilan yang berwenang mengadili perkara terkait dengan *trust*.

Pernyataan Hakim Coke khususnya kalimat '*A use is a confidence reposed in some other*' menjadi landasan pemikiran bagi para hakim dan akademisi untuk menentukan kriteria *trust* khususnya dari perspektif pemberi *trust*. *Entrustor*, sebagai pihak yang mengalihkan haknya, mengalihkan hak tersebut dengan kepercayaan (*confidence*) agar obyek dikelola demi kepentingan *cestui que use*. Pemikiran Hakim Coke diikuti oleh hakim lainnya yang antara lain Hakim Bacon, Hakim Hardwicke, dan Hakim Lindsey.¹³³

Perspektif kedua, *trust* ditinjau sebagai suatu kewajiban. Secara umum, perspektif ini melihat bahwa *trust* merupakan suatu kewajiban yang melekat pada *trustee* sebagai pihak yang memperoleh pengalihan atas suatu obyek untuk melaksanakan kegiatan atas obyek tersebut demi kepentingan *beneficiary*. Underhill memberikan definisi sebagai berikut:

"A trust is an equitable obligation, either expressly undertaken, or constructively imposed by the court, under which the obligor (who is called a trustee) is bound to deal with certain property over which he has control (and which is called the trust property), for the benefit of certain persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust), and of whom he may or may not be one."

Definisi Underhill yang di atas menitikberatkan pada *trust* sebagai *equitable obligation*. *Equitable obligation* tersebut eksis karena kehendak para pihak maupun berdasarkan putusan pengadilan. Di dalam *equitable obligation* tersebut pihak *obligor* atau yang juga disebut *trustee* terikat atas suatu hak milik dan dirinya juga mempunyai penguasaan atas hak milik tersebut. Tujuan penguasaan hak milik semata-mata untuk kepentingan pihak lain yaitu *beneficiaries* atau *cestuis que trust*.

¹³³ Hakim Bacon: "*An use is a trust reposed by any person in the terretenant, that he will suffer him to take the profits, and that he will perform his intent.*"

Hakim Hardwicke: "*A trust is where there is such confidence between parties that no action at law will lie, but is merely a case for the consideration of this [chancery] court.*"

Hakim Lindsey: "*A trust is really nothing except a confidence reposed by one person in another, and enforceable in a court of equity.*"

Equitable obligation itu menjadi sentral dari pendapat Underhill. Dalam *equitable obligation*, tidak akan terlepas dari peninjauan *equitable rights*¹³⁴ yang berhubungan satu dengan lainnya karena *equitable rights* dapat diklasifikasikan sebagai *peremptory rights* yaitu sebagai hak yang menimbulkan kewajiban pada pihak lain. *Trustee* mempunyai kewajiban yang diklasifikasikan sebagai *equitable obligation* terhadap *beneficiary* atas hasil pengelolaan hak milik yang dikuasai oleh *trustee*, karena pihak *beneficiary* mempunyai *equitable rights* atas hak milik yang dikuasai dan dikelola *trustee*.

Pendapat yang sama dilontarkan oleh Jenks mengenai *trust* dari perspektif sebagai suatu kewajiban. Jenks dalam Jenks' Digest of English Civil Law § 1765 secara tegas menyatakan bahwa:

"A trust is an obligation to hold and administer or deal with property conscientiously for the benefit of a person or persons other than the person subject to the obligation."

Pernyataan tersebut menetapkan bahwa *trust* sebagai suatu kewajiban yang melekat pada pihak (*trustee*) untuk menguasai, mengelola, dan melakukan tindakan berkaitan dengan hak milik yang dikuasainya. Penguasaan, pengelolaan, serta tindakan lainnya tersebut semata-mata untuk kepentingan *beneficiary*.

Hakim Stair mempunyai pendapat yang senada dengan Underhill maupun Jenks tetapi pendapatnya tersebut juga dipengaruhi oleh definisi yang diutarakan oleh Hakim Coke. Menurut Hakim Stair *trust* merupakan ". . . an obligation upon a person arising out of confidence reposed in him to apply property faithfully and according to such confidence." *Trust* sebagaimana ditegaskan oleh Hakim Stair tersebut sebagai suatu kewajiban yang muncul akibat adanya harapan dari satu pihak kepada pihak lain. Satu pihak tersebut mengharapkan pihak lain untuk menjalankan kegiatannya sesuai dengan apa yang dikehendaki. Pemikiran Hakim Coke mempengaruhi definisi Hakim Stair dimana Hakim Stair mengadopsi pernyataan Hakim Coke dengan menegaskan 'a person arising out of confidence reposed in him'.

¹³⁴ *Equitable right* merujuk pada pendapat Joaquín Garrigues yang menyatakan bahwa: *The property right of the trustee is subject to the common law and is therefore a legal right. The property right of the beneficiary is subject to equity and is therefore an equitable right.*; Garrigues, Joaquín. 1953. *Law of Trusts*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 2, No. 1, pp. 25-35, hal . 27

Perspektif ketiga adalah *trust* ditinjau dari sudut pandang pihak *beneficiary* dan hak yang melekat padanya atas kegiatan *trustee*. Pemikiran ini dicetus oleh Cruise yang menyatakan bahwa: "*A trust, in the general and enlarged sense, is a right on the part of the cestui que trust to receive the profits and dispose of the lands in equity.*" Sebagaimana pendapat Cruise tersebut bahwa *trust* dalam konteks umum sebagai hak yang melekat pada *cestui que trust* atau *beneficiary*. Hak tersebut berupa hasil dari pengelolaan atas suatu benda oleh pihak *trustee*. Perlu ditekankan bahwa Cruise menyatakan secara spesifik benda tersebut adalah tanah (*land*) karena ditinjau dari aspek sejarahnya, hubungan *trust* tersebut menjadikan tanah sebagai obyek dari hubungan *trust*. Selain Cruise, terdapat pandangan dari perspektif ini yaitu Chancellor Kent, yang menyatakan "*A trust, in the general and enlarged sense, is a right on the part of the cestui que trust to receive the profits and dispose of the lands in equity.*" *Trust* sebagai hak yang melekat pada *cestui que trust* atau *beneficiary* untuk memperoleh hasil atas tanah.

Pendapat yang sama dengan Cruise adalah dari Hakim Story yang menyatakan:

"A trust, in the most enlarged sense in which that term is used in English jurisprudence, may be defined to be an equitable right, title, or interest in property, real or personal, distinct from the legal ownership thereof."

Hakim Story berpandangan bahwa *trust* merupakan *equitable right* yang terpisah dari kepemilikan. Adapun arti *equitable right* di sini berbeda dengan yang ditegaskan oleh Joaquín Garrigues. *Equitable right* yang dinyatakan Hakim Story tersebut lebih tepat menggunakan definisi yang ditegaskan oleh Langdell yang dikutip oleh Austin Wakeman Scott sebagai berikut:

*"Professor Langdell in speaking of an equitable right says that such a right is not ownership; "that. is", he adds, . . . it is not ownership of the thing which is the subject of the obligation. For example, when land is held by one person for the benefit of another, the latter is not properly owner of the land even in equity. Of course the equitable obligation itself is as much the subject of ownership as is a legal obligation."*¹³⁵

Merujuk pada definisi di atas, *equitable right* bukan sebagai hak kepemilikan atas suatu benda. *Trustee* hanya secara *de facto* menjadi pemilik benda tersebut tetapi *de*

¹³⁵ Scott, Austin Wakeman. April 1917. *The Nature of the Rights of the "Cestui Que Trust"*, Columbia Law Review, Vol. 17, No. 4 (Apr., 1917), pp. 269-290, hal. 274

jure, pemilik adalah *entrustor*. Adapun unsur *equitable right* dalam definisi juga dilontarkan oleh Justice Story juga berpendapat bahwa

"A trust, in the most enlarged sense in which that term is used in English jurisprudence, may be defined to be an equitable right, title, or interest in property, real or personal, distinct from the legal ownership thereof."

Empat definisi tersebut di atas menunjukkan bahwa *trust* sebagai suatu hak yang melekat pada pihak penerima *trust* (*beneficiary*). Hak tersebut adalah keuntungan dari pihak lain (*trustee*) hasil dari pengelolaan suatu hak milik yang secara hakiki milik *beneficiary* tetapi dialihkan dan dikuasai oleh *trustee*.

Perspektif keempat dari *trust* adalah sebagai hubungan antara *trustee* dengan *cestui que trust*. Identifikasi definisi *trust* ini merujuk pada pernyataan pengadilan Missouri, Pengadilan Colorado, dan pendapat Bogert. *Trust* sebagai hubungan personal ditegaskan oleh pengadilan Missouri saat memutus perkara *Corby v Corby*, 85 Mo. 371 sebagai berikut "*A trust is a relation between two persons, by virtue of which one of them (the trustee) holds property for the benefit of the other (the cestui que trust).*" Pada perkara *Cree v Lewis*, 49 Col. 186, 112 Pac. 326 juga berpandangan yang hampir sama dimana "*A trust, in its simplest form, is that relation between two persons by virtue of which one of them holds property for the benefit of the other.*" Begitu pula dengan Mr. Bogert, yang mengadopsi dua pendapat di atas dengan menegaskan "*A trust is a relationship in which one person is the holder of the title to property, subject to an equitable obligation to keep or use the property for the benefit of another.*" Definisi yang dilontarkan dua pengadilan dan Mr. Bogert tersebut menunjukkan bahwa *trust* sebagai suatu hubungan antara dua pihak dimana satu pihak (*cestui que trust*) mengalihkan hak miliknya kepada pihak lain (*trustee*). Pengalihan tersebut bukan berarti bahwa hak milik beserta hasil yang diperoleh dari hak milik menjadi milik *trustee* tetapi masih untuk kepentingan *cestui que trust*.

Uraian tentang hakikat *trust* sebagaimana di atas dapat dirangkum menjadi satu untuk menetapkan unsur-unsur dari *trust* secara komprehensif. Adapun unsur-unsur tersebut antara lain:

- (1) Unsur *entrustor* sebagai pihak yang memiliki obyek yang dialihkan kepada *trustee*.

- (2) Unsur *trustee* sebagai pihak yang menerima pengalihan dan secara hukum menjadi pemilik dari obyek yang dialihkan dari pihak *entrustor*. *Trustee* secara *de jure* sebagai pemilik hak atas suatu obyek tetapi secara *de facto* dirinya tidak berhak atas obyek tersebut karena hak milik dari obyek tersebut masih pada pihak *entrustor*.
- (3) Unsur *beneficiary* sebagai pihak yang memperoleh hasil dari pengelolaan obyek yang dilaksanakan oleh *trustee*. *Entrustor* dan *beneficiary* dapat menjadi satu pihak ataupun dua pihak yang berbeda.
- (4) Unsur kepercayaan atau *confidence* atau *trust*. Unsur ini menjadi sentral dari hubungan *trust* dimana pihak *entrustor* mempercayakan kepada *trustee* atas kepemilikan suatu obyek dengan ekspektasi agar hasil dari pengelolaan tidak untuk kepentingan *trustee* melainkan untuk kepentingan *beneficiary*.
- (5) Unsur obyek dari hubungan *trust*. Kepemilikan atas obyek ini dialihkan dari pihak *entrustor* kepada *trustee* untuk dikelola dan hasilnya semata-mata demi kepentingan *beneficiary*.

Lewin mempunyai pendapat yang menjadikan keseluruhan unsur-unsur tersebut menjadi satu bagian yang tidak dapat dipisahkan satu dengan lainnya. Dengan kata lain, Lewin memberi definisi yang lebih komplit dengan memasukan unsur-unsur sebagaimana diuraikan di atas.¹³⁶ *Trust* menurut Lewin diartikan sebagai suatu kewajiban atau akumulasi dari kumpulan kewajiban yang melekat pada pihak penerima kepercayaan atau *trustee*. Kepercayaan itu muncul karena pihak penerima kepercayaan mempunyai kontrol atas hak milik pihak yang memberikan kepercayaan. Sedangkan kontrol tersebut bertujuan untuk kepentingan pemberi kepercayaan dan bukan kepentingan penerima kepercayaan.

3.2.2. Karakteristik Hubungan Fiduciary dalam Masyarakat

Konstruksi hubungan *fiduciary* kedua adalah berdasarkan hukum *fiduciary*. Konstruksi hukum mengenai prinsip hubungan *fiduciary* ditegaskan oleh Lawrence

¹³⁶ Moffat, Graham; Gerry Bean, dan John Dewar. 2005. *Trust Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, United Kingdom, hal. 3

Mitchell sebagai suatu bentuk hubungan antara kekuasaan dan pihak yang bergantung (*dependent party*) dimana pihak yang bergantung mempercayakan kepada pemegang kekuasaan untuk bertindak dalam beberapa aspek kehidupannya.¹⁴⁶ Pihak yang bergantung mempunyai keterbatasan atau membatasi dirinya untuk mengawasi satu atau beberapa aspek kehidupan personal atau kehidupan ekonominya. Pihak yang memegang kekuasaan tersebut mendapatkan kekuasaan dari pihak yang bergantung untuk memenuhi kehendak dari pihak yang bergantung tersebut. Pada hubungan *fiduciary*, terdapat dua aspek penting yang menjadi karakteristik dari bentuk hubungan tersebut. Pertama, pihak yang memegang kekuasaan mempunyai kewenangan yang luas untuk membuat kebijakan yang berkaitan dengan pihak yang bergantung. Kekuasaan tersebut hanya dibatasi dengan kewajiban untuk loyal dan setia kepada pihak yang bergantung. Kedua, pihak yang bergantung dibatasi atau bahkan dihalangi untuk melaksanakan tindakan yang menjadi kekuasaan pihak pemegang kekuasaan.

Konstruksi yang diutarakan oleh Lawrence Mitchell di atas merujuk pada pandangan Tamar Frankel mengenai bentuk-bentuk hubungan dalam sistem masyarakat secara luas. Tamar Frankel mengungkapkan tiga bentuk hubungan yang muncul dan sebagai karakteristik dalam hubungan sosial yaitu hubungan yang muncul karena status (sosial), hubungan kontraktual, dan hubungan *fiduciary*.¹⁴⁷ Pandangan Frankel tentang hubungan *fiduciary* dimulai dengan pembentukan hubungan *fiduciary* dalam masyarakat secara umum dan prinsip-prinsip hubungan ini diaplikasikan pada aspek-aspek hubungan hukum secara parsial.

Pada suatu bentuk hubungan karena status, satu pihak yang berkedudukan sebagai pemegang kekuasaan (*the power bearer*) memegang hak monopoli baik parsial maupun seluruhnya terhadap pihak yang bergantung (*the dependent*). Pihak pemegang kekuasaan dapat memaksa pihak yang bergantung pada dirinya untuk melayani dan patuh dengan memanipulasi, meningkatkan, atau menurunkan kepuasan kebutuhan pihak yang bergantung. Adapun hasil yang hendak dicapai bagi pihak pemegang kekuasaan dari hubungan tersebut adalah pihak yang bergantung akan menggantungkan keselamatan dirinya kepada pemegang kekuasaan.

¹⁴⁶ Mitchell, Lawrence E. Desember 1993. *Fairness and Trust in Corporate Law*, Duke Law Journal Vol. 43 No. 3 pp. 425-491

¹⁴⁷ Frankel, Tamar. Mei 1983. *Fiduciary Law*, California Law Review Vol. 71 No. 3 pp. 795-835, hal. 795-801

Sedangkan dari sisi pemegang kekuasaan adalah pihak pemegang kekuasaan mendapatkan pelayanan dan manfaat dari pihak yang bergantung tersebut. Hubungan karena status ini eksis dari mulai bentuk struktur sosial terkecil yaitu keluarga sampai dengan dalam masyarakat sebagai bentuk hubungan sosial lebih kompleks. Di dalam suatu keluarga, hubungan karena status sangat jelas dimana pemegang kekuasaan adalah pihak orang tua dan anak berkedudukan sebagai pihak yang bergantung. Pada tataran kehidupan bermasyarakat, hubungan ini eksis pada model masyarakat feodal dan hukum mempunyai peran besar di dalam bentuk hubungan ini. Adapun peran hukum adalah menjaga kelanggengan bentuk hubungan karena status ini yang bertujuan agar pihak yang memegang kekuasaan tetap pada posisinya. Di samping itu, hukum membatasi peluang bagi pihak yang bergantung untuk keluar dari sistem masyarakat tersebut.

Hubungan yang bersumber dari kontrak adalah bentuk kedua yang menjadi pembanding hubungan *fiduciary*. Di dalam hubungan yang terbentuk karena perjanjian, para pihak dalam posisi seimbang dan saling menggantungkan diri untuk memenuhi kebutuhan yang dikehendakinya. Hubungan ini jelas bertolak belakang dengan hubungan yang muncul akibat dari status dimana adanya monopoli dari satu pihak kepada pihak lainnya. Namun, pada hubungan kontraktual akan menimbulkan konflik di antara para pihak tersebut dan masing-masing berupaya untuk melindungi dirinya sendiri. Hukum berperan mereduksi konflik yang ada dengan mewajibkan masing-masing pihak untuk tetap bertindak dengan itikad baik dan saling menghormati hak-hak yang ada.

Hubungan yang ketiga adalah hubungan *fiduciary* dalam masyarakat yang memberlakukan hukum *fiduciary*. Pada masyarakat *fiduciary* ini setiap anggota masyarakat dapat menjadi *entrustor* sekaligus berkedudukan sebagai *fiduciary*. Frankel menggambarkan seseorang yang berprofesi sebagai konsultan manajemen keuangan akan menjadi *fiduciary* bagi seseorang dokter saat dokter mempercayakan manajemen keuangannya kepada konsultan tersebut. Sedangkan manajer keuangan akan menjadi berkedudukan sebagai *entrustor* ketika dirinya mempercayakan pemeriksaan tubuhnya kepada dokter. Di dalam masyarakat *fiduciary*, setiap pihak sebagai pihak yang prospektif untuk membuat perjanjian karena pada kapasitas sebagai *entrustor*, dirinya dapat memilih berbagai pilihan *fiduciary* yang ada di

masyarakat tersebut. Oleh karena itu, masyarakat *fiduciary* merupakan bentuk gabungan dari masyarakat status dan masyarakat kontrak.

Kepercayaan bukan semata-mata menjadi bagian dari hukum melainkan sebagai salah satu konsepsi yang dikenal dalam hubungan sosial secara umum. Hubungan kemasyarakatan dan kepercayaan menjadi dua hal yang saling terkait dan tidak dapat dipisahkan karena apabila terjadi pelanggaran terhadap kepercayaan maka dapat menghancurkan hubungan sosial itu sendiri.¹⁴⁸

Mitchell lebih lanjut membagi konsepsi kepercayaan dalam dua hal agar tergambar esensi prinsip kepercayaan lebih tegas. Pertama, memandang kepercayaan dari segi epistemologi dan tujuannya. Dari sisi epistemologi, kepercayaan dibedakan dengan kebenaran. Pemberian kepercayaan kepada pihak lain tidak memerlukan suatu hasil kerja yang benar atau tepat. Dari segi tujuan, kepercayaan akan mereduksi kompleksitas dan ketidakpastian karena dengan adanya kepercayaan maka pihak yang dipercaya akan menjalankan kegiatannya sesuai dengan atensi dari pemberi kepercayaan. Kedua, kepercayaan mempunyai banyak arti dan tidak ada kesatuan pandangan. Misalnya saja Bernard Barber yang menyatakan bahwa kepercayaan itu bisa muncul karena satu pihak percaya kepada pihak lain karena kompetensi teknis untuk melaksanakan suatu tindakan ataupun kepercayaan dalam bentuk memegang teguh loyalitas yang menjadi tanggung jawab moral dari masyarakat untuk mengontrol kekuasaan.

3.2.3. Hakikat Hubungan Fiduciary

Hubungan *fiduciary* juga ditegaskan oleh Andrew D. Shaffer sebagai hubungan yang muncul diantara dua pihak dimana satu pihak dilekati kewajiban untuk melakukan kegiatan atau memberikan saran untuk kepentingan pihak lain. Kegiatan maupun saran tersebut dibatasi hanya pada hal-hal yang ditentukan menurut bentuk dan ruang lingkup dari hubungan tersebut.¹⁴⁹ Adapun tujuan dari

¹⁴⁸ Supra note 146, hal. 433

¹⁴⁹ Shaffer, Andrew D. 2000. *Corporate Fiduciary – Insolvent: The Fiduciary Relationship Your Corporate Law Professor (Should Have) Warned You About*, LL.M. Thesis, 8 American Bankruptcy Institute Law Review 479

hubungan tersebut lanjut Shaffer adalah pihak *fiduciary* berkewajiban untuk melaksanakan kegiatan untuk tujuan pihak lain.¹⁵⁰

Hal ini tidak dapat disangkal karena beberapa unsur yang menjadi karakteristik dalam hukum *trust* diberlakukan pada hubungan *fiduciary* meski terdapat beberapa perbedaan yang cukup mendasar.

Persamaan tersebut dapat ditinjau dari pihak-pihak yang terlibat dalam hubungan *fiduciary* dan *trust*. Pada hubungan *fiduciary* pihak-pihak tersebut antara lain *entrustor*, *fiduciary*, dan *beneficiary*. Hal ini sama dengan pada hukum *trust* yang terdiri atas *entrustor*, *trustee*, dan *beneficiary*. *Entrustor* pada hubungan *trust* mempunyai kedudukan yang sama dengan *entrustor* pada hubungan *fiduciary* yaitu sebagai pihak yang menyerahkan benda kepada pihak *trustee* atau *fiduciary*. Pihak *trustee* dan *fiduciary* sebagai pihak yang mengelola benda tersebut untuk kepentingan pihak *beneficiary*. Sedangkan pihak *beneficiary* sebagai pihak yang memperoleh manfaat dari pengelolaan yang dilakukan oleh pihak *trustee* atau *fiduciary*.

Pada *trust* dan *fiduciary* terdapat unsur kepercayaan yang melekat pada pihak *trustee* dan *fiduciary*. *Trustee* dalam hubungan *trust* dan *fiduciary* pada hubungan *fiduciary* dilekati kepercayaan atas benda yang berada pada kekuasaannya.

Unsur lainnya adalah kewajiban yang melekat pada *trustee* dan *fiduciary*. Baik *trustee* maupun *fiduciary* berkewajiban untuk melaksanakan kegiatan pengelolaan demi kepentingan pihak lain dan bukan dirinya sendiri. Hal ini menimbulkan suatu kewajiban loyalitas yang melekat pada *trustee* dan *fiduciary*.

Namun terdapat perbedaan yang mendasar antara hubungan *trust* dengan hubungan *fiduciary*. Perbedaan tersebut adalah apabila dalam hubungan *trust* terjadi peralihan benda sebagai obyek hubungan dari *entrustor* kepada *trustee*. Bentuk pengalihan tersebut termasuk pada hak kepemilikan dari *entrustor* kepada *trustee*. Hal ini berbeda dengan hubungan *fiduciary* dimana obyek dalam hubungan *fiduciary* tidak dialihkan secara kepemilikan dari pihak *entrustor* ke *fiduciary*. Benda tersebut masih menjadi hak milik dari *entrustor* dan hanya dikelola oleh *fiduciary*.

¹⁵⁰ Ibid.

Meski demikian, pihak *fiduciary* mempunyai kekuasaan yang besar terhadap obyek tersebut. *Fiduciary* memiliki kewenangan untuk mengelola obyek hubungan dan pihak *entrustor* maupun *beneficiary* tidak turut serta dalam proses pengelolaan. *Entrustor* dan *beneficiary* hanya meletakkan kepercayaan yang tinggi kepada *fiduciary* untuk menjalankan kegiatannya semata-mata demi kepentingan *beneficiary* dan bukan kepentingannya.

Perbandingan antara Hubungan *Trust* dan Hubungan *Fiduciary*

Hubungan	Pihak dalam Hubungan	Obyek dalam Hubungan
<i>Trust</i>	<i>Entrustor</i> <i>Trustee</i> <i>Beneficiary</i>	Terjadi pengalihan secara formal dan prosedural atas obyek hubungan <i>trust</i> dari <i>entrustor</i> kepada <i>trustee</i>
<i>Fiduciary</i>	<i>Entrustor</i> <i>Fiduciary</i> <i>Beneficiary</i>	Tidak terjadi pengalihan secara formal dan prosedural atas obyek. <i>Fiduciary</i> hanya mengelola obyek untuk kepentingan <i>beneficiary</i> .

Konstruksi hakikat hubungan *fiduciary* terbentuk pada ranah hukum khususnya dengan ditegaskannya oleh hakim dalam putusan pengadilan dan telah menjadi yurisprudensi. Hakim Cardozo saat memutuskan perkara *Meinhard v. Salmon* 164 N.E. 545 (N.Y. 1928) menggambarkan hubungan *fiduciary* serta penjelmaan hubungan tersebut pada wilayah hubungan hukum secara konkrit dan spesifik sebagai berikut:

“Joint adventurers, like copartners, owe to one another, while the enterprise continues, the duty of the finest loyalty. Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior. As to this there has developed a tradition that is unbending and inveterate. Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty by the "disintegrating erosion" of particular exceptions [citation] Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd. It will not consciously be lowered by any judgment of this court.”¹⁵¹

¹⁵¹ Scott Fitzgibbon, 1999, *Fiduciary Relationships Are Not Contracts*, Marquette Law Review Vol. 82 No. 2

Pandangan Hakim Cardozo dijadikan dasar oleh Hakim Mason, hakim *High Court* Australia, pada Kasus *Hospital Product Ltd v United States Surgical Corp* (1984) 156 CLR 41 yang menegaskan:

“The accepted fiduciary relationships are sometimes referred to as relationship of trust and confidence of confidential relations (compare Phipps v Boardman), vis, trustee and beneficiary, agent and principal, solicitor and client, employee and employer, director and company, and partners. The critical feature of these relationships is that the fiduciary undertakes or agrees to act for or on behalf of or in the interest of another person in the exercise of a power or discretion which will affect the interest of that other person in a legal or practice sense. The relationship between the parties is therefore one which gives the fiduciary a special opportunity to exercise the power or discretion to the detriment of that other person who is accordingly vulnerable to abuse by the fiduciary of his position. The expressions “for”, “on behalf of”, and “in the interest of” signify that the fiduciary acts in a “representative” character in the exercise of his responsibility, to adopt an expression used by the Court of Appeal.”¹⁵²

Pernyataan tersebut menunjukkan bahwa kepercayaan merupakan unsur esensial di dalam hubungan *fiduciary*. Hakim Mason tidak membatasi pemberlakuan hubungan *fiduciary* dalam satu hubungan hukum tertentu. Hal ini ditegaskannya bahwa hubungan *fiduciary* dapat terjadi pada hubungan antara *trustee* dengan *beneficiary*, agen dengan prinsipal, advokat dengan klien, majikan dengan buruh, direksi dengan *company*, serta hubungan persekutuan. Namun yang menjadi ruh dari pemikiran Hakim Mason adalah bahwa hubungan *fiduciary* terdapat satu pihak yaitu pihak *fiduciary* yang melaksanakan kegiatan untuk kepentingan pihak lainnya karena kewenangan yang melekat pada pihak *fiduciary* mempunyai konsekuensi dan membawa akibat bagi pihak lain.

Hakim Elias menyatakan opini hukumnya bahwa hubungan perburuhan tidak dapat diklasifikasikan sebagai suatu hubungan *fiduciary* saat memutus kasus *University of Nottingham v Fischel* [2000] IRLR 471.¹⁵³ Hakim Elias menyatakan tiga perbedaan yang mendasar antara hubungan *fiduciary* dengan hubungan perburuhan. Pertama, *fiduciary* harus melaksanakan kegiatannya untuk kepentingan *beneficiary*, sedangkan dalam hubungan perburuhan, buruh hanya diwajibkan untuk memenuhi kepentingan pihak lainnya. Kedua, dalam konteks kepercayaan (*trust*), pihak yang bukan *beneficiary* adalah pihak yang memberikan kekuasaan pada

¹⁵² Supra note 52, hal. 307

¹⁵³ Sims, Vanessa. Maret 2001. *Note – Is Employment A Fiduciary Relationship?*, Industrial Law Journal 30

trustee. Unsur pertama dan kedua menunjukkan bahwa Hakim Elias condong mengklasifikasikan hubungan *fiduciary* sebagai hubungan yang bersumber pada *trust law* dimana *entrustor* adalah pihak yang memberikan kekuasaan kepada *trustee* dan seluruh tindakan *trustee* adalah untuk kepentingan *beneficiary* dan bukan kepentingan *entrustor*. Ketiga, pihak *beneficiary* tidak mengendalikan (*control*) *fiduciary*. Berbeda dengan hubungan perburuhan, majikan masih melakukan proses kontrol terhadap buruh. Klasifikasi kontrol merujuk pada terminologi yang dianut dalam hukum perburuhan. Kontrol dalam hukum perburuhan merujuk pada kasus *Yewens v Noakes* (1880) QBD 530 dimana 'perintah' sebagai unsur utama dari hubungan perburuhan. Pada kasus tersebut ditegaskan kedudukan buruh dalam hubungan perburuhan sebagai subyek atas perintah dari majikan dan melaksanakan pekerjaan sesuai dengan perintah majikannya.¹⁵⁴

Pembatasan berlakunya hubungan *fiduciary* dalam hubungan perburuhan tidak bersifat mutlak. Hubungan *fiduciary* ini berlaku bukan dibatasi dengan bentuk spesifikasi hubungan tertentu melainkan lebih mengutamakan pada substansi dan karakteristik suatu hubungan serta berdasarkan fakta dari hubungan secara parsial. Pemikiran ini dilontarkan oleh Hakim Dickson yang menyatakan bahwa karakter kewajiban *fiduciary* adalah terbuka dan pemberlakuannya tidak dapat dibatasi dalam suatu hubungan tertentu.¹⁵⁵ Merujuk pada pendapat Hakim Dickson tersebut, Julia M. Evans sependapat dengan pemikiran Hakim Dickson dan berpendapat hubungan *fiduciary* lebih didasarkan pada fakta-fakta secara kasuistis dan bukan semata-mata berdasarkan pada konsepsi historis ruang lingkup *fiduciary*.¹⁵⁶

3.3. Hubungan Fiduciary dalam Perusahaan

Kedudukan direksi sebagai *fiduciary* perusahaan tidak sepenuhnya identik dengan hubungan antara *trustee* dengan *entrustor/beneficiary* yang dikenal dalam hukum *trust*. Perbedaannya adalah perusahaan tidak sepenuhnya mengalihkan hak

¹⁵⁴ Wheelwright, Karen. 1999. *Labour Law*, Butterworths, Australia, hal. 43

¹⁵⁵ Evans, Julia M. 2005. *A Kantian Perspective of Fiduciary Relationship*, Thesis for The Degree of Master of Law, Graduate Department of Law, University of Toronto, Canada, hal. 2

¹⁵⁶ Ibid.

miliknya kepada direksi sebagaimana dikenal dalam hubungan *trust*. Namun yang menjadi perhatian dan penerapan prinsip *fiduciary* dalam hubungan direksi-perusahaan adalah direksi merupakan pihak yang berwenang untuk mengelola perusahaan beserta seluruh sumber daya yang dimiliki oleh perusahaan.

Direksi adalah pihak internal perusahaan yang mempunyai akses atas sumber daya perusahaan. Direksi juga mempunyai kewenangan untuk membuat dan menetapkan kebijakan perusahaan. Oleh karena itu, dibutuhkan prinsip hukum yang tegas untuk membatasi kemungkinan tindakan direksi dapat mempergunakan kedudukannya dalam mengakses hak milik perusahaan untuk kepentingan dirinya sendiri dan atau pihak yang berafiliasi dengannya. Keberadaan prinsip hukum ini adalah apabila dalam pelaksanaan pengelolaan tersebut tidak ada landasan hukum yang tegas dan jelas maka dapat dimungkinkan direksi akan mempergunakan sumber daya perusahaan untuk kepentingan dirinya sendiri dan menimbulkan kerugian bagi perusahaan khususnya pemegang saham yang telah menginvestasikan dalam perusahaan tersebut.

Pemberlakuan prinsip *fiduciary* yang bersumber dari hukum *trust* ke dalam hukum perusahaan yang menjadi landasan kedudukan direksi dapat ditemui pada putusan pengadilan yang mengadili kasus *Guth v. Loft Inc.* 5 A.2d.503 (Del. 1939).¹⁵⁷ Pada putusan tersebut hakim yang memutuskan menyatakan bahwa:

*“Corporate officers and directors are not permitted to use their position 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, and derived from a profound knowledge of human characteristics and 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.”*¹⁵⁸

Direksi, sebagaimana dalam kutipan di atas, dilarang untuk mengambil alih kesempatan yang dimiliki oleh perusahaan untuk kepentingan pribadi karena kedudukannya yang menunjukkan sifat kepercayaan. Meskipun kedudukan direksi bukan sepenuhnya dianggap sebagai *trustee* yang dikenal di ranah hukum *trust*

¹⁵⁷ Supra note 79, hal. 340

¹⁵⁸ Ibid.

namun direksi berdiri sebagai *fiduciary* perusahaan dan pemegang sahamnya. Kesimpulan Hakim Joseph T Walsh dalam menafsirkan putusan di atas menyatakan bahwa perkara *Guth v. Loft Inc.* mengisyaratkan adanya analogi *trust* atau kepercayaan diaplikasikan pada tataran hubungan antara direktur dengan perusahaan.¹⁵⁹

Henry Hansmann dan Ugo Mattei mengilustrasikan pengaruh hukum *trust* terhadap hubungan antara direksi dan perusahaan (pemegang saham). Sebagaimana digambarkan oleh Hansmann dan Mattei bahwa hubungan antara direksi dengan perusahaan bukan hubungan yang murni sebagai hubungan *trust*.¹⁶⁰ Hubungan *trust* yang murni diwarnai dengan pengalihan hak milik dari *entrustor* kepada *trustee* dan *trustee* mengelola hak milik tersebut untuk kepentingan *beneficiary*.¹⁶¹

Hal ini berbeda dengan yang ada dalam hubungan antara direksi dengan perusahaan. Pada perusahaan, perusahaan diasumsikan sebagai *entrustor*, direksi sebagai *trustee*, dan pemegang saham sebagai *beneficiary*. Hubungan ini disebut dengan *trust-like relationship* karena tidak murni sebagai hubungan *trust*. Keberadaan *trust-like relationship* dan memperoleh kekuatan hukum setelah adanya intervensi dari *Court of Chancery*.¹⁶² *Court of Chancery* dengan putusannya yang disebut dengan *equity* dapat memaksa *trustee* yang beritikad tidak baik untuk mengganti rugi kepada *entrustor* dan *beneficiary*. Bentuk ganti rugi dari putusan *equity* disebut dengan *equitable remedy*.¹⁶³

Hal penting dari hubungan *fiduciary* antara direksi dengan perusahaan adalah siapa yang ditetapkan sebagai perusahaan itu sendiri? Apakah perusahaan sebagai entitas mandiri ataukah salah satu pihak dari berbagai pihak yang terlibat dalam perusahaan. Hakim Mason pada perkara *Walker v Wimborne* ('Walker') (1976) 137 CLR 1 memberikan batasan-batasan tentang perusahaan itu sendiri, yaitu:

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Hansmann, Henry, dan Ugo Mattei. Mei 1998. *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, New York University Law Review Vol. 73 No. 434, hal. 439

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid., hal. 440

¹⁶³ Ibid.

“In this respect it should be emphasized that the directors of a company in discharging their duty to the company must take account of the interest of its shareholders and its creditors. Any failure by the directors to take into account the interests of creditors will have adverse consequences for the company as well as for them.”¹⁶⁴

Merujuk pada Hakim Mason di atas menunjukkan bahwa hubungan *fiduciary* antara direksi dengan perusahaan diinterpretasikan sebagai hubungan antara direksi dengan pemegang saham dan direksi dengan kreditor.

Kedudukan direksi sebagai pengurus ini identik dengan kedudukan direksi sebagai *fiduciary* yang dikenal di negara-negara anglo saxon. Dalam kedudukan direksi sebagai *fiduciary* tersebut dilingkupi dengan suatu hubungan *fiduciary* yang melibatkan tiga pihak yaitu *entrustor*, *fiduciary*, dan *beneficiary*. *Entrustor* pada hubungan *fiduciary* yaitu sebagai pihak yang menyerahkan kepercayaan atas hak milik kepada *fiduciary*. Pihak *fiduciary* sebagai pihak yang mengelola benda tersebut untuk kepentingan pihak *beneficiary*. Sedangkan pihak *beneficiary* sebagai pihak yang memperoleh manfaat dari pengelolaan yang dilakukan oleh pihak *fiduciary*. Kedudukan direksi selaku *fiduciary* tersebut, direksi mempunyai kewajiban yang kepada perusahaan dan pemegang saham sebagaimana diutarakan dalam kasus *Guth v. Loft Inc.* 5 A.2d.503 (Del. 1939). Di dalam putusan tersebut hakim yang memutuskan menyatakan bahwa:

“Corporate officers and directors are not permitted to use their position 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, and derived from a profound knowledge of human characteristics and motives, has established a rule that demands of a corporate officer or director, peremptorily 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, or 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.”

Direksi, sebagaimana dalam kutipan di atas, dilarang untuk mengambil alih kesempatan yang dimiliki oleh perusahaan untuk kepentingan pribadi karena kedudukannya didasari dengan kepercayaan. Meskipun kedudukan direksi bukan sepenuhnya dianggap sebagai *trustee* yang dikenal di ranah hukum *trust* namun

¹⁶⁴ Keay, Andrew dan Mao Zhang. 2008. *Incomplete Contracts, Contingent Fiduciaries and A Director's Duty to Creditors*, 32 Melbourne U. L.R. 141, hal. 142

direksi berdiri sebagai *fiduciary* perusahaan dan pemegang sahamnya. Kesimpulan Hakim Joseph T Walsh dalam menafsirkan putusan di atas menyatakan bahwa perkara *Guth v. Loft Inc.* mengisyaratkan adanya analogi *trust* atau kepercayaan diaplikasikan pada tataran hubungan antara direktur dengan perusahaan.

3.4. Hubungan Fiduciary menimbulkan Kewajiban Fiduciary

Di setiap hubungan hukum akan tercipta kewajiban hukum dari para pihak. Sebagai contoh dalam hubungan perjanjian, salah pihak mempunyai kewajiban secara mutualis terhadap pihak lain. Kewajiban ini timbul akibat dari adanya hak yang melekat dalam hubungan perjanjian. Demikian juga dalam hubungan hukum yang terjadi antara direksi sebagai *fiduciary* dari perusahaan juga menciptakan kewajiban hukum yang melekat pada direksi. Direksi memiliki kewajiban terhadap perusahaan yang bersumber dari hak yang melekat pada perusahaan itu sendiri. Adapun kewajiban direksi tersebut adalah kewajiban *fiduciary*. Mengenai hakikat dari kewajiban *fiduciary* diuraikan sebagai berikut.

Ruang lingkup kewajiban *fiduciary* yang sangat sederhana ditegaskan oleh Carlin sebagaimana dikutip oleh Jean J. Du Plessis adalah:

*"Fiduciary duties are imposed on persons who stand in such a position of trust and power over another that the law requires to act in the latter's best interest."*¹⁶⁵

Pandangan Carlin tersebut dapat dipilah-pilah menjadi tiga unsur. Pertama, kewajiban *fiduciary* adalah kewajiban yang melekat pada seseorang. Kedua, pihak yang dilekati kewajiban *fiduciary* adalah pihak yang mendapatkan kepercayaan atau kekuasaan dari pihak lain. Ketiga, kewajiban tersebut mewajibkan satu pihak melakukan kegiatan yang terbaik untuk kepentingan pemberi kepercayaan atau kekuasaan.

Deborah A. DeMott mengutarakan pemikirannya tentang kewajiban *fiduciary* yang hampir senada dengan Carlin tetapi menambahkan aplikasi hubungan hukum yang dapat dilekati kewajiban *fiduciary*. DeMott menegaskan ruang lingkup kewajiban *fiduciary* adalah sebagai berikut:

¹⁶⁵ Du Plessis, Jean J. 2001. *Study Guide: Directors' Duties*, Deakin Topic 6: *Directors' Duty to Act in Good Faith and in The Company's Best Interest*, hal. 4

“... the law applicable to fiduciary duty can best be understood as responsive to circumstances that justify the expectation that an actor's conduct will be loyal to the interests of another. Although generally formulated, this understanding of fiduciary duty makes it possible to identify at least tentative patterns in which courts should - and usually do - subject an actor to fiduciary duties to another party in a relationship not conventionally characterized as fiduciary. Focusing on loyalty as the distinctive and unifying element of fiduciary relationships lends a degree of intellectual structure to a large body of cases characterized both by relationships that differ in many other ways and by judicial formulations that may be unenlightening.”¹⁶⁶

Menurut DeMott, kewajiban *fiduciary* dipahami sebagai hukum yang merespon suatu keadaan agar satu pihak bertindak loyal dan untuk kepentingan pihak lain. Lebih lanjut DeMott menegaskan fungsi kewajiban *fiduciary* sebagai landasan yuridis bagi pengadilan untuk menetapkan apakah suatu hubungan dapat diklasifikasikan sebagai hubungan *fiduciary*.

Frank Easterbrook dan Daniel Fischel memandang kewajiban *fiduciary* berperan besar dalam mengantisipasi kedua persoalan tersebut. Oleh karena itu, muncul pandangan dari Easterbrook dan Fischel mengenai kewajiban *fiduciary* sebagai jawaban dari problem pertama adalah:

“The only promise that makes sense in such an open-ended relation is to work hard and honestly. In other words, the corporate contract makes managers the agents of the equity investors but does not specify the agents's duties. To make such an arrangement palatable to investor, managers must pledge their careful and honest services.”¹⁶⁷

Maksud dari Frank Easterbrook dan Daniel Fischel tentang kewajiban *fiduciary* adalah sebagai janji yang harus ditepati oleh direksi di dalam bentuk hubungan yang bersifat terbuka. Hubungan antara direksi dengan pemegang saham tidaklah mungkin dibuat klausul kewajiban yang spesifik karena hubungan antara manager atau direksi dengan pemegang saham bersifat terbuka. Pemegang saham hanya menghendaki pengelola perusahaan melaksanakan kegiatannya dengan hati-hati dan jujur. Kewajiban *fiduciary* dapat menjadi alternatif agar direksi selalu memegang teguh janji yang kepada pemegang saham serta mengeliminir proses

¹⁶⁶ DeMott, Deborah A. 2006. *Breach of Fiduciary Duty: On Justifiable Expectations of Loyalty and Their Consequences*, 48 Arizona Law Review 925, hal. 926

¹⁶⁷ Supra note 32, hal. 91

pengawasan oleh pemegang saham karena telah ada prinsip hukum yang tegas untuk selalu dilaksanakan oleh direksi.¹⁶⁸

Kewajiban *fiduciary* melekat pada setiap pihak yang mempunyai kontrol terhadap perusahaan yaitu direksi, manajer, maupun pemegang saham yang berperan aktif dalam proses pembuatan kebijakan dan implementasi kebijakan perusahaan. Di samping itu, kewajiban *fiduciary* juga melekat pada pihak yang tidak turut serta dalam proses pembuatan kebijakan perusahaan namun memiliki akses untuk mengetahui rencana kebijakan serta implementasikan dan kemungkinan pihak ini melakukan kegiatan yang merugikan perusahaan secara keseluruhan.

¹⁶⁸ Ibid., hal. 92

BAB IV

KEWAJIBAN FIDUCIARY DIREKSI SEBAGAI PENGURUS

4.1. Pengantar

Corporate governance yang diatur dalam undang-undang perusahaan merupakan landasan hukum dalam hubungan antara direksi dengan perusahaan dan pemegang saham. Pada hubungan hukum tersebut, direksi pada kapasitas sebagai pengurus perusahaan dan bukan pada kedudukan sebagai organ atau wakil perusahaan. Reformasi hukum di tahun 2007 yang menghasilkan transplantasi kewajiban *fiduciary* menjadikan kewajiban ini sebagai landasan kewajiban hukum yang melekat pada direksi sebagai pengurus.

Kewajiban *fiduciary* sebagai *incomplete contract* yang melatar belakangi hubungan antara perusahaan dengan direksi dalam kapasitas sebagai pengurus dapat disamaartikan dengan prinsip hukum yaitu memiliki ruang lingkup yang luas dan perlu dipilah-pilah dalam norma-norma hukum yang lebih spesifik. Dalam perkembangannya, kewajiban *fiduciary* lambat laun menjadi beberapa bentuk kewajiban yang lebih spesifik dengan ruang lingkup yang berbeda-beda pula.

Pada Bab IV ini akan diuraikan dari masing-masing mengenai kewajiban *fiduciary* yang terdapat pada UUPT 2007. Adapun subbab dari bab ini mengupas mengenai beberapa hal yang terkait dengan kewajiban *fiduciary*. Pertama, menjelaskan tentang model pengaturan kewajiban *fiduciary* dalam UUPT 2007. Kedua, menguraikan pembagian utama kewajiban *fiduciary* yang terdiri dari kewajiban kesetiaan dan kewajiban kehati-hatian. Ketiga, adanya empat subbab yang menggambarkan kewajiban *fiduciary* yaitu: (i) kewajiban itikad baik; (ii) kewajiban menghindari benturan kepentingan; (iii) kewajiban melaksanakan

kegiatan untuk tujuan yang tepat; dan terakhir (iv) kewajiban kehati-hatian dan ketekunan.

4.2. Model Pengaturan Kewajiban Fiduciary Dalam Hukum Perusahaan Indonesia

Di dalam ilmu hukum perusahaan yang diaktualisasikan secara nyata dalam peraturan perundang-undangan terdapat dua sudut pandang mengenai karakteristik kedudukan kewajiban *fiduciary* dalam hukum perusahaan. Karakteristik-karakteristik tersebut antara lain kewajiban *fiduciary* ditetapkan sebagai *mandatory rule* dan *enabling rule*.

Model pertama dari kewajiban *fiduciary* adalah *enabling rule*. Secara garis besar, *enabling rule* diartikan berlakunya suatu aturan hukum apabila pihak-pihak tersebut menghendaki dan menyatakan bahwa aturan tersebut berlaku bagi dirinya.²⁵³ Model *enabling rule* berlaku di hukum perusahaan di Amerika Serikat. Ciri utama yang dapat ditemui pada hukum perusahaan yang menerapkan model ini adalah pada pasal-pasal dalam hukum perusahaan ditegaskan frase “. . . *unless otherwise provided in the certificate of incorporation. . .*”. Maksud dari frase ini adalah perusahaan diperkenankan untuk mengadopsi atau tidak pasal yang tertera pada hukum perusahaan secara sukarela.

Delaware Supreme Court adalah negara bagian pertama di Amerika Serikat yang menjadi pioner pemberlakuan model *enabling* terhadap kewajiban *fiduciary*.²⁵⁴ Pada perkara *Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858 (Del. 1985), pengadilan menginterpretasikan bahwa kewajiban *fiduciary* untuk menjalankan kehati-hatian melekat pada direksi kepada perusahaan berlaku terbatas sebagaimana ditetapkan sebelumnya oleh direksi dan pemegang saham.²⁵⁵ Putusan ini mempengaruhi legislatif Negara Bagian Delaware dengan menetapkannya pada peraturan perundang-undangan bahwasannya setiap perusahaan yang terdaftar di Negara

²⁵³ Ayres, Ian dan Robert Gertner. Oktober 1989. *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, The Yale Law Review Vol. 99 No. 1 pp. 87-130, hal. 87

²⁵⁴ Clark, Robert C. November 1989. *Contracts, Elites, and Tradition in The Making of Corporate Law*, Columbia Law Review Vol. 89 No. 7 pp. 1703-1747, hal. 1704

²⁵⁵ Ibid

Bagian Delaware dapat memodifikasi substansi peraturan perundang-undangannya. Perusahaan berhak untuk membatasi atau bahkan tidak memberlakukan materi-materi yang ditetapkan pada peraturan perundang-undangan (*opt out*) termasuk materi yang menyangkut kewajiban *fiduciary* direksi.²⁵⁶ Dengan demikian, perusahaan diperkenankan untuk membatasi atau menghapus pertanggung jawaban pribadi direksi.²⁵⁷ Pemberlakuan *opt out* terhadap kewajiban *fiduciary* yang berlaku di Delaware tersebut diadopsi oleh negara bagian lainnya.²⁵⁸

Ditinjau dari sejarah hukum, sistem *opt out* dalam hukum perusahaan sudah dikenal di Amerika Serikat sejak awal abad 20. Sistem tersebut berlaku bukan pada kewajiban *fiduciary* melainkan pada kebebasan pemegang saham untuk menentukan hak voting dalam pengambilan keputusan di tingkat RUPS.²⁵⁹ Oliver Hart menyatakan beberapa alasan yang melatar belakangi kewajiban *fiduciary* bersifat opsional bagi perusahaan karena permasalahan yang muncul di setiap perusahaan berbeda-beda. Menurut Oliver Hart, problem dalam perusahaan bukan hanya semata-mata antara pemegang saham dengan direksi (pemegang saham tidak turut serta dalam proses pengelolaan perusahaan), tetapi juga antara direksi dengan *stakeholder*. Oliver Hart menyatakan mengenai interpretasi atas kewajiban *fiduciary* dari dua perspektif yaitu perspektif sempit dan luas. Dalam perspektif sempit, kewajiban *fiduciary* sebagai kewajiban yang melekat pada direksi untuk melindungi kepentingan pemegang saham. Eksistensi kewajiban *fiduciary* untuk melindungi pemegang saham karena kedudukan pemegang saham berbeda dengan *stakeholder* lainnya. Jika para *stakeholder* non-pemegang saham dilindungi berdasarkan kontrak dengan klausul eksplisit maka perlindungan kepada pemegang saham berdasarkan kontrak dengan klausul yang bersifat luas dalam suatu prinsip hukum. Sedangkan perspektif luas, kewajiban *fiduciary* bukan hanya untuk melindungi kepentingan pemegang saham tetapi kepada *stakeholder* non-pemegang saham lainnya seperti kreditor, buruh, dan *stakeholder* lainnya.

Opt out prinsip kewajiban *fiduciary* tidak berlaku secara mutlak dan terdapat pembatasan atas berlakunya prinsip ini. Sebagaimana ditegaskan oleh John Coffee Jr.

²⁵⁶ Ibid; Coffee Jr., John C. 1989. *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on The Judicial Role*, Columbia Law Review Vol. 89 No. 7 pp. 1618-1691, hal. 1618-1619

²⁵⁷ Loc. Cit.

²⁵⁸ Ibid

²⁵⁹ Loc. Cit.; Op. Cit., hal. 1630

bahwa hasil dari modifikasi hukum perusahaan termasuk juga prinsip *fiduciary* tidak melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan serta aturan hukum yang ditetapkan oleh putusan hakim.²⁶⁰ *Opt out* juga dapat dilakukan apabila aturan hukum tidak dapat berlaku karena telah tertinggal oleh jaman.²⁶¹ Selain itu, *opt out* atas kewajiban direksi tidak melanggar kebijakan publik.

Tiga dasar yang menjadi batasan-batasan *opt out* atas prinsip *fiduciary* di atas telah berkembang dan mengalami kristalisasi. Adapun hasil kristalisasi tersebut adalah muncullah prinsip ***black letter rule*** yang saat ini menjadi pedoman proses *opt out* kewajiban *fiduciary*. John Coffee Jr. mengutarakan lima dasar pembatasan tersebut sebagai berikut:

- (1) *the contractual provision may not reduce the fiduciary's obligations below the level that the duty of good faith would require;*
- (2) *the provision must not conflict with the "plain meaning" of any statute;*
- (3) *it must have sufficient specificity to permit the parties to "price" the difference between the provision and the normally applicable legal rule;*
- (4) *if the provision substitutes a remedy, it must amount to an adequate substitute, rather than simply a waiver; and*
- (5) *in the case of a charter amendment, the provision must receive disinterested shareholder approval under circumstances that were not coercive.*²⁶²

Model kedua adalah *mandatory rule*. Model ini berbeda dengan *enabling model*. Maksud dari penetapan kewajiban *fiduciary* sebagai *mandatory rule* atau yang disebut juga dengan *immutable rule* adalah kewajiban tersebut merupakan norma yang mengatur isu-isu tertentu dan tidak dapat dimodifikasi oleh para pihak dalam perusahaan.²⁶³ Sedangkan Amerika Serikat menerapkan sebagian *enabling* dan sebagian lainnya *mandatory*. Sebagai contoh hukum perusahaan yang berlaku di Negara Bagian Delaware mengkombinasikan antara model *enabling* dan *mandatory*, merupakan salah satu prototipe hukum perusahaan yang memberi batas-batas pemberlakuan model *default* atau *enabling* dan menunjukkan peran model *mandatory* di dalam kebebasan berkontrak.

²⁶⁰ Ibid, hal. 1631

²⁶¹ Ibid, hal. 1630

²⁶² Ibid, hal. 1665

²⁶³ Eisenberg, Melvin Aron. November 1989. *The Structure of Corporation Law*, Columbia Law Review Vol. 89 No. 7 pp. 1461-1525, hal. 1461; Supra note 376, hal. 87

Para ilmuwan hukum perusahaan seperti Melvin Aron Eisenberg melihat pentingnya kewajiban *fiduciary* sebagai *mandatory* daripada *enabling*.²⁶⁴ Struktur hukum perusahaan, menurut Eisenberg, bukan bagian atau pengembangan hukum kontrak. Hukum perusahaan merupakan sistem hukum yang muncul dan berkembang sendiri, terpisah dari hukum kontrak meskipun terdapat beberapa bagian dalam hukum perusahaan yang tidak dapat dipisahkan dengan hukum kontrak.

Jeffrey N. Gordon tidak menampik model *default* atau *enabling* beserta landasan teori yang melatarbelakangi kewajiban *fiduciary* sebagai *incomplete contract* yang dianut oleh kaum kontraktarian seperti Easterbrook dan Fischel. Hanya saja Gordon menegaskan bahwasannya para penganut kontraktarian berpandangan keliru apabila pencapaian kesejahteraan secara maksimal hanya ditunjang dengan prinsip kebebasan berkontrak dimana antara pemegang saham dengan pengelola perusahaan yang bebas menentukan aturan internal untuk mengatur mereka sendiri.²⁶⁵ Gordon berpendapat bahwa model *mandatory rule* lebih berpeluang untuk meningkatkan kesejahteraan para pihak daripada model *enabling*.²⁶⁶

Para penganut anti-kontraktarian dan pendukung model perpaduan antara *enabling* dan *mandatory* menyatakan beberapa alasan yang menolak model *enabling* secara penuh maupun masih pentingnya model *mandatory* dalam hukum perusahaan khususnya terhadap kewajiban *fiduciary*. Jeffrey N. Gordon, Melvin Eisenberg, dan John C. Coffee Jr. memiliki pandangan yang berbeda-beda tentang perlunya eksistensi model *mandatory* dalam hukum perusahaan tetapi dapat dikerucutkan menjadi tiga wilayah besar.

Pertama, model *mandatory* memberikan proteksi terhadap investor karena kedudukan tawar menawar investor tidak seimbang dengan direksi dan/atau pemegang saham mayoritas. Model *enabling* yang menitikberatkan pada kesepakatan para pihak, membutuhkan kedudukan tawar menawar yang seimbang. Inti dari *bargain principle* atau prinsip tawar menawar adalah para pihak sebagai

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ Gordon, Jeffrey N. 1989. *The Mandatory Structure of Corporate Law*, Columbia Law Review Vol. 89 No. 7 pp. 1549-1598, hal. 1554

²⁶⁶ Ibid.

hakim yang terbaik dalam menentukan kebutuhannya masing-masing.²⁶⁷ Janji yang dihasilkan dari proses tawar menawar tersebut bertujuan untuk keuntungan pribadi dan dipegang oleh para pihak yang membuatnya.²⁶⁸ Namun demikian, para pihak tidak pada kedudukan yang seimbang pada saat proses tawar menawar atau yang oleh Eisenberg diklasifikasikan sebagai *half-completed-bargain*.²⁶⁹ Apabila kedudukan para pihak tidak seimbang maka perlu adanya intervensi hukum dalam hal ini negara baik oleh legislatif maupun pengadilan untuk menyeimbangkan kedudukan para pihak agar tidak ada yang dirugikan akibat dari kondisi tersebut.²⁷⁰ Kedudukan yang tidak berimbang tersebut juga dapat dijumpai pada pasar modal dan perusahaan, dimana investor bersifat heterogen dan antar investor tersebut mempunyai kedudukan tawar menawar yang tidak seimbang. Setiap investor memiliki kemampuan yang berbeda-beda untuk memperoleh dan mengolah informasi tentang perusahaan tujuan investasi. Pada kondisi ini, Gordon membantah pemikiran kaum kontraktarian yang berasumsi bahwa setiap investor mempunyai akses yang sama pada informasi mengenai perusahaan dan juga memiliki kapasitas yang sama untuk mengevaluasi informasi yang diperoleh mengenai perusahaan. Di samping itu, masing-masing investor memiliki kapasitas yang berbeda dalam menganalisa informasi yang diperolehnya bahkan tidak semua investor melakukan penelitian terhadap pasar modal dan perusahaan sebelum melakukan investasi. Ketidak berimbangan tersebut juga dapat ditinjau dari sisi perilaku, investor hanya memfokuskan perhatiannya pada *cash flow* perusahaan, harga saham sebagai indikator nilai perusahaan, serta kebijakan-kebijakan penting perusahaan yang dapat meningkatkan nilai investasi. Investor tidak memperhatikan anggaran dasar perusahaan karena tujuan investor untuk menanamkan modal semata-mata memperoleh keuntungan. Oleh karena itu, karena adanya faktor ketidakseimbangan kedudukan maka perlunya intervensi negara untuk menciptakan keseimbangan bagi para investor tersebut dengan menetapkan prinsip-prinsip *fiduciary* sebagai *statutory law*.

²⁶⁷ Eisenberg, Melvin Aron. Januari 1995. *The Limit of Cognition and The Limits of Contract*, Stanford Law Review Vol. 47 No. 2 pp. 211-259, hal. 211-212

²⁶⁸ Ibid, hal. 212

²⁶⁹ Lihat Eisenberg, Melvin Aron. Februari 1982. *The Bargain Principle and Its Limit*, Harvard Law Review Vol. 95 No. 4 pp. 741-801

²⁷⁰ Ibid, hal. 743

Kedua, tujuan hukum perusahaan bukan semata-mata untuk meningkatkan sekelompok kecil investor yang menguasai saham perusahaan. Fungsi hukum perusahaan diupayakan memacu kesejahteraan finansial masyarakat luas. Hal ini ditegaskan oleh Kent Greenfield bahwa dengan karakteristik perusahaan seperti pertanggung jawaban terbatas, kebebasan mengalihkan saham, serta spesialisasi dan sentralisasi pengelolaan, membuka peluang bagi masyarakat umum untuk menanamkan modalnya dengan tujuan memperoleh kesejahteraan finansial.²⁷¹ Kemudahan mengalihkan saham memberi peluang ribuan bahkan jutaan investor kecil untuk membiayai perusahaan. Besarnya jumlah pemodal berpotensi membesarkan perusahaan karena tidaklah mungkin suatu perusahaan dapat besar hanya didanai oleh beberapa pemodal besar. Semakin besar suatu perusahaan semakin besar pula peluang untuk meningkatkan perekonomian suatu negara.²⁷² Karakteristik pertanggung jawaban terbatas memberi kepastian bagi pemegang saham bahwa mereka tidak menanggung secara pribadi apabila perusahaan gagal atau tidak dapat membayar hutang yang menjadi tanggungannya. Dengan demikian pemegang saham dapat membeli saham yang terproteksi dengan prinsip pertanggung jawaban terbatas tersebut. Sedangkan karakteristik *separate legal entity* dan *perpetual succession* tersebut menjadikan perusahaan tidak selalu bergantung pada satu kelompok pemegang saham. Perusahaan akan selalu eksis meski terjadi pemegang saham berubah-ubah. Dari karakteristik inilah perlu ditonjolkan pula aspek-aspek hukum perusahaan sebagai hukum publik agar para investor dengan kontribusi modal yang relatif kecil tetapi berjumlah banyak ini mendapatkan perlindungan hukum.

Ketiga, model *mandatory* dapat menciptakan efisiensi bagi pihak eksternal perusahaan. *Mandatory rule* berperan untuk mengurangi ketidakpastian sebagaimana menjadi dasar dalam hipotesis kedua yaitu *uncertainty hypothesis*. Ketidakpastian akan terjadi di dalam model *enabling rule*, dimana dengan kebebasan berkontrak memberi peluang bagi pemegang saham untuk mengembangkan substansi anggaran dasar menurut kehendaknya.

²⁷¹ Greenfield, Kent. Mei 2005. *New Principles for Corporate Law*, 1 Hasting Business Law Journal 89, hal. 97

²⁷² Ibid.

Kedua model di atas, yaitu *enabling* dan *mandatory* mempunyai karakteristik yang berbeda-beda. Apabila suatu negara berupaya mengadopsi prinsip kewajiban *fiduciary* maka perlu untuk menentukan model mana yang menyertai penerapan prinsip kewajiban *fiduciary* tersebut. Demikian juga dengan Indonesia apabila hendak mengadopsi prinsip *fiduciary* patutlah untuk menelaah tentang kondisi internal negara.

Indonesia mempergunakan *mandatory model* dan bukan *enabling model*. Hal ini dibuktikan dengan tidak adanya suatu pernyataan dalam maupun UUPT 2007 yang menegaskan bahwa perusahaan diperkenankan memodifikasi kewajiban *fiduciary* sebagaimana diatur pada kedua peraturan perundang-undangan tersebut. Penggunaan *mandatory model* di Indonesia lebih dipengaruhi oleh faktor empiris. Struktur kepemilikan saham di Indonesia menunjukkan kecenderungan terpusat pada satu pihak atau kelompok tertentu, baik satu grup keluarga yang bertindak sebagai pendiri.²⁷³ Penguasaan kepemilikan saham tersebut bukan hanya pada perusahaan tertutup tetapi juga perusahaan terbuka.²⁷⁴ Konsekuensi dari kepemilikan terpusat ini adalah pemegang saham mayoritas menguasai seluruh organ perusahaan baik di RUPS, dewan komisaris, maupun dewan direksi. Konsekuensi lainnya adalah terjadi ketidak seimbangan antar investor satu dengan lainnya karena investor yang menguasai saham mayoritas memiliki akses untuk mengetahui informasi internal perusahaan. Apabila terjadi kedudukan yang tidak setara antara satu pihak dengan pihak lain maka prinsip *freedom of contract* yang menjadi landasan utama model *enabling rule* tidak dapat diaplikasikan. Peran negara masih diperlukan untuk menyeimbangkan kedudukan antara investor. *Opt out* yang diperkenankan dalam model *enabling* sekiranya tidak diaplikasikan pada kewajiban *fiduciary* di Indonesia karena dapat merugikan pemegang saham minoritas. Model *mandatory* lebih tepat daripada model *enabling* karena lembaga peradilan Indonesia belum siap untuk menerapkan model *enabling*. Hal ini didasari pada tiga alasan yaitu tidak semua hakim di lembaga peradilan di Indonesia memahami prinsip *fiduciary*, peradilan lamban dalam memutus perkara, serta

²⁷³ Husnan, Saud, *Indonesia*, dalam Zhuang, Juzhong; David Edwards, dan MA. Virginita A. Capulong (ed.). 2001. *Corporate Governance and Finance in East Asia: A Study of Indonesia, Republic of Korea, Malaysia, Philippines, and Thailand*, Asian Development Bank Working Paper, hal. 17

²⁷⁴ Nam, Sang-Woo. 2004. *Survey on Corporate Governance Practices in Indonesia, Thailand and Korea*, ADB Research Institute, Research Policy Brief No. 8, hal. 3

lembaga peradilan sebagai salah satu institusi negara yang korup di Indonesia. Lembaga peradilan di berperan besar dalam pengaplikasian model *enabling*. Apabila terdapat pihak yang tidak sepakat dengan kebijakan direksi maka dapat mengajukan *judicial review* ke peradilan. Hakim yang menangani *judicial review* tersebut dituntut untuk memutuskan apakah kebijakan direksi melanggar atau tidak prinsip-prinsip yang termuat dalam kewajiban *fiduciary*. Bahkan hakim sering kali harus menyelesaikan pengujian atas kebijakan bisnis direksi dalam semalam. Budaya penyelesaian sengketa yang memegang teguh prinsip cepat dan murah sebagaimana menjadi bagian penting dari penerapan *model enabling* masih belum dapat dijalankan di Indonesia meskipun sejak tahun 1970 prinsip ini telah ditetapkan dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman.

4.3. Pembagian Utama Kewajiban Fiduciary

Prinsip *fiduciary* mengalami perkembangan secara bertahap. Hasil dari proses perkembangan tersebut adalah menjadikannya sebagai kewajiban yang mengatur hubungan antara direksi sebagai pengontrol perusahaan dengan perusahaan dan pemegang saham. Di samping itu, perkembangan lainnya adalah prinsip *fiduciary* menjadi pusat dari prinsip-prinsip hukum lainnya seperti prinsip kewajiban untuk melaksanakan kegiatan (oleh direksi) dengan kesetiaan (terhadap perusahaan dan/atau pemegang saham) atau yang dikenal dengan *duty of loyalty* dan kewajiban untuk melaksanakan kegiatan (oleh direksi) dengan penuh kehati-hatian (*duty of care*). Kedua bentuk prinsip yang berpangkal dari prinsip *fiduciary* tersebut juga mengalami perkembangan dengan munculnya *rule* yang lebih spesifik dan aplikatif sebagai dasar penyelesaian masalah secara kasuistis.

Kewajiban kesetiaan dan kehati-hatian memiliki area yang berbeda. Kewajiban kesetiaan menitik beratkan pada aturan hukum yang mendorong agar direksi memaksimalkan kesejahteraan pihak pemberi kewenangan daripada kesejahteraan dirinya.²⁷⁵ Sedangkan kewajiban kehati-hatian lebih mengarahkan

²⁷⁵ Supra note 32, hal. 103

direksi untuk lebih berhati-hati pada keadaan tertentu saat menjalankan kekuasaan dan kewenangannya.²⁷⁶

Kewajiban kesetiaan dan kewajiban kehati-hatian berbeda menurut sifatnya. Kewajiban kesetiaan lebih bersifat sebagai kewajiban negatif yakni sebagai kewajiban hukum yang membatasi tindakan pemegang kekuasaan atau kewenangan agar tidak melakukan kegiatan yang dilarang. Lain halnya dengan kewajiban kehati-hatian sebagai kewajiban positif yang mendorong direksi untuk melaksanakan tindakan positif agar perusahaan terhindar dari kerugian. Adapun bentuk konkrit dari kewajiban kesetiaan antara lain kewajiban untuk melaksanakan kegiatan dengan itikad baik dan untuk kepentingan perusahaan, kewajiban untuk menghindari benturan kepentingan, dan kewajiban untuk melaksanakan guna tujuan yang tepat. Sedangkan kewajiban kehati-hatian tidak seluas kewajiban kesetiaan.

4.4. Kewajiban Itikad Baik

Kewajiban itikad baik menjadi kewajiban sentral bagi direksi saat bertindak sebagai pengurus perusahaan. Bentuk kewajiban ini menjadi bagian dari kewajiban direksi sejak berlakunya KUHD sampai dengan UUPT 1995 dan di atur juga pada UUPT 2007. Norma mengenai kewajiban itikad baik direksi yang diatur pada UUPT 2007 sebagai undang-undang terbaru yang mengatur tentang perseroan terbatas ditetapkan pada Pasal 97 ayat (1), (2), dan (5) huruf b sebagai berikut:

“Direksi bertanggung jawab atas pengurusan perseroan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 92 ayat (1).

Pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), wajib dilaksanakan setiap anggota direksi dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab.

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

telah melakukan pengurusan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan;”

²⁷⁶ Hintmann, C. G. 2005. *You Gotta Have Faith: Good Faith in The Context of Directorial Fiduciary Duties and The Future Impact on Corporate Culture*, 49 Saint Louis law Journal pp. 571-605, hal. 578

Itikad baik, merupakan kewajiban fundamental dalam sistem hukum keperdataan. Itikad baik menjadi bagian penting pada hukum perikatan dan juga hukum perusahaan. Meski demikian, sampai saat ini belum ada kesepakatan bersama mengenai hakikat dari itikad baik dalam hukum perusahaan. Masing-masing ahli hukum mempunyai pendapat dan mengaplikasikan berbeda-beda terhadap itikad baik.

Di Amerika Serikat misalnya, tidak terjadi keseragaman pemberlakuan kewajiban itikad baik. Di beberapa putusan pengadilan, itikad baik menjadi bagian dari kewajiban hukum yang lain, khususnya kewajiban kesetiaan dan kewajiban kehati-hatian.²⁷⁷ Pada putusan lainnya, kewajiban itikad baik berdiri sendiri dan kedudukannya tidak harus melatar belakangi kewajiban lainnya.²⁷⁸

Klasifikasi pertama, bahwa kewajiban itikad baik tidak dapat berdiri sendiri dan sebagai bagian atau latar belakang dari kewajiban lain ditegaskan oleh Hakim Jacob sebagai berikut:

“Although corporate directors are unquestionably obligated to act in good faith, doctrinally that obligation does not exist separate and apart from the 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.”²⁷⁹

Adapun kasus yang dapat menjadi gambaran dari berlakunya itikad baik sebagai bagian dari kewajiban lainnya adalah *Re Abbott Laboratories Derivative Shareholders Litigation*.

Kasus *Re Abbott Laboratories Derivative Shareholders Litigation* merupakan upaya hukum derivatif pemegang saham atas perbuatan direksi yang telah melanggar kewajiban *fiduciary* dengan tidak menghiraukan surat peringatan Food and Drug Administration (FDA). Akibatnya, Abbott wajib membayar denda sebesar \$100 juta kepada FDA serta menarik 125 tipe peralatan kedokteran di seluruh Amerika Serikat. Pengadilan dalam perkara ini merujuk pada *re. Caremark*, 698 A.2d. yang menilai bahwa direksi yang mengabaikan dalam kurun waktu yang lama dan kegagalan sistematis untuk memantau (*sustained and systemic failure of the*

²⁷⁷ Sale, Hillary A. 2003. *Delaware's Good Faith*, Cornell Law Review 89, hal. 107

²⁷⁸ Ibid

²⁷⁹ Ibid

board to exercise oversight) terhadap perbuatan ilegal yang diperbuat oleh perusahaan. Pembiaran dan kegagalan dalam memantau ini oleh pengadilan dikategorikan tidak beritikad baik dan bertanggung jawab atas kerugian perusahaan. Pandangan ini juga menjadi basis pengadilan saat menilai direksi Abbot tidak bertindak apapun meski telah mendapatkan teguran dari FDA. Terhadap tidak merespon dan melakukan tindakan apapun atas peringatan FDA tersebut, pengadilan mengindikasikan bahwa keputusan direksi untuk tidak bertindak karena tidak adanya itikad baik dan bertentangan dengan kepentingan perusahaan.

Kasus Abbot menunjukkan bahwa kewajiban itikad baik tidak dapat berdiri sendiri. Kewajiban itikad baik adalah bagian dari kewajiban lain khususnya kewajiban kesetiaan (*loyalty*) atau kewajiban kehati-hatian (*care*). Kedudukan kewajiban itikad baik ini menjadi bagian dari kewajiban kesetiaan maupun kewajiban kehati-hatian karena kewajiban ini tidak menentukan jenis perbuatan dan tujuan yang spesifik. Dalam mengartikan kewajiban itikad baik yang tidak menentukan jenis perbuatan dan tujuan yang spesifik tersebut, Furlow merujuk pada definisi itikad baik dalam Black Law Dictionary sebagai berikut:

*“Good faith is a state of mind consisting in (1) honesty in belief or purpose, (2) faithfulness to one’s duty or obligation, (3) observance of reasonable commercial standards or fair dealing in a given trade or business, or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage, and is alternatively termed bona fides.”*²⁸⁰

Berdasarkan pada definisi di atas, itikad baik sebagai kehendak pikiran. Kehendak yang tulus dari diri pikiran manusia dalam mencapai suatu tujuan tertentu. Sedangkan itikad baik tidak dapat menjelaskan tujuan yang hendak dicapai namun masih memerlukan spesifikasi mengenai tujuan dari kewajiban lainnya.

Meninjau kedudukan kewajiban itidak baik di atas maka dapat dilihat bahwa pengadilan menilai itikad baik dari direksi ditunjukkan dengan kegagalan direksi untuk memantau kegiatan bisnis perusahaan. Adapun kewajiban memantau jalannya bisnis perusahaan ini disebut *duty to monitor* sebagai bagian dari kewajiban kehati-hatian atau *duty of care*. Dengan terjadinya kegagalan dalam

²⁸⁰ Furlow, Clark, W. 2009. *Good Faith, Fiduciary Duties, and The Business Judgment Rule in Delaware*, Utah L. Rev No. 3

memantau kegiatan perusahaan secara sistemik ini maka dapat digolongkan telah melanggar kewajiban kesetiaan terhadap perusahaan.²⁸¹

Klasifikasi kedua adalah kewajiban itikad baik berdiri sendiri atau *freestanding duty*. Klasifikasi ini menjadikan aplikasi kewajiban itikad baik tidak bergantung dengan kewajiban lainnya.

Berkaitan dengan klasifikasi kedua ini, terdapat perkara yang dapat menjadi gambaran kewajiban itikad baik sebagai *freestanding duty* yaitu perkara *Stockbridge v. Gemini Air Cargo Inc.* 611 S.E.2d 600 (Va. 2005). *Stockbridge* diberhentikan oleh Gemini Air Cargo Inc. tanpa alasan dari jabatannya sebagai Chief Executive Officer (CEO). Berdasarkan pada *Stockbridge Agreement*, *Stockbridge* mempunyai hak untuk menjual kembali sahamnya kepada Gemini Air Cargo Inc. Pihak Gemini Air Cargo Inc. tidak melakukan *buyback* sebagaimana yang tercantum dalam perjanjian dan mengirim *Disability Notice* kepada *Stockbridge* dengan alasan bahwa perusahaan tidak membeli saham akibat dari kondisi keuangan perusahaan yang tidak memungkinkan. Gemini Air Cargo Inc. menambahkan bahwa pembelian saham tersebut juga melanggar Section 160(a) *Delaware General Corporation Law* yang melarang *buy back* atas saham apabila pembelian tersebut dapat mengurangi modal perusahaan. Pengadilan berpendapat bahwa keputusan direksi Gemini Air Cargo Inc. yang tidak melakukan *buy back* dengan mengirimkan *Disability Notice* kepada *Stockbridge* dengan alasan bahwa keuangan perusahaan yang tidak mampu untuk melaksanakan perjanjian berdasarkan *Stockbridge Agreement* serta mendasarkan pada Section Section 160(a) *Delaware General Corporation Law* telah memenuhi unsur itikad baik dan keputusan tersebut juga semata-mata untuk kepentingan Gemini Air Cargo Inc.

Dalam kedudukannya sebagai kewajiban yang berdiri sendiri, suatu perbuatan dikategorikan melanggar kewajiban itikad baik apabila perbuatan tersebut mengandung itikad tidak baik (*bad faith*) tetapi memenuhi dan tidak melanggar kewajiban lainnya seperti kewajiban kesetiaan atau kewajiban kehati-hatian.²⁸² Merujuk pada penilaian pengadilan dalam perkara *Stockbridge* tersebut maka dapat ditemukan bahwa keputusan direksi didasarkan pada kewajiban itikad

²⁸¹ Ibid

²⁸² Kerr, Janet E. 2006. *Developments in Corporate Governance: The Duty of Good Faith and Its Impact on Director Conduct*, 13 *George Mason Law Review* 1037

baik dan diikuti dengan konten obyektif yaitu keputusan adalah untuk kepentingan perusahaan dengan meninjau kemampuan keuangan perusahaan dalam menolak kehendak Stockbridge sebagaimana diatur pada Stockbridge Agreement. Dari kondisi inilah pengadilan menilai dan memutuskan hanya semata-mata menggunakan nilai-nilai itikad baik dan untuk kepentingan perusahaan dengan tidak menggunakan kewajiban lainnya seperti kewajiban kesetiaan maupun kewajiban kehati-hatian.

4.5. Kewajiban Menghindari Benturan Kepentingan

Kewajiban menghindari benturan kepentingan diatur pada Pasal 97 ayat (5) UUPT 2007. Adapun ketentuan mengenai kewajiban tersebut ditegaskan bahwa:

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

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

Kewajiban menghindari benturan kepentingan memiliki ruang lingkup yang luas dan cenderung interpretatif. Meskipun kewajiban bersifat sangat interpretatif, namun terdapat bingkai yang menjadi batasan dalam menafsirkan kewajiban ini.

Definisi benturan kepentingan sebagaimana diatur dalam Peraturan Bapepam IX.E.1 menyatakan:

“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.”

Pada tataran teoritis, terdapat beberapa pendapat mengenai benturan kepentingan sebagaimana diutarakan oleh John J. Carson dan J. Boatright. Carson memberi ruang lingkup benturan kepentingan sebagai berikut:

“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 personal interests and the interests of the party to whom she owes those duties, or (ii) there is an

actual or potential conflict between the interest of her friends, family, or other clients, and the interests of the party to whom she owes those duties."³¹⁰

Carson menggambarkan bahwa benturan kepentingan dimana terdapat dua kepentingan yang berhadapan dalam satu situasi. Situasi tersebut adalah di satu sisi seseorang memiliki kewajiban atas jabatannya berhadapan dengan benturan yang aktual atau berpotensi. Di sisi lain, pada saat menjabat tersebut dirinya juga dihadapkan dengan kepentingannya sendiri atau kepentingan pihak lain yang berafiliasi dengannya.

Berikutnya adalah pendapat Boatright yang menyatakan benturan kepentingan adalah:

*“. . . A conflict of interest may be described as a conflict that occurs when a personal interest interferes with a person's acting so as to promote the interest of another when the person has an obligation to act in that other person's interest."*³¹¹

Benturan kepentingan digambarkan sebagai konflik yang timbul ketika kepentingan pribadi mempengaruhi seseorang pada saat dirinya melaksanakan pihak lain dan untuk kepentingan pihak lain tersebut.

Peter E. Kay menjelaskan benturan kepentingan secara spesifik pada kedudukan direksi sebagai *fiduciary* perusahaan. Menurut Kay "*Corporate director conflict of interest arise when directors' personal or financial interest conflict with their fiduciary responsibilities to the corporation and its shareholders.*"³¹² Benturan kepentingan oleh direksi muncul ketika kepentingan pribadi dan kepentingan keuangan direksi berbenturan dengan tanggung jawab direktur sebagai *fiduciary* perusahaan dan pemegang sahamnya.

Pendapat mengenai benturan kepentingan antara direksi dengan perusahaan yang diuraikan oleh Kay ini sama dengan pandangan Ford, Austin dan Ramsay yang menyatakan bahwa aturan-aturan terkait dengan benturan kepentingan muncul manakala tujuan direksi secara individual adalah untuk

³¹⁰ Harpool, G. David. 1996. *Trustee Conflicts of Interest: The Law and Policy Implications*, Dissertation Faculty of The Graduate School of Saint Louis University, hal. 9

³¹¹ Ibid.

³¹² Kay, Peter E. 1994. *Director Conflicts of Interest Under The Model Business Corporation Act: A model For All States*, 69 Wash. L. Rev. 207

mengeksploitasi dan mengambil kesempatan untuk kepentingan pribadi atau untuk kepentingan pihak lain dan bukan kepentingan perusahaan.³¹³

Dari definisi umum tentang benturan kepentingan baik yang terdapat pada Peraturan Bapepam, dan pendapat Carson maupun Boatright di atas menunjukkan satu kesamaan yaitu benturan kepentingan sebagai suatu situasi yang dihadapi seseorang pada saat membuat keputusan. Pengambil keputusan tersebut mengambil keputusan untuk kepentingan pihak yang memberi mandat namun pada saat mengambil keputusan ada kepentingan dirinya atau pihak yang terafiliasi dengannya secara pribadi. Pandangan tentang benturan kepentingan yang diatur dalam Peraturan Bapepam berbeda dengan sebagaimana diutarakan oleh beberapa ahli hukum di atas. Peraturan Bapepam secara eksplisit menyatakan bahwa benturan kepentingan akan selalu menimbulkan kerugian bagi perusahaan. Sedangkan ahli hukum yang dikutip di atas menyebutkan bahwa benturan kepentingan tidak selalu berdampak negatif terhadap perusahaan.

Demikian juga pendapat Kay serta Ford, Austin, dan Ramsay yang meletakkan benturan kepentingan dalam hubungan antara direksi sebagai *fiduciary* dengan perusahaan. Di dalam suatu perusahaan, direksi sebagai *fiduciary* dapat menghadapi situasi dimana dirinya selaku pihak yang mendapatkan mandat dari perusahaan untuk melaksanakan kegiatan demi kepentingan perusahaan berhadapan dengan kepentingan dirinya sendiri atau pihak yang terafiliasi dengan direksi.

Di dalam perkembangannya, benturan kepentingan telah melahirkan tiga doktrin yang memiliki perbedaan fokusnya. Doktrin-doktrin tersebut antara lain doktrin konflik, doktrin penyalahgunaan, dan doktrin keuntungan dan kesempatan perusahaan.

4.5.1. Doktrin Konflik (*The Conflict Rule*)

Doktrin konflik atau *the conflict rule* adalah doktrin hukum yang berada dalam wilayah kewajiban menghindari benturan kepentingan. Doktrin ini telah mengalami perubahan dari awalnya yaitu doktrin konflik dengan formulasi mutlak

³¹³ Supra note 52, hal. 388

ke doktrin konflik dengan formulasi praktis. Kedua formulasi tersebut berbeda antara satu dengan lainnya dan saat ini formulasi mutlak tidak diberlakukan lagi dengan diterapkannya formulasi praktis.

Garis besar dari doktrin konflik dengan formulasi mutlak (*strict formulation*) berlaku jika direksi mempunyai loyalitas pada pihak lain dan bukan semata-mata pada perusahaan maka dirinya tidak diperkenankan melaksanakan tindakan apapun untuk mewakili perusahaan pada saat berhubungan hukum dengan pihak ketiga yang terafiliasi dengan direksi.³¹⁵ Formulasi mutlak berimplikasi pada pemenuhan standar dan otoritas yang tinggi, artinya direksi tidak diperkenankan sama sekali untuk memposisikan dirinya manakala dimungkinkan terjadi konflik antara kepentingan dengan kewajiban. Adapun yang menjadi dasar hukum dari berlakunya formulasi mutlak ini adalah perkara *Aberden Railway Co v Blaikie Bros* (1854) 1 Macq 461. Pada perkara tersebut, Hakim Cranworth berpendapat bahwa:

*“A corporate body can only act by its agents, and it is, of course, the duty of those agents so to act as best to promote the interest of the corporation whose affairs they are conducting. Such agents have duties to discharge on a fiduciary nature towards their principal. And it is a rule of universal application that no-one, having such duties to discharge, shall be allowed to enter into engagements in which he has, or can have, a personal interest conflicting, or which **possibly may conflict**, with the interests of those whom he is bound to protect. So strictly is this principle adhered to that no question is allowed to be arised as to the fairness or unfairness of a contract so entered to.”³¹⁶*

Dengan berlakunya formulasi ini maka setiap kontrak atau transaksi antara perusahaan dengan direksi dari perusahaan tersebut secara otomatis dapat dibatalkan atas permintaan dari pemegang saham tanpa memandang nilai-nilai kesetaraan dan keadilan dari kontrak atau transaksi.³¹⁷

³¹⁵ Supra note 52, hal. 395

³¹⁶ Burnett, Brian. 2001. *Australian Corporation Law 2001*, CCH Australia Limited, Sydney, hal. 294

³¹⁷ Hayes, Deborah K. 1986. *Corporate Director Conflicts of Interest: The Fairness Test and Its Application Under Existing Statutory Provisions and Proposal For Statutory Reform*, 53 Tennessee law Review 799

Putusan Supreme Court pada kasus *Wardell v Union Pacific Railroad Co.* 103 U.S. 651 (1880) yang menegaskan bahwa:

“It is among the rudiments of the law that the same person cannot act for himself and at the same time, with respect to the same matter, as agent for another, whose interests are conflicting. . . . The two positions impose different obligations, and their union would at once raise a conflict between interest and duty; and “constituted as humanity is, in the majority of cases duty would be overborne in the struggle.” . . . Hence, all arrangements by directors . . . to secure an undue advantage to themselves at its expense . . . will be condemned whenever properly brought before the courts for consideration.”

Formulasi ini berubah karena menumbuhkan kekurangadilan bagi direksi serta kesulitan untuk diaplikasikan dalam bentuk kegiatan perniagaan yang beraneka ragam. Perubahan pengujian benturan kepentingan lebih ditekankan pada formulasi praktikal. Formulasi praktikal tersebut diterapkan di Amerika Serikat sejak tahun 1910. Bentuk-bentuk transaksi maupun perjanjian antara perusahaan dengan direksi diperkenankan sepanjang telah disetujui oleh anggota direksi yang tidak berkepentingan atas transaksi atau perjanjian tersebut secara mayoritas dan substansi transaksi atau perjanjian menunjukkan sifat keadilan dan tanpa unsur penipuan.³²⁰

Dari kedua formulasi tersebut, sistem hukum tertulis yang berlaku di Indonesia menganut formulasi praktis. Bila hanya merujuk pada definisi benturan kepentingan sebagaimana ditetapkan pada Peraturan Bapepam IX.E.1 maka formulasi yang dianut adalah formulasi mutlak. Namun apabila merujuk pada substansi dari peraturan Bapepam tersebut maka dapat ditemukan bahwa formulasi yang dianut adalah formulasi praktis. Hal ini tercermin dari diperkenankannya transaksi meski terdapat unsur benturan kepentingan. Terhadap transaksi-transaksi tersebut terdapat prosedur khusus dalam mengambil kebijakannya. Sebagaimana diatur pada Peraturan Bapepam IX.E.1 angka 3 huruf a yang menyatakan:

“Transaksi yang mengandung Benturan Kepentingan wajib terlebih dahulu disetujui oleh para Pemegang Saham Independen atau wakil mereka yang diberi wewenang untuk itu dalam RUPS sebagaimana diatur dalam Peraturan ini. Persetujuan mengenai hal tersebut harus ditegaskan dalam bentuk akta notariil.”

Berdasarkan pada ketentuan di atas maka setiap transaksi yang terdapat unsur benturan kepentingan wajib dimintakan persetujuan RUPS. Dengan demikian, transaksi benturan kepentingan masih diperkenankan sepanjang memenuhi prosedur. Adapun tujuan dari prosedur dengan persetujuan RUPS tersebut bertujuan untuk menilai apakah transaksi merugikan perusahaan atau tidak.

³²⁰ Ibid.

4.5.2. Doktrin Penyalahgunaan (*The Misappropriation Rule*)

Doktrin penyalahgunaan atau *misappropriation rule* merupakan doktrin lain yang berlaku dalam menentukan benturan kepentingan antara direksi dengan perusahaan. Doktrin ini diaplikasikan pada penyalahgunaan hak milik (*property*) perusahaan oleh direktur.

Pemberlakuan doktrin penyalahgunaan relatif mudah karena hanya menentukan adanya suatu tindakan terhadap aset perusahaan tanpa kewenangan yang dimiliki. Konsepsi hukum mengenai harta kekayaan bukan saja ditujukan terhadap benda yang berwujud tetapi juga termasuk benda yang tidak berwujud seperti halnya informasi. Konsekuensi dari klasifikasi tersebut adalah informasi juga bagian dari harta kekayaan yang wajib dijaga oleh pihak-pihak yang mempunyai kedudukan dalam perusahaan dimana perusahaan adalah pemilik dari informasi tersebut. Dalam konteks direksi sebagai *fiduciary* perusahaan, maka dirinya tidak diperkenankan menyalahgunakan informasi milik perusahaan dan hal ini dapat dikategorikan melanggar doktrin penyalahgunaan.

Doktrin penyalahgunaan terhadap informasi perusahaan didasari oleh teori penyalahgunaan atau *misappropriation theory* sebagai pengembangan dari teori klasik *insider trading*. Menurut teori penyalahgunaan, menyalahgunakan informasi rahasia merupakan pelanggaran kewajiban *fiduciary* maupun pelanggaran terhadap bentuk hubungan yang mirip dengan hubungan kepercayaan dimana informasi tersebut terkait dengan transaksi sekuritas.³²³

Teori penyalahgunaan berkembang di Amerika Serikat dengan adanya kasus *Chiarella v United States* 445 U.S. 222 (1980). Pada kasus tersebut Vincent Chiarella adalah pekerja di perusahaan Pandick Press. Chiarella ditugaskan untuk memegang lima informasi rahasia tentang lelang *takeover*. *Pandick Press* telah memperingatkan kepada Chiarella bahwa informasi tersebut sifatnya rahasia dan jika mendistribusikan atau menggunakan informasi tersebut termasuk tindakan ilegal dan melanggar aturan perusahaan. Namun, Chiarella menghubungi makelar sahamnya untuk membeli saham perusahaan yang akan melaksanakan lelang *takeover* tersebut. Setelah informasi tersebut disebar luaskan dan menjadi informasi

³²³ Hunter, Richard J., dan Anthony L. Loviscek. 1997. *Insider Trading Since Carpenter: The Misappropriation Theory and Beyond*, 41 How. L. J. 79

publik, Chiarella menjual saham yang dibelinya dan memperoleh keuntungan sebesar \$ 30.000. Atas tindakannya tersebut Pengadilan Distrik Selatan New York memutuskan untuk menghukum Chiarella (*United States v Chiarella*, 450 F. Supp. 95 (S.D.N.Y 1978)) dan putusan tersebut dikuatkan oleh *Second District* (*United States v Chiarella*, 588 F.2d 1358 (2d Cir. 1978)).

Pengadilan menolak hukuman terhadap Chiarella dengan alasan bahwa hubungan antara Chiarella dengan perusahaan yang sahamnya dibeli oleh Chiarella tersebut bukan hubungan *fiduciary* saat Chiarella mengadakan upaya hukum kasasi atas putusan *Second District* pada *Supreme Court*. Namun pada putusan tersebut, Hakim Burger mengutarakan *dissenting opinion* dan menyatakan bahwa *Supreme Court* sepatutnya memperkuat putusan pengadilan sebelumnya dengan alasan bahwa: “*misappropriated - stole to put it bluntly - valuable nonpublic information entrusted to him in the utmost confidence.*” Lebih lanjut, Hakim Burger menguatkan pendapatnya tersebut dengan pandangan bahwa: “*I would read Section 10(b) and Rule 10b-5 to mean that a person who has misappropriated nonpublic information has an absolute duty to disclose that information or to refrain from trading.*”³²⁴ Pemikiran Hakim Burger ini merupakan awal mula dari munculnya teori penyalahgunaan.

4.5.3. Doktrin Keuntungan (*The Profit Rule*) dan Kesempatan Perusahaan

“A central manifestation of the duty of utmost good faith is, in the modern context, the most poignant; the fiduciary is strictly prohibited from using his position to reap a personal gain.”

Pernyataan di atas sebagaimana dilontarkan oleh Ellis menjadi dasar tentang doktrin keuntungan (*profit rule*) sebagai doktrin penting dalam kewajiban menghindari benturan kepentingan. Ellis berpendapat bahwa pihak *fiduciary* dilarang untuk menggunakan posisinya demi keuntungannya sendiri karena larangan ini merupakan bentuk manifestasi dari kewajiban *fiduciary*. Pengambilan keuntungan yang termasuk dalam ruang lingkup doktrin keuntungan adalah pemanfaatan kesempatan (*opportunity*) yang dimiliki perusahaan oleh direksi. Pernyataan Ellis di atas senada dengan pandangan umum yang menetapkan bahwa

³²⁴ Supra note 52, hal. 414

setiap bentuk hubungan *fiduciary* mewajibkan pihak *fiduciary* bertanggung jawab atas keuntungan yang diperolehnya dari hubungan *fiduciary* tersebut.

Permasalahan yang muncul dalam doktrin keuntungan ini adalah menentukan suatu kesempatan adalah milik perusahaan ataukah direksi secara individual. Eric G. Orinsky menegaskan empat alat uji sebagai tes untuk menjustifikasi apakah kesempatan tersebut adalah milik perusahaan. Keempat alat uji tersebut antara lain:

- (i) kesempatan termasuk dalam kepentingan atau harapan perusahaan (*the interest or expectancy test*);
- (ii) kesempatan tersebut dalam ruang lingkup area bisnis perusahaan (*the line of business test*);
- (iii) kapasitas untuk menggunakan kesempatan bagi diri direksi (*the capacity in which the opportunity was presented to the director*); dan
- (iv) uji kesetaraan (*the fairness test*).³²⁷

Keempat bentuk tes dapat digunakan secara bersama-sama maupun parsial dalam menjustifikasi arti 'kesempatan'. Pengadilan Minnesota, misalnya, pada kasus *Miller v. Miller* 222 N.W.2d 71 (Minn 1974) berpandangan bahwa masing-masing bentuk pengujian tersebut dipergunakan secara terpisah. Pada perkara tersebut pengadilan menyatakan bahwa:

"We have searched the case law and commentary in vain for an all-inclusive or "critical" test or standard by which a wrongful appropriation can be determined and are persuaded that the doctrine is not capable of precise definition. Rather, it appears that courts have opened or closed the business opportunity door to corporate managers upon the facts and circumstances of each case and by application of one or more of three variant but often overlapping tests or standards: (1) The "interest or expectancy" test, which precludes acquisition by corporate officers of the property of a business opportunity in which the corporation has a "beachhead" in the sense of a legal or equitable interest or expectancy growing out of a preexisting right or relationship; (2) the "line of business" test, which characterizes an opportunity as corporate whenever a managing officer becomes involved in an activity intimately or closely associated with the existing or prospective activities of the corporation; and (3) the "fairness" test, which determines the existence of a corporate opportunity by

³²⁷ Orinsky, Eric G. 1999. *Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: A Framework for Analysis in an Attempt to restore Predictability*, 25 Delaware Journal of Corporate Law 451 pp. 452-528, hal. 458

applying ethical standards of what is fair and equitable under the circumstances.”³²⁸

Pandangan pengadilan Minnesota tersebut berbeda dengan Pengadilan Delaware. Pada perkara *Guth v Loft Inc*, pengadilan Delaware menggunakan tiga dari empat uji tes untuk menentukan apakah kesempatan tersebut adalah milik perusahaan atau direktur. Menurut pengadilan tersebut:

“... if there is presented to a corporate officer or director a business opportunity which the corporation is financially able to undertake, is, from its nature, in the line of the corporation's business and is of practical advantage to it, is one in which the corporation has an interest or a reasonable expectancy, and, by embracing the opportunity, the self-interest of the officer or director will be brought into conflict with that of his corporation, the law will not permit him to seize the opportunity for himself.”³²⁹

Adapun *leading case* dalam pemberlakuan doktrin keuntungan ini adalah perkara *Guth v Loft Inc*.³³⁰ Kasus tersebut bermula pada bulan Mei 1931. Loft Inc adalah perusahaan yang bergerak di bidang produksi serta penjualan eceran produk berupa permen, minuman, dan makanan. Dalam waktu yang bersamaan, Coca Cola menghentikan penjualan produknya dari toko yang dikelola Loft. Pada tanggal 19 Mei 1931, Guth menanyakan kepada Wakil Presiden Direktur Loft Inc. untuk mengganti produk Coca Cola dengan Produk Pepsi-Cola yang lebih murah. Tanpa diketahui Guth, sehari sebelumnya, yaitu tanggal 18 Mei 1931, National Pepsi-Cola (NPC) dinyatakan pailit. Setelah itu, Guth mendekati Megargel, pemilik NPC, untuk mengambil alih formula rahasia beserta merek Pepsi-Cola. Sekitar bulan Agustus 1931, Guth dan Megargel membentuk Perusahaan Pepsi-Cola Company dan mengambil alih formula rahasia dan merek Pepsi-Cola. Pada saat ini, Guth tidak memiliki dana untuk proses pengambil alihan tersebut dan menggunakan sumberdaya yang dimiliki Loft seperti modal, fasilitas pabrik, material, kredit, eksekutif, dan pekerja untuk menjalankan perusahaan Pepsi-Cola.

Pengadilan melihat bahwa Guth bertanggung jawab atas hilangnya keuntungan Loft Inc. karena pengambil alihan kesempatan yang dimiliki Loft untuk kepentingan Guth pribadi. Pengadilan berpendapat bahwa tindakan Guth tersebut

³²⁸ Ibid. hal. 458-459

³²⁹ Ibid.

³³⁰ Ibid.

karena menghilangkan kepentingan (*interest*) atau ekspektasi Loft Inc. untuk meningkatkan kegiatan bisnisnya dengan menilai bahwa pertemuan dan komitmen antara Guth dengan Megargel sepatutnya dalam kapasitas Guth sebagai direksi Loft Inc. dan bukan sebagai pribadi.

Selain itu, kesempatan yang diperoleh Guth termasuk klasifikasi bagian dari kegiatan bisnis atau *in line of business* dari Loft Inc. Menurut pengadilan, tidak ada definisi yang tegas mengenai *in line of business*. Namun demikian, pengadilan memberikan satu ukuran terhadap *in line of business* sebagai berikut:

*“Where a corporation is engaged in a certain, and an opportunity is presented to it embracing an activity as to which fundamental knowledge, practical experience and ability to pursue, which, logically and naturally, is adaptable to its business . . . , and is one that is consonant with its reasonable needs and aspirations for expansion, it may be properly said that the opportunity is in the line of the corporation business.”*³³¹

In line of business dari suatu perusahaan sebagaimana dinyatakan di atas ditunjukkan dalam kaitannya dengan kasus Guth v Loft Inc., pengadilan menegaskan bahwasannya kesempatan yang esensial dan dapat diklasifikasikan sebagai kegiatan perusahaan karena sumberdaya, fasilitas, peralatan, serta pengetahuan dan pengalaman yang berupa teknis maupun praktis berhubungan langsung dengan kegiatan bisnis Loft Inc. maupun Pepsi-Cola.³³²

Guth v Loft Inc. menandai suatu perubahan baru dalam menjustifikasi ruang lingkup kewajiban direksi terhadap kesempatan perusahaan. Keterbatasan finansial bukan lagi menjadi dasar pengalihan kesempatan dari perusahaan kepada direksi secara personal. Namun anggota dewan direksi dan setiap anggotanya yang berkedudukan sebagai *fiduciary* perusahaan dituntut untuk memaksimalkan potensi perusahaan agar kesempatan yang dimiliki oleh perusahaan tersebut dapat terwujud. Sebagaimana ditegaskan oleh Struan Scott bahwa:

“The line-of-business test (and, as part of that test, the US recognition of the impossibility argument) arose from an appreciation that company directors have a role in advancing their company interest. This test expanded the concept of corporate opportunity from an opportunity in which the company had an

³³¹ Supra note 239, hal. 469

³³² Ibid., hal. 470

interest or a recognised expectancy of acquiring, to an opportunity that the company could exploit profitably."³³³

Metode pengujian mengenai kesempatan diklasifikasikan sebagai milik perusahaan adalah dengan menetapkan bahwa kesempatan tersebut datang kepada perusahaan dan bukan kepada direktur secara individual. Kasus *Guth v Loft* masih dapat dipergunakan sebagai contoh dari pengujian ini karena pengadilan juga memakai kerangka ini dalam memutus perkara tersebut. Menurut pengadilan, pihak Megargel mengadakan pendekatan kepada Guth bukan karena individu Guth itu sendiri melainkan karena Guth adalah Presiden Direktur dari Loft Inc. Tujuan dari pendekatan tersebut adalah Loft Inc. mempunyai kemampuan untuk membuat Pepsi-Cola di samping kemampuan memasarkannya karena Loft Inc. adalah perusahaan yang berpengalaman sebagai penjual eceran (*retailer*).

Berhentinya direktur dari jabatannya tidak menghilangkan tanggung jawab dirinya terhadap perusahaan dimana dirinya sebelumnya bekerja. Dengan kata lain, direktur masih bertanggung jawab apabila telah mengambil alih kesempatan yang diklasifikasikan sebagai milik perusahaan. Situasi ini terjadi di kasus *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley* (1973) 40 D.L.R. (3d) 371 (S.C.C.) Revising (19720 32 D.L.R. (3) 632 (Ont. C.A.) di Kanada.³³⁴

Pada kasus tersebut, Canadian Aero Service Ltd (selanjutnya disebut Canaero) adalah anak perusahaan dari suatu perusahaan di Amerika Serikat. Canaero bergerak dibidang pemetaan topografi dan eksplorasi geofisikal. Bisnis Canaero membutuhkan dana yang besar untuk melaksanakan survey sebagai kegiatan persiapan sebelum bernegosiasi dengan konsumen. Konsumen utama dari bisnis Canaero adalah pemerintah. Canaero berminat untuk melakukan pemetaan topologi di Guyana yang dibiayai oleh Pemerintah Kanada. Proyek pemetaan tersebut dikenal dengan Proyek Guyana. Pada bulan Agustus 1966, Pemerintah Kanada berkehendak untuk meneruskan pembiayaan Proyek Guyana tersebut. Pemerintah Kanada mengundang Canaero dan lima perusahaan lainnya yang hendak mengikuti tender. Pada saat itu, dua anggota direksi Canaero yaitu M dan Z mengundurkan diri dari jabatannya dan membentuk perusahaan sendiri dengan

³³³ Loc. Cit. , hal. 868

³³⁴ Prentice, D. D. Juli 1974. *The Corporate Opportunity Doctrine*, *The Modern Law Review* Vol. 37 No. 4 pp. 464-468

nama T Ltd. Setelah pembentukan perusahaan T Ltd., M dan Z menginformasikan kepada pihak Pemerintah Kanada bahwasannya Perusahaan T Ltd. berminat menjalankan Proyek Guyana. Dari proses tender tersebut perusahaan T Ltd yang dimiliki dan dikelola oleh M dan Z menjalin kontrak dengan Pemerintah Kanada untuk melanjutkan Proyek Guyana. Mengetahui bahwa perusahaan T Ltd. sebagai pemegang proyek Guyana, Canaero melakukan upaya hukum terhadap M dan Z dengan alasan bahwa kedua mantan direktornya melanggar kewajiban *fiduciary*. Hakim Laskin, pada saat mengadili perkara tersebut, menyatakan bahwa M dan Z telah mengambil alih kesempatan milik perusahaan dimana dirinya bekerja yaitu Canaero. Adapun landasan pemikiran yang dipergunakan oleh Hakim Laskin berdasarkan *interest/expectancy test* dan tidak mempergunakan metode pengujian *in line business*. Hakim Laskin mempergunakan alat uji yang berbeda saat memutuskan perkara tersebut. Adapun alat uji tersebut antara lain sebagai berikut. Pertama, kesempatan masih menjadi milik Canaero meski M dan Z mengundurkan diri dari direktur Canaero, serta M dan Z bertanggung jawab atas diambil alihnya kesempatan yang sepatutnya menjadi milik Canaero kepada perusahaan yang didirikan oleh M dan Z. Kedua, perbedaan detail dari substansi yang diajukan dalam tender tidak diartikan bahwa adanya perbedaan kesempatan antara Canaero dan T. Ltd.

4.6. Kewajiban Melaksanakan Kegiatan Untuk Tujuan Yang Tepat

Kewajiban menjalankan kepengurusan dengan tujuan yang tepat menjadi bagian dari kewajiban hukum direksi selaku pengurus perusahaan. Kewajiban ini diatur pada Pasal 92 ayat (2) UUPT 2007 sebagai berikut:

“Direksi berwenang menjalankan pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sesuai dengan kebijakan yang dipandang tepat, dalam batas yang ditentukan dalam Undang-Undang ini dan/atau anggaran dasar.”

Penjelasan dari pasal tersebut diuraikan bahwa:

“Yang dimaksud dengan “kebijakan yang dipandang tepat” adalah kebijakan yang, antara lain didasarkan pada keahlian, peluang yang tersedia, dan kelaziman dalam dunia usaha yang sejenis.”

Prinsip kewajiban menjalankan kegiatan untuk tujuan yang tepat muncul dan berkembang di negara anglo saxon dikenal dengan '*duty to act in proper purpose*' yang merupakan bagian dari kewajiban *fiduciary*. Kewajiban direksi ini mengadopsi dari hubungan dalam hukum *trust* antara *beneficiary* dengan *trustee*. Pengadilan beranggapan bahwa sumber kewenangan *trustee* ditetapkan serta dibatasi oleh klausul yang tercantum dalam *deed of settlement*. Apabila tindakan *trustee* tidak sebagaimana yang telah ditegaskan dalam *deed of settlement* tersebut maka dikategorikan sebagai *fraud of power* atau penyalahgunaan kewenangan.

Pada perusahaan, anggaran dasar adalah sumber kewenangan direksi dan dasar untuk menjustifikasi tujuan yang hendak dicapai oleh direksi saat membuat kebijakan bisnis. Namun anggaran dasar perusahaan bersifat umum tanpa ada pembatasan kewenangan. Dalam hal ini, Finn menegaskan kriteria dalam menentukan tujuan yang tepat oleh direksi dalam menjalankan kegiatannya adalah sebagai berikut:

*"As a general rule, it is the province of the fiduciary to determine what actions are in the interests of his beneficiaries. The courts are not entrusted with this decision. On the other hand, it is the province of the courts to determine what actions are not in the beneficiaries' interest, and an action will not be in the beneficiaries' interest if it constitutes a breach of any of the specific duties. By approaching review of a fiduciary's actions through these duties, the courts have been relieved of the impossible task of defining exhaustively what is meant by the 'interests of his beneficiaries' in any particular case . . ."*³³⁵

Dari uraian Finn tersebut, Saul Friedman memberikan ruang lingkup kewajiban tujuan yang tepat yang lebih spesifik. Menurut Saul Friedman doktrin tujuan yang tepat sebagai kontrol atas pelaksanaan kewenangan direksi yang luas.³³⁶ Batasan-batasan kewenangan tersebut bukan hanya sebagaimana yang tertera secara tegas dalam anggaran dasar.³³⁷ Suatu kewenangan juga dibatasi dengan meninjau tujuan dari kebijakan dan/atau tindakan direksi tersebut apakah murni sebagai tujuan perusahaan ataukah ada tujuan lainnya khususnya tujuan yang menguntungkan direksi sendiri.³³⁸ Dengan kata lain, kewajiban tujuan yang tepat berguna untuk mengeliminir kebijakan/tindakan direksi yang mempunyai dua atau

³³⁵ Fridman, Saul. 1998. *An Analysis of The Proper Purposes*, 10 Bond Law Review pp. 164-183, hal. 170

³³⁶ *Ibid.*, hal. 167

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Ibid.*

lebih tujuan (*mix purposes* atau *collateral purposes*) dimana satu tujuan adalah untuk kepentingan perusahaan di sisi lain adalah kepentingan direksi atau pihak yang berafiliasi dengan direksi.

Perkara *Cowan v Scargill* [1985] Ch 270 menjadi momentum penting dalam menetapkan klasifikasi 'tujuan yang tepat' dalam hubungan *trust*. Pada putusan perkara tersebut pengadilan menyatakan:

*"The starting point is the duty of trustees to exercise their powers in the best interest of the present and future beneficiaries of the trust, holding the scales impartially between different classes of beneficiaries. This duty of the trustees towards their beneficiaries is paramount. They must, of course, obey the law; but subject to that, they must put the interests of their beneficiaries first. When the purpose of the trust is to provide financial benefits to the beneficiaries, as is usually the case, the best interest of the beneficiaries are normally their best financial interests."*³³⁹

Uraian di atas menunjukkan bahwa tujuan yang tepat adalah tujuan dari pihak pemberi kepercayaan (*beneficiary*) baik *beneficiary* yang pada saat tersebut eksis maupun *beneficiary* yang akan datang. Dalam konteks perusahaan dimana *beneficiary* adalah pemegang saham. Pemegang kepercayaan yaitu *trustee* atau direksi perusahaan wajib memegang teguh kepentingan *beneficiary* atau pemegang saham. Bila kepentingan *beneficiary* atau pemegang saham terkait dengan keuangan maka *trustee* atau direksi juga wajib untuk mengutamakan kepentingan keuangan pemegang saham daripada kepentingan finansial *stakeholder* lainnya.

Adapun pandangan yang termuat pada kasus *Cowan v Scargill* di atas mengadopsi pemikiran Hakim Sir James Wigram V-C pada perkara *Balls v Strutt* (1841) I Hare 146 di ranah hubungan *trust*. Hakim Sir James Wigram V-C berpendapat bahwa *"It is a principle in this court, that a trustee shall not be permitted to use the powers which the trust may confer upon him at law, except for the legitimate purposes of the trust . . ."*³⁴⁰

Perkembangan transformasi kewajiban tujuan yang tepat pada area hukum perusahaan mengalami perkembangan secara berkala. Perkembangan tersebut telah menemukan bentuk yang tepat. Hal ini ditandai dengan pengaplikasian prinsip hukum ini pada hubungan antara direksi dengan perusahaan yang secara tegas

³³⁹ Ibid., hal. 168

³⁴⁰ Ibid., hal. 169

dinyatakan oleh Hakim Ipp yang disepakati oleh Hakim Malcolm dan Hakim Seaman pada perkara *Permanent Building Society (in liq) v Wheeler* (1994) 12 ACSR 109 yang menetapkan empat elemen dalam prinsip tersebut, yang antara lain:³⁴¹

1. *fiduciary powers granted to directors are to be exercised for the purpose for which they were given, not collateral purposes;*
2. *it must be shown that the substantial purpose of directors was improper or collateral to their duties as a director. This issue is not whether business decisions were good or bad; it is whether directors have acted in breach of their fiduciary duties;*
3. *honest or altruistic behaviour does not prevent a finding of improper conduct. Whether acts were performed for the benefit of the company is to be objectively determined. However, evidence as to the subjective intentions or beliefs is nevertheless relevant; and*
4. *the court must determine whether, but for the improper or collateral purpose, the directors would have performed the act in dispute.*³⁴²

Kewajiban menjalankan kegiatan untuk tujuan yang tepat menjadi *standard of conduct* dalam proses kegiatan direksi untuk memberikan rekomendasi pada RUPS mengenai penerbitan saham baru. Kewajiban ini memberikan batasan agar tujuan penerbitan saham baru semata-mata untuk kepentingan permodalan perusahaan dan bukan untuk tujuan lainnya yang diklasifikasikan sebagai tujuan tidak tepat. Karen Wheelwright mengemukakan ruang lingkup kewajiban ini sebagai berikut:

*“When making management decisions for their company, directors will often have more than one purpose in mind. For example, directors may issue new shares in the company to themselves and other who support them to raise funds for its business operation (a proper purpose) and to keep their own control of the company (an improper purposes). If there is more than one purpose for a director’s action, directors breach their duty if the purpose that caused the directors to act the way they did is improper.”*³⁴³

Direksi dari perusahaan mempunyai kewenangan untuk membuat kebijakan dan atau rekomendasi yang nantinya diserahkan kepada RUPS untuk disetujui dan nantinya dilaksanakan oleh direksi. Salah satu kewenangan penting yang melekat pada direksi adalah memberikan rekomendasi mengenai *fund raising* atau penambahan modal dengan menerbitkan saham baru.

³⁴¹ Supra note 52, hal. 336

³⁴² Ibid.

³⁴³ Pisse, Barbara; Karen Wheelwright, dan John Calvert. 2002. *Corporations Law, Topic 5: Duties of Directors and Other Officers*, Deakin University, Geelong, Victoria, Australia, hal. 8

Dalam kewajiban tujuan yang tepat atau kewajiban tujuan tepat dikenal pengujian yang disebut dengan '*but for test*'. *But for test* dipergunakan untuk menilai apakah tujuan yang hendak dicapai oleh direksi benar-benar untuk kepentingan perusahaan atau bukan kepentingan lainnya.³⁴⁴ Kasus *Whitehouse v Carlton Hotels* (1986) 70 ALR 251 adalah salah satu kasus yang menggunakan pengujian ini. Kasus posisi dari perkara tersebut adalah sebagai berikut.³⁴⁵ Mr. Charles MacDonald Whitehouse (yang selanjutnya disebut Mr. Whitehouse) menjabat sebagai direktur secara permanen pada Charton Hotel Pty. Ltd. Mr. Whitehouse menerbitkan saham baru kelas B kepada kedua anak laki-lakinya yaitu Alexander Whitehouse dan Wilson Alexander. Saham yang ada pada Charton Hotel Pty. Ltd. terbagi menjadi tiga kelas. Saham kelas A dengan hak *voting* yang tidak terbatas. Saham ini hanya dimiliki oleh Mr. Whitehouse. Saham B dengan hak *voting* apabila Mr. Whitehouse meninggal dunia yang dimiliki oleh Mrs. Whitehouse, istri Mr. Whitehouse. Sedangkan saham kelas C dilekati hak mendapatkan keuntungan dalam bentuk dividen dan surplus modal tetapi tidak memiliki hak *voting*. Saham kelas ini dimiliki oleh dua anak laki-laki dan empat anak perempuan Mr. Whitehouse.

Tindakan Mr. Whitehouse dengan menerbitkan saham baru tersebut tidak bertentangan dengan anggaran dasar perusahaan, dimana pada Article 127 dari *Articles of Association* (anggaran dasar) menetapkan bahwa "*all powers and authorities and discretion vested in the Board of Directors by the Companies Acts or these Articles shall be vested in him alone.*"

Penerbitan saham kelas B baru tersebut bertepatan dengan perceraian antara Mr. Whitehouse dan Mrs. Whitehouse. Pengadilan menilai bahwa penerbitan saham baru oleh Mr. Whitehouse selaku direksi tidak untuk tujuan yang tepat bagi perusahaan. Penerbitan tersebut bertujuan agar Mrs. Whitehouse kalah dalam *voting* oleh kedua anak laki-lakinya apabila dirinya meninggal dunia. Pengadilan pada saat memeriksa perkara mengetahui bahwa dua anak laki-laki tersebut berpihak pada Mr. Whitehouse sedangkan empat anak perempuannya berpihak pada Mrs. Whitehouse.

³⁴⁴ Ibid.

³⁴⁵ Tommasic, Roman; James Jackson; Brendan Pentony; dan Robin Woellner. 1990. *Corporation Law Principles, Policy and Process*, Butterworths, Australia, hal. 306-307

Terdapat inti penting dari perkara *Whitehouse v Carlton Hotels* (1986) 70 ALR 251. Kewajiban *fiduciary* dari direksi tidak diperkenankan menggunakan kewenangan untuk tujuan di luar tujuan perusahaan, dan secara spesifik direksi selaku *fiduciary* perusahaan dilarang menggunakan kewenangannya dengan menerbitkan saham baru untuk mengubah struktur kepemilikan saham pada perusahaan. Hakim Mason, Hakim Deane, dan Hakim Dawson yang memeriksa dan memutus perkara *Whitehouse v Carlton Hotels* (1986) 70 ALR 251 merujuk pada putusan *Howard Smith Ltd v Ampol Ltd* [1974] AC 821. Pada kasus *Howard Smith Ltd v Ampol Ltd* [1974] AC 821, dalam putusannya menyatakan bahwa:

“The constitution of a limited company normally provides for directors, with powers of management, and shareholders, with defined voting powers having power to appoint the directors, and to take, in general meeting, by majority vote, decision on matters not reserved for management. Just as it is established that directors, within their management powers, may take decisions against the wishes of the majority of shareholders, and indeed that the majority of shareholders cannot control them in the exercise of these powers while they remain in office (Authomatic Self-Cleansing filter Syndicate Co Ltd v. Cuninghame [1906] 2 Ch 34), so it must be unconstitutional for directors to use their fiduciary powers over the shares in the company purely for the purpose of destroying an existing majority, or creating a new majority which did not previously exist. To do so is to interfere with that element of the company’s constitution which is separate from and set against their powers.”³⁴⁶

Sebagaimana diuraikan di atas bahwa kewajiban tujuan yang tepat menjadi batasan bagi direksi untuk menerbitkan saham baru dan penjabatan penjualan saham dengan tujuan mengubah struktur kepemilikan saham. Kewajiban ini juga membatasi tindakan dan/atau kebijakan direksi untuk mengubah struktur kepemilikan saham pada perusahaan dengan tujuan untuk mempertahankan kedudukannya sebagai direksi yang terancam akibat perubahan struktur kepemilikan saham.

Kasus *Hogg v Cramphorn Ltd* [1967] Ch 254 merupakan salah satu *leading case* dalam penerapan kewajiban tujuan yang tepat pada situasi penerbitan saham oleh direksi untuk mempertahankan kedudukannya. Pada kasus tersebut Cramphorn Ltd. mendapatkan penawaran pengambilalihan (*take over*) dari Mr. Bexter. Cramphorn sebagai direksi dari Cramphorn Ltd. menerbitkan saham baru yang dijual kepada karyawan dengan tujuan agar keberadaan dirinya dalam

³⁴⁶ Ibid., hal. 308

perusahaan tidak tergeser dengan masuknya pemegang saham lain. Selain itu Cramphorn juga mempunyai tujuan yaitu agar tidak terjadi perubahan basis kegiatan bisnis dari Cramphord Ltd. karena Cramphorn menilai hal ini akan merugikan pekerja yang telah bekerja pada Cramphorn Ltd.

Hakim Bukley yang memutuskan perkara tersebut tidak keberatan atas keputusan Cramphorn untuk menerbitkan saham baru tersebut dan mempercayai bahwa penerbitan saham tersebut adalah untuk kepentingan perusahaan. Pendapat ini ditegaskan sebagai berikut:

"I am satisfied that Mr. Baxter's offer, when it became known to the company's staff, had an unsettling effect upon them. I am also satisfied that the directors and the trustees of the trust deed genuinely considered that to give the staff through the trustees a sizeable, though indirect, voice in the affairs of the company would benefit both the staff and the company. I am sure that Colonel Cramphorn and also probably his fellow directors firmly believed that to keep the management of the company's affairs in the hands of the existing board would be more advantageous to the shareholders, the company's staff and its customers than if it were committed to a board selected by Mr. Baxter."

Meskipun hakim menemukan alasan-alasan tersebut di atas tetapi putusannya adalah menghentikan penerbitan saham baru dengan alasan bahwa kebijakan tidak untuk tujuan yang tepat (*improper purpose*). Hakim menemukan adanya motivasi lain direksi dimana keputusan penerbitan saham baru tersebut bukan semata-mata untuk kepentingan perusahaan secara keseluruhan, melainkan untuk tetap mempertahankan dirinya sebagai pengelola dengan duduk dalam direksi Cramphorn Ltd.

4.7. Kewajiban Kehati-Hatian

Reformasi hukum perusahaan dengan diundangkannya UUPT 2007 menghasilkan suatu terobosan dengan ditetapkannya kewajiban kehati-hatian bagi direksi. Kewajiban ini terdapat pada Pasal 97 ayat (5) dimana ditentukan bahwa:

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

- b. telah melakukan pengurusan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan;*

d. telah mengambil tindakan untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian tersebut.”

Secara umum, prinsip kewajiban kehati-hatian ditegaskan oleh Stone pada artikelnya yang berjudul *'The Province and Function of Law'*. Stone berargumentasi tentang pentingnya prinsip ini dengan menegaskan sebagai berikut:

“The nearest approach of the courts to a clear formulation of the criterion for deciding whether such a duty exists is perhaps that of Lord Atkin Donoghue v. Stevenson ([1932] A.C. 562 at p. 580). He said that we owed a duty to persons in the position of ‘neighbour’ to us with regard to the subject-matter, and that all those were ‘neighbours who are so closely and directly affected by my act that I ought to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called into question’. A duty toward the plaintiff then means that the defendant ought reasonably to have him in contemplation as likely to be affected by the conduct in question, in short, the defendant ought reasonably be have anticipated injury to him. But is not that in any case one essential element of what is meant by the requirement of negligence itself? It remains necessary even today to repeat the almost fifty-year-old comment of the late Mr. Justice Holmes that the prerequisite of duty in the above sense is . . . tautologous with the definition of negligence itself.”³⁴⁸

Karakteristik prinsip kewajiban kehati-hatian berbeda dengan prinsip-prinsip yang telah diuraikan pada bagian sebelumnya pada bab ini. Jika prinsip-prinsip di atas termasuk dalam klasifikasi *duty of loyalty* yang bersifat sebagai kewajiban negatif maka prinsip kewajiban kehati-hatian dan ketekunan adalah bagian dari *duty of care* yang berkarakter sebagai kewajiban positif. Maksud dari kewajiban positif adalah kewajiban ini mendorong agar direksi melakukan tindakan-tindakan tertentu. Berbeda dengan kewajiban negatif, dimana tujuan dari kewajiban negatif adalah membatasi terjadinya suatu tindakan yang dapat merugikan perusahaan. Perbedaan lainnya adalah jika *duty of loyalty* sebagai aturan yang mengarahkan direksi untuk berlaku jujur, menggunakan posisi dan informasi perusahaan secara tepat, dan menghindari benturan kepentingan. Sedangkan *duty of care* lebih sebagai aturan hukum untuk menjadi standard tindakan dan perilaku direktur.

³⁴⁸ Morison, W. L. Januari 1948. *A Re-examination of The Duty of Care*, The Modern Law Review Vol. 11 No. 1 pp. 9-35, hal. 12

4.7.1. Unsur Kehati-hatian

Kewajiban kehati-hatian, menurut Eisenberg, merupakan kewajiban moral yang dibangun dari proposisi nilai-nilai moralitas dan ditransformasi sebagai norma hukum yang dipadu dengan prinsip-prinsip pertanggung jawaban berdasarkan kesalahan khususnya unsur kelalaian atau *negligence*.³⁴⁹ Menurut proposisi moral, satu pihak diasumsikan dapat mencelakai pihak lain saat menjalankan suatu kegiatan atau tindakan tertentu bila tidak melaksanakan dengan kehati-hatian. Oleh karena itu, pihak tersebut wajib menjalankan kegiatannya dengan hati-hati untuk menghindari resiko negatif bagi pihak lain. Eisenberg membagi prinsip kewajiban kehati-hatian yang sebagai bagian dari kewajiban moral bagi direksi dalam empat unsur yang dinyatakan sebagai berikut:

“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 techniques.*
- (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 decisionmaking process.*
- (4) The duty to make reasonable decisions.”*

Perkembangan kewajiban kehati-hatian mengalami dua fase penting yaitu fase pertama dimulai pada putusan pengadilan tahun 1871 dan fase kedua setelah 1980.³⁵⁰ Fase pertama dipengaruhi oleh putusan hakim dari pengadilan Inggris. Sedangkan fase kedua dipengaruhi oleh kondisi domestik di Australia sendiri.

Fase pertama dimulai semenjak diputuskannya kasus *Marquis of Bute's* pada tahun 1871 di Inggris. Marquis mewarisi perusahaan yang bergerak dibidang perbankan milik ayahnya yang meninggal dunia saat dirinya masih berumur enam bulan. Sampai berumur 38 tahun, Marquis hanya sekali mengikuti rapat dewan direksi di perusahaan yang diwarisinya. Saat dirinya menjabat sebagai Presiden

³⁴⁹ Eisenberg, Melvin A. 1990. *The Duty of Care of Corporate and Officers*, 51 University of Pittsburgh Law Review 945 pp. 945-972, hal. 946

³⁵⁰ Bottomley, Stephen. November 1999. *Directing The Directors: Assumptions about The Effectiveness of Corporate Law*, Australian Economic History Review Vol. 39 No. 3 pp. 239-257, hal. 242-243

Direktur, Bank yang dipimpinnya kolaps akibat dari penipuan yang dilakukan oleh salah satu pejabat di bank tersebut. Pihak likuidator melakukan upaya hukum dengan alasan bahwa Marquis telah lalai dalam menjalankan tugasnya akibat dari ketidakhadirannya di setiap rapat dewan direksi. Pengadilan memutuskan bahwa Marquis tidak dapat dinyatakan bersalah atas dakwaan yang ditujukan pada dirinya. Uraian singkat kasus Marquis di atas menunjukkan bahwa:

- (i) direktur tidak dituntut untuk aktif dalam proses kegiatan perusahaan;
- (ii) direktur tidak dituntut untuk melaksanakan tugasnya dengan kemampuan dan keterampilan yang memadai sebagaimana secara alamiah sebagai pimpinan perusahaan.

Fase kedua yang dimulai pada tahun 1980an setelah terjadinya krisis ekonomi akibat banyaknya perusahaan yang kolaps di Australia. Para kreditor perusahaan yang pailit atau kemungkinan pailit berupaya untuk mendapatkan ganti rugi dari direktur secara personal akibat sistem pengelolaan perusahaan yang tidak hati-hati. Hal ini tidak terlepas juga dari pemberlakuan *Section 556 Companies Code* 1981 yang menetapkan bahwa pengadilan dapat menjatuhkan pertanggung jawaban terhadap direktur secara personal kepada kreditor. Pertanggung jawaban direktur tersebut terjadi jika perusahaan menanggung beban kredit dan dimungkinkan perusahaan pailit dimana hal ini adalah akibat dari tindakan direktur. Direktur dapat menghindari tanggung jawab pribadi tersebut jika membuktikan bahwa pailitnya perusahaan bukan akibat dari tindakannya, artinya pengadilan harus mempertimbangkan peran direktur dalam perusahaan serta keterlibatannya pada proses manajemen. Pada akhir tahun 1980an pengadilan Australia memulai mengaplikasikan standard yang lebih tinggi terhadap peran direktur dalam proses manajemen perusahaan. Hakim Kirby sewaktu masih menjadi hakim di Pengadilan Tingkat Banding di Negara Bagian New South Wales menjadi hakim pertama yang berpandangan bahwa eksistensi hukum perusahaan adalah untuk meningkatkan kehati-hatian dan ketekunan direktur. Direktur pasif, dalam arti seseorang yang menjadi direktur untuk memenuhi legal formal serta tidak aktif dalam proses bisnis perusahaan, tetap bertanggung jawab jika perusahaan mengalami kegagalan. *Dissenting opinion* Hakim Kirby tersebut diadopsi oleh Hakim Ormiston di *Supreme Court* Negara Bagian Victoria pada kasus *Statewide Tobacco Services Ltd v Morley*

(1990) 2 *Australian Corporations and Securities Reports* 405 yang menetapkan bahwa direktur pasif bertanggung jawab atas terjadinya *insolvent trading* yang melibatkan perusahaan akibat dari tidak dilaksanakannya peran pengawasan dalam internal perusahaan.

Kemampuan atau *skill* menjadi salah satu standard penting dalam menentukan apakah direksi telah melaksanakan kegiatannya dengan hati-hati dan ketekunan atau tidak. Memahami unsur kehati-hatian diperlukan pendekatan yang dipakai agar dapat ditemukan ruang lingkup dari unsur ini.

4.7.2. Unsur Ketekunan (*Diligence*)

Unsur kedua dari prinsip kewajiban kehati-hatian adalah direktur berkewajiban untuk menjalankan tugasnya dengan tekun (elemen kedua ini selanjutnya disebut dengan '*kewajiban ketekunan*'). Kewajiban ketekunan bertujuan untuk mendorong direktur untuk tekun dalam memonitor dan memeriksa kegiatan perusahaan, memaksimalkan perolehan informasi baik dari internal maupun eksternal yang berguna dalam pembuatan kebijakan bisnis perusahaan serta aktif dalam setiap kegiatan perusahaan.

Pengawasan pimpinan terhadap bawahan menjadi bagian penting dalam organisasi. Demikian juga dengan di dalam suatu perusahaan sebagai suatu organisasi, proses pengawasan oleh direksi menjadi hal yang wajib untuk dilaksanakan karena direksi merupakan level tertinggi dalam struktur organisasi perusahaan.

Pemenuhan kewajiban pengawasan oleh direksi bukan dengan pelaksanaan observasi secara langsung terhadap setiap kegiatan perusahaan. Tetapi, proses pengawasan tersebut dengan membentuk dan menjalankan prosedur serta teknik tertentu agar informasi mengenai kegiatan bisnis perusahaan dapat terus menerus sampai pada direksi.

Di Amerika Serikat, kasus *Francis v United Jersey Bank* 87 N.J. 15, 432 A.2d 814 (1981) adalah salah satu perkara yang menjadi rujukan kewajiban pengawasan direksi perusahaan. Posisi kasus perkara *Francis v. United Jersey Bank* adalah

sebagai berikut. Pritchard & Baird adalah perusahaan yang bergerak di bidang *reinsurance broker* yang didirikan oleh Pritchard Sr. Pada tahun 1960, Pritchard Sr. secara berkala mengalihkan pengelolaan Pritchard & Baird kepada salah satu anaknya yaitu Charles. Charles menjadi Presiden Direktur pada tahun 1969 yang dibantu oleh adiknya, William, sebagai Wakil Presiden. Pritchard Sr. Meninggal dunia pada tahun 1973 dan istrinya menjadi pemegang saham sebesar 48% atas saham Pritchard & Baird. Sejak sepeninggalan Pritchard Sr., komposisi dewan direksi dari Pritchard & Baird adalah Charles, William dan Lilian Pritchard. Lilian Pritchard tidak aktif dalam kedudukannya sebagai salah satu anggota dewan direksi dengan tidak mengetahui kegiatan perusahaan, tidak memahami jenis kegiatan perusahaan, tidak menghadiri rapat dewan direksi, serta tidak pernah mendapatkan maupun memahami laporan keuangan perusahaan.

Klien Pritchard & Baird melakukan upaya hukum terhadap Lilian Pritchard untuk memperoleh ganti rugi atas pinjaman yang diberikannya dengan dalih bahwa Lilian Pritchard gagal dalam memantau kegiatan perusahaan. Pengadilan menetapkan bahwa Lilian Pritchard bertanggung jawab atas kelalaian untuk tetap mengawasi proses kegiatan perusahaan dengan menyatakan:

“Directors are under a continuing obligation to keep informed about the activities of the corporation . . .

Directorial management does not require a detailed inspection of day-to-day activities, but rather a general monitoring of corporate affairs and policies . .

While directors are not required to audit corporate books, they should maintain familiarity with the financial status of the corporation by a regular review of financial statements . . .

. . . . As a director of a substantial reinsurance brokerage corporation . . . Mrs. Pritchard should have obtained and read the annual statements of financial condition of Pritchard & Baird . . .”

Kewajiban memonitor perusahaan oleh direksi mewajibkan direksi untuk memperoleh seluruh aspek aktivitas perusahaan. Ruang lingkup kewajiban memonitor tidak diartikan bahwa direksi diwajibkan untuk mendapatkan seluruh informasi mengenai kegiatan perusahaan karena hal ini tidak akan mungkin dilakukan dan membutuhkan biaya cukup besar.

Pengadilan menetapkan bahwa sebagai anggota direksi, Lilian Pritchard berkewajiban untuk memahami aspek-aspek penting dari bidang usaha perusahaan

dan proses pengawasan perusahaan. Lebih lanjut pengadilan menyatakan bahwa bilamana Lilian Pritchard melaksanakan kedua hal tersebut maka dirinya akan dapat mendeteksi dan mencegah tindakan ilegal baik oleh direktur maupun *officer* yang dapat merugikan baik perusahaan secara langsung maupun klien perusahaan.

Bila bagian di atas menitik beratkan pada proses pengawasan berkala, maka kewajiban ketekunan lainnya adalah kewajiban direksi baik sebagai *fiduciary* maupun anggotanya untuk melaksanakan pemeriksaan dan penyelidikan dalam perusahaan. Kewajiban pemeriksaan atau penyelidikan ini disebut dengan *duty to inquiry*. Kewajiban penyelidikan diberlakukan agar direktur secara aktif mengadakan penyelidikan apabila memperoleh informasi mengenai perilaku direktur lainnya maupun *officer* yang dapat merugikan perusahaan. Sumber informasi ini diperoleh baik dari proses pengawasan maupun keterangan-keterangan informal dari sumber yang kredibel.

Perkara *Bates v Dresser* 251 U.S. 524 (1920) yang diputus oleh *The United States Supreme Court* tahun 1920 sebagai salah satu contoh pengaplikasian kewajiban penyelidikan yang melekat pada direksi. Kasus ini dimulai dengan adanya tindak pidana penggelapan oleh Coleman, kasir bank di Cambridge. Sejak diangkat sebagai kasir, Coleman menggelapkan uang sebesar \$ 17,000 pada bulan Mei 1907 dan lebih dari \$ 30,000 pada November 1907. Sampai akhir 1908, Coleman telah menggelapkan hampir \$ 50,000. Tahun 1909, tindakan yang dilakukan Coleman telah mencapai \$ 80,000. Jumlah uang yang digelapkan pada tahun 1910 mencapai \$ 300,000. Bank mengalami pailit akibat dari tindakan Coleman yang menggelapkan uang bank mulai tahun 1907 sampai dengan tahun 1910. Pada putusnya, pengadilan tidak menjatuhkan pertanggung jawaban kepada anggota direksi selain Dresser yang menjabat sebagai Presiden Direktur. Dresser bertanggung jawab atas pailitnya bank yang dipimpinnya dengan menyatakan sebagai berikut:

"The position of the president is different. Practically he was the master of the situation. He was daily at the bank for hours, he had the deposit ledger in his hands at times and might have had it at any time. He had hints and warnings . . . that should not be magnified unduly, but still that taken with . . . the unexplained shortages, the suggestion of the teller, Cutting, in 1905, and the final seeming rapid decline in deposits, would have induced reliance but for an invincible repose upon the status quo. In 1908 one Fillmore learned that a package containing \$ 150 left with the bank for safe keeping was not to be found, told Dresser of the loss, wrote to him that he could but conclude that the package had

been destroyed or removed by someone connected with the bank, and in later conversation said that it was evident that there was a thief in the bank. He added that he would advise the president to look after Coleman, that he believed he was living at a pretty fast pace, and that he had pretty good authority for thinking he was supporting a woman. In the same year or before, Coleman, whose pay was never more than \$ 12 a week, set up an automobile, as was known to Dresser. . . . There was also some evidence of notice to Dresser that Coleman was dealing in copper stocks. . . . However little warnings may have pointed to the specific facts, had they been accepted they would have led to an examination of the depositors' ledger, a discovery of past and a prevention of future thefts."

Pertanggung jawaban Dresser sebagai anggota direksi tidak terlepas dari tindakan Dresser yang tidak mengindahkan keterangan dari Cutting, karyawan bank yang dipimpin Dresser, tentang adanya seseorang yang telah menggelapkan uang bank. Dresser, menurut pengadilan, sepatutnya mengadakan penyelidikan atas keterangan yang diterimanya dari Cutting pada tahun 1905. Pengadilan berpendapat bahwa Dresser telah melanggar kewajiban untuk mengadakan penyelidikan (*duty to inquiry*) atas informasi yang diterimanya.

BAB V

TANGGUNG JAWAB DIREKSI SEBAGAI PENGURUS

5.1. Pengantar

Sebagaimana dikenal dalam ilmu hukum, bahwa setiap pihak yang memiliki hak dan kewajiban akan selalu dilekati pula dengan tanggung jawab. Demikian juga dengan direksi dalam kedudukannya sebagai pengurus perusahaan. Hubungan antara direksi sebagai pengurus dengan perusahaan yang bersumber dari undang-undang dan perjanjian merupakan hubungan hukum yang memiliki konsekuensi pertanggung jawaban apabila terjadi pelanggaran terhadap kewajiban-kewajiban hukum yang melekat pada direksi.

Berkaitan dengan pertanggung jawaban direksi selaku pengurus, pada bab ini akan dibagi menjadi tiga sub-bab. Pertama, dikupas mengenai pemisahan pertanggung jawaban atas tindakan direksi dalam kedudukannya sebagai organ, wakil, dan pengurus. Garis besar dari tanggung jawab atas tindakan direksi tersebut adalah direksi bertanggung jawab secara pribadi dalam kapasitasnya sebagai pengurus. Hal ini berbeda dengan kedudukan direksi selaku organ dan wakil perusahaan dimana tanggung jawab melekat pada perusahaan tetapi dengan perbedaan prinsip hukum yang menyertainya. Kedua, bagian ini akan diuraikan mengenai prinsip pertanggung jawaban berdasarkan kesalahan baik dengan pendekatan subyektif maupun pendekatan obyektif yang diaplikasikan pada masing-masing bentuk kewajiban direksi. Bagian ketiga dari bab ini akan menguraikan bentuk *legal remedy* atau sanksi hukum yang timbul dari pelanggaran atas kewajiban *fiduciary* yaitu berupa *equitable remedy* yang terdiri dari *injunction*, *unjust enrichment*, serta *compensation*.

5.2. Pemisahan Tanggung Jawab Direksi sebagai Organ, Wakil, dan Pengurus

Sebagaimana dijelaskan pada bab awal, direksi memiliki tiga kedudukan hukum bila ditinjau dari teori *nexus of contracts*. Ketiga kedudukan tersebut adalah kedudukan sebagai organ, wakil, dan pengurus perusahaan. Masing-masing kedudukan hukum ini menciptakan konsekuensi yang berbeda khususnya tanggung jawab hukum. Dalam kapasitas direksi sebagai organ dan wakil maka perbuatan yang dilakukan oleh direksi diklasifikasikan sebagai perbuatan perusahaan dan perusahaan bertanggung jawab atas konsekuensi yuridis. Sedangkan pada kedudukannya sebagai pengurus, pertanggung jawaban hukum langsung melekat pada direksi akibat dari hubungan hukum yang timbul adalah hubungan hukum antara direksi dengan perusahaan.

Perusahaan merupakan badan hukum yang mandiri yang mempunyai hak, kewajiban, serta tanggung jawab sebagai subyek hukum seperti halnya manusia natural. Perbuatan hukum yang dilakukan perusahaan sebagai subyek hukum ini dilaksanakan dengan menggunakan dua metode yaitu oleh perbuatan hukum yang dilaksanakan oleh organ atau wakilnya. Terdapat perbedaan antara perbuatan perusahaan oleh organ dan wakil. Direksi perusahaan yang berkedudukan sebagai organ bertindak sebagai perusahaan itu sendiri, sedangkan direksi berkedudukan sebagai wakil maka direksi bertindak untuk kepentingan perusahaan.

Tindakan perusahaan yang dilaksanakan oleh direksi sebagai organ atau wakil menimbulkan tanggung jawab pada perusahaan dan bukan direksi sebagai individu. Meski demikian, terdapat perbedaan mendasar mengenai pemberlakuan prinsip pertanggung jawaban perusahaan atas perbuatan direksi sebagai organ dan wakil. Perusahaan bertanggung jawab langsung (*direct liability* atau *primary liability*) atas perbuatan hukum yang dilakukan direksi dalam kedudukannya sebagai organ. Hal ini berbeda saat direksi bertindak sebagai wakil perusahaan yang didasarkan pada prinsip *vicarious liability*. *Vicarious liability* atau yang juga disebut dengan *secondary liability* merupakan pertanggung jawaban yang melekat pada perusahaan akibat perbuatan seseorang yang merepresentasikan perusahaan dan bukan sebagai perbuatan dari perusahaan itu sendiri.

5.2.1. Pertanggung Jawaban Perusahaan Berdasarkan Pertanggung Jawaban Langsung

Perusahaan merupakan subyek hukum yang dilekati tanggung jawab atas segala perbuatan yang dilakukan oleh organ dengan pendekatan organik dan pendekatan atributif yaitu perbuatan pihak-pihak yang memiliki jabatan dengan kewenangan membuat kebijakan dalam perusahaan.

Adapun karakteristik pendekatan organik sebagai landasan pertanggung jawaban perusahaan atas perbuatan direksi diutarakan oleh Lord Denning saat memutuskan perkara *HL Bolton (Engineering) Co Ltd v TJ Graham & Son Ltd* [1957] 1 QB 159 sebagai berikut:

*“A company may in many ways be linked to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants or agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Other are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such. So you will find that in cases where the law requires personal fault of the company. That is made clear in Lord Haldane’s speech in *Lennards Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd*, supra. So also in the criminal law, in cases where the law requires a guilty mind as a condition of a criminal offence, the guilty mind of the directors or managers will render the company itself guilty. That is shown by *Rex v ICR Haulage Ltd*.”*

Sebagaimana ditegaskan Lord Denning di atas, perusahaan memiliki pikiran dan perasaan yang mengontrol serta mengarahkannya. Lord Denning membatasi tidak semua pihak dalam perusahaan dapat dikegorikan sebagai sumber pikiran perusahaan seperti buruh atau agen (wakil) perusahaan yang bekerja di perusahaan. Hanya pihak-pihak dengan kedudukan tertentu yakni direksi dan manajer perusahaan yang mereprestasikan pikiran dan kehendak perusahaan. Hasil pemikiran dan perbuatan dari direksi maupun manajer inilah yang digolongkan sebagai pikiran dan perbuatan perusahaan. Adapun konsekuensi yuridis adalah tanggung jawab bukan pada pihak-pihak tersebut melainkan pada perusahaan itu sendiri.

Pada sistem hukum Indonesia, UUPT 2007 tidak mengatur tanggung jawab langsung perusahaan secara eksplisit. Namun, tanggung jawab perusahaan dapat ditemukan pada beberapa undang-undang seperti undang-undang pengelolaan

lingkungan hidup, undang-undang persaingan sehat, dan undang-undang lainnya. Pada Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup menetapkan bahwa badan hukum termasuk perusahaan sebagai pihak yang bertanggung jawab atas kegiatan bertanggung jawab atas pencemaran dan perusakan lingkungan hidup. Demikian juga dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat melarang pelaku usaha baik perserorangan maupun badan hukum untuk melakukan kegiatan atau perjanjian yang dapat mengurangi tingkat persaingan dalam pasar. Dua undang-undang tersebut adalah replika dari pertanggung jawaban perusahaan sebagai badan hukum atas perbuatan direksi sebagai organ yang kedudukannya tidak dapat dipisahkan dari perusahaan itu sendiri.

Di samping pendekatan organik, terdapat pendekatan kedua yaitu pendekatan atributif atau *attributive approach*. Pendekatan atributif ini menutup celah yang ada pada pendekatan organik. Berdasarkan pendekatan ini, perusahaan bertanggung jawab atas tindakan individu karena jabatannya. Fungsi dari pendekatan atributif adalah apabila tindakan dan pengetahuan dari seseorang bukan dikategorikan sebagai kehendak perusahaan tetapi tindakannya melekat sebagai tindakan perusahaan karena jabatan dari seseorang yang bertindak tersebut maka segala perbuatan maupun tanggung jawab adalah melekat pada perusahaan.

Pendekatan atributif diaplikasikan pada perkara *Meridian Global Fund Management Asia Ltd v. Securities Commission* [1995] 2 AC 500. *Court of Appeal* Selandia Baru pada kasus tersebut menetapkan formulasi bahwa perusahaan bertanggung jawab atas tindakan dari individu karena kewenangan yang melekat (*attribute*) pada jabatannya. Kasus posisi dari perkara tersebut bermula saat Meridien melalui Koo, salah satu dari lima anggota direksi Meridien, serta Ng, manajer senior portofolio Meridien, membeli sekuritas Euro-National Corporation Ltd (ENC) atas nama dan untuk kepentingan Meridien. Pembelian sekuritas tersebut menjadikan Meridien sebagai pemegang sekuritas substansial pada ENC. Pasal 20 *Securities Act* yang berlaku di Selandia Baru menetapkan bahwa pemegang sekuritas substansial wajib memberitahukan mengenai kepemilikan sekuritasnya pada perusahaan penerbit atau otoritas pasar modal. Sedangkan pembelian tidak dilaporkan pada otoritas pasar modal.

Privy Council dari perkara tersebut tidak menggunakan pendekatan identifikasi untuk menjatuhkan pertanggung jawaban kepada Meridien atas tindakan Koo dan Ng karena pada saat itu *Board of Directors* belum mengetahui pengambilalihan sekuritas tersebut. Oleh karena itu tindakan Koo dan Ng bukan tindakan dari *Board of Directors*. Namun demikian, *Privy Council* menegaskan bahwasannya tindakan Koo dan Ng diklasifikasikan sebagai tindakan perusahaan karena tindakan pada Koo dan Ng termasuk dalam kewenangan yang dilimpahkan dari perusahaan berdasarkan *special rules of attribution* yaitu perbuatan wakil perusahaan sebagai perbuatan perusahaan.

5.2.2. Pertanggung Jawaban Perusahaan Berdasarkan Vicarious Liability

Secara umum, hakikat *vicarious liability* dapat merujuk pada Heuston dan Buckley yang menyatakan: "*Vicarious liability means that one person takes or supplies the place of another so far as liability is concerned.*"³⁵³ Sedangkan ruang lingkup *vicarious liability* yang dinyatakan oleh Fleming lebih tegas lagi yaitu "... *the law holds one person responsible for the misconduct of another, although he is himself free from personal blameworthiness of fault.*"³⁵⁴ Dari kedua pendapat tersebut dapat disimpulkan bahwa *vicarious liability* merupakan tanggung jawab yang melekat pada satu pihak (pihak pertama) atas tindakan pihak lain (pihak kedua) meskipun pihak pertama tidak melakukan kesalahan.

Dalam hukum *tort*, pertanggung jawaban yang melekat pada perusahaan akibat perbuatan direksi dapat dijumpai pada perkara *New Zealand Guardian Trust Co. Ltd v Brooks* [1995] 1 WLR 96. Pada kasus tersebut, perusahaan bertanggung jawab atas kelalaian yang dilakukan oleh direksi. Penerapan prinsip *vicarious liability* pada hubungan antara perusahaan dengan direksi sebagai agen dari perusahaan tersebut ditunjang dengan konsep *scope of employment*. Berdasarkan pada konsep ini, perusahaan bertanggung jawab atas perbuatan direksi meski

³⁵³ Mader, Kristin. 2002. *The Nature of Vicarious Liability*, Thesis for Master Degree, Graduate Department of the faculty of Law, University of Toronto, hal. 1

³⁵⁴ Ibid.

perbuatan tersebut melebihi kewenangan yang melekat pada dirinya tetapi masih dalam lingkup pekerjaannya.

Vicarious liability juga berlaku pada tindak pidana oleh direksi. Perusahaan bertanggung jawab atas tindak pidana direksi yang berkedudukan sebagai wakil perusahaan. Di negara sistem *common law*, *common law* saat ini tidak lagi menjadi dasar hukum pertanggung jawaban perusahaan berdasarkan prinsip *vicarious liability*. Pertanggung jawaban perusahaan atas tindakan agen berdasarkan pada peraturan perundang-undangan (*statute*). Adapun perubahan ini ditegaskan oleh Hakim Atkin pada kasus *Moussell Bros Ltd v London and North-Western Railway Co* [1917] 2 KB 836 yang menyatakan:

“To ascertain whether a particular Act of Parliament has that effect or not regard must be had to the object of the statute, the word used, the nature of the duty laid down, the person upon whom it is imposed, the person by whom it would in ordinary circumstances be performed, and the person upon whom the penalty is imposed . . . The penalty is imposed upon the owner for the act of the servant if the servant commits the default provided for in the statute in the state of mind provided for by the statute. Once it is decided that this is one of those cases where a principal may be held liable criminally for the act for his servant, there is no difficulty in holding that a corporation may be a principal. No mens rea [guilty mind] being necessary to make the principal liable, a corporation is in exactly the same position as a principal who is not a corporation.”³⁵⁵

Dalam hukum perdata umum Indonesia, tanggung jawab perusahaan berdasarkan *vicarious liability* bersumber pada prinsip hukum perdata umum. Subekti menginterpretasikan bahwa apa yang dilakukan oleh pihak penerima kuasa adalah tanggungan dari pihak pemberi kuasa.³⁵⁷ Segala hak dan kewajiban yang timbul dari perbuatan penerima kuasa adalah hak dan kewajiban pemberi kuasa. Demikian juga dengan segala perbuatan penerima kuasa merupakan tanggung jawab melekat pada pemberi kuasa. Pertanggung jawaban perusahaan atas tindakan direksi yang berkedudukan sebagai wakil didasari dengan prinsip *vicarious liability*.³⁵⁸

³⁵⁵ Loc. Cit., hal. 738

³⁵⁷ Supra note 141, hal. 141

³⁵⁸ Supra note 52, hal. 733

5.2.3. Pertanggung Jawaban Direksi Pribadi dalam Kedudukan sebagai Pengurus

Pertanggung jawaban direksi sebagai organ dan wakil berbeda saat direksi bertindak sebagai pengurus. Kedudukan direksi sebagai pengurus bukan bertanggung jawab kepada *stakeholder* tetapi kepada perusahaan dan pemegang saham sebagaimana merujuk pada ruang lingkup kewajiban *fiduciary* yakni sebagai janji pengelola perusahaan kepada pemegang saham. Janji yang melekat pada direksi ini karena direksi berperan aktif dalam proses pembuatan kebijakan dan implementasi kebijakan perusahaan.

Kapasitas direksi sebagai pengurus bersumber dari hubungan hukum antara direksi sebagai pengurus dengan perusahaan. Direksi melaksanakan kepengurusan baik dalam konteks *danden van beheer* yaitu kepengurusan sehari-hari perusahaan maupun kepengurusan terhadap harta kekayaan perusahaan atau *danden van eigendom*. Pada hubungan ini muncul kewajiban hukum bagi direksi yang melekat padanya terhadap perusahaan dan pemegang saham. Kewajiban ini bertujuan sebagai *standard of conduct* dan *standard of rule* bagi direksi dalam melaksanakan proses *danden van beheer* dan *danden van eigendom* tersebut. Beranjak pada konstruksi tersebut maka direksi bertanggung jawab langsung kepada perusahaan. Direksi sebagai pengurus bertanggung jawab secara pribadi atas perbuatannya yang mengakibatkan kerugian bagi perusahaan.

Hubungan antara pemegang saham dengan direksi berbeda dengan hubungan antara direksi yang mewakili perusahaan dengan para *stakeholder*. Hubungan antara *stakeholder* dengan perusahaan dibuat berdasarkan perjanjian yang tegas dan jelas mengenai hak dan kewajiban para pihak. Berbeda dengan hubungan antara direksi dengan pemegang saham tidak membuat perjanjian mengenai hak dan kewajiban secara detail. Kewajiban *fiduciary* membatasi tindakan direksi untuk mengambil keuntungan dari perusahaan yang secara langsung merugikan perusahaan dan tidak langsung mengakibatkan kerugian bagi pemegang saham serta kewajiban yang bertujuan untuk meningkatkan ketekunan dan kehati-hatian direksi dalam mengemban tugasnya sebagai pengelola perusahaan.

5.3. Prinsip Kesalahan dan Kewajiban Fiduciary

Ilmu hukum membagi prinsip pertanggung jawaban menjadi dua bagian besar yaitu pertanggung jawaban dengan kesalahan (*liability by fault*) dan pertanggung jawaban tanpa kesalahan (*liability without fault*). Perbedaan mendasar dari keduanya adalah pada pertanggung jawaban dengan kesalahan diperlukan untuk dibuktikan adanya kesalahan baik kesengajaan maupun kelalaian atas perbuatan yang dilakukan. Hal ini berbeda dengan pertanggung jawaban tanpa kesalahan yang tidak diperlukan lagi adanya unsur kesalahan. Pertanggung jawaban tanpa kesalahan ini biasanya diberlakukan pada wilayah hukum yang menunjukkan secara nyata dampak dari suatu perbuatan seperti pada undang-undang perlindungan lingkungan hidup dengan adanya kerusakan lingkungan akibat dari suatu perbuatan atau di wilayah hukum administrasi dengan menggunakan kriteria penilaian yang spesifik terhadap suatu perbuatan yang wajib dilaksanakan.

Dalam kerangka teoritis, Salmond membagi prinsip pertanggung jawaban dalam hukum keperdataan berdasarkan atas kesalahan yang terbagi atas kesalahan disebabkan kesengajaan, kelalaian, dan *absolute liability*.³⁵⁹ Sebagaimana dianut hukum perdata Indonesia, kesalahan juga menjadi dasar pertanggung jawaban apabila suatu perbuatan baik akibat dari kesengajaan maupun kelalaian menimbulkan kerugian di wilayah hukum perdata diatur pada Pasal 1365 dan 1366 KUHPerdata sebagai berikut:

“Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.”

“Setiap orang bertanggung jawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan kelalaian atau kurang hati-hatinya.”

Berdasarkan pada prinsip kesalahan yang dianut dalam hukum perdata Indonesia maka kewajiban *fiduciary* yang termasuk dalam perbuatan melanggar hukum juga mengikuti syarat-syarat sebagaimana diatur pada Pasal 1365 dan 1366 KUHPerdata sebagai aturan umum. Perbuatan pelanggaran atas kewajiban yang melekat pada direksi sebagai pengurus diperlukan pembuktian atas adanya kesalahan baik kesengajaan ataupun kelalaian.

³⁵⁹ Lihat Salmond, John William, 1930, Jurisprudence, hal. 377-392

5.3.1. Kesalahan berdasarkan Kesengajaan

Kesengajaan sebagai unsur kesalahan dan pertanggung jawaban dibagi menjadi beberapa bentuk yaitu adanya unsur kehendak dan *dolus eventualis* atau *reckless*.

5.3.1.1. Kesengajaan Adanya Kehendak

Kehendak merupakan salah satu unsur kesengajaan di samping *dolus eventualis* atau *reckless*. Kehendak ini memuat adanya maksud atau niat untuk mencapai tujuan tertentu. Berkaitan dengan maksud atau niat, Salmond memberikan ruang lingkungannya sebagai berikut:

*"Intention is the purpose or design with which an act is done. It is the foreknowledge of the act, coupled with the desire of it, such foreknowledge and desire being the cause of the act, inasmuch as they fulfil themselves through the operation of the will. An act is intentional if, and in so far as, it exists in idea before it exists in fact, the idea realising itself in the fact because of the desire by which it is accompanied."*³⁶⁰

Pendapat Salmond di atas menunjukkan bahwa kehendak itu sebagai suatu tindakan atau perbuatan dimana telah ada tujuan yang hendak dicapai oleh pelakunya. Pada saat atau sebelum melakukan perbuatannya, pelaku telah meramalkan atau mengetahui (*foreknowledge*) dan ada keinginan (*desire*) yang akan terjadi dari perbuatannya serta hasil dari perbuatan tersebut sebagai kemauannya. Dari pernyataan Salmond tersebut unsur meramalkan atau mengetahui dan keinginan sebagai dua unsur yang tidak terpisahkan dalam kesalahan berdasarkan kehendak.

Pemikiran Salmond dipengaruhi oleh pendapat Oliver Wendell Holmes yang menyatakan:

"Intent will be found to resolve itself into two things; foresight that certain consequences will follow from an act, and the wish for those consequences working as a motive which induces the act." ³⁶¹

³⁶⁰ Salmond, John William, 1930, *Jurisprudence*, Sweet and Maxwell, England, hal. 393

³⁶¹ Ibid; Holmes, Oliver Wendell, 1882, *The Common Law*, McMillan, London, hal. 53

Sebagaimana pemikiran Holmes yang dikutip oleh Salmond menunjukkan hakikat dari kehendak yang didalamnya terdapat unsur mengetahui akibat dari suatu perbuatan atau tindakan.

5.3.1.2. Dolus Eventualis atau Reckless

Reckless adalah salah satu unsur kesalahan yang dalam kesengajaan yang akan menjadi syarat dalam perbuatan melanggar hukum. Namun, *reckless* ini adalah prinsip hukum yang dikenal di sistem anglo saxon. Oleh karena itu dalam bagian ini akan diuraikan terlebih dahulu mengenai *reckless* dan dikomparasi dengan *dolus eventualis* yang dikenal dalam sistem hukum Indonesia.

Terdapat beberapa rujukan mengenai kriteria *reckless*. Hakim Diplock pada kasus *R v. Caldwell* [1981] 1 All ER 961 mengutarakan ruang lingkup *reckless* sebagai berikut:

*“... if (1) he does an act which in fact created an obvious risk and (2) when he does the act he either had not given any thought to the possibility of there being any such risk or has recognized that there was some risk involved and has nonetheless gone on to do it.”*³⁶²

Reckless menjadi bagian dari pertanggung jawaban karena kesalahan dalam hukum pidana Amerika Serikat. Paragraf 202 (2) (c) *Model Penal Code* mengatur mengenai *reckless* sebagai berikut:

*“A person acts recklessly with respect to a material element of an offence when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. That risk must be of such a nature and degree, that, considering the nature and purpose of the actor’s conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law abiding person would observe in the actor’s situation.”*³⁶³

Adapun kriteria tentang *reckless* yang berlaku di Australia diatur pada *Section 5.4 Criminal Code* 1995, yakni:

- (1) *A person is reckless with respect to a circumstance if:*
 - (a) *he or she is aware of a substantial risk that the circumstance exists or will exist; and*
 - (b) *having regard to the circumstances known to him or her, it is unjustifiable to take the risk.*

³⁶² Loc. Cit., hal. 184-185

³⁶³ Loc. Cit., hal. 327

- (2) *A person is reckless with respect to a result if:*
 - (a) *he or she is aware of a substantial risk that the result will occur; and*
 - (b) *having regard to the circumstances known to him or her, it is unjustifiable to take the risk.*
- (3) *The question whether taking a risk is unjustifiable is one of fact.*
- (4) *If recklessness is a fault element for a physical element of an offence, proof of intention, knowledge or recklessness will satisfy that fault element.*

Dari pernyataan Hakim Diplock, *Model Penal Code* Amerika Serikat, maupun *Criminal Code* 1995 yang berlaku Australia menerangkan terdapat unsur penting dalam *reckless* yaitu *risk* atau resiko. Hakim Diplock menyebutnya dengan *obvious risk*. *Model Penal Code* juga menetapkan resiko tersebut sebagai *substantial or unjustified risk*. Begitu pula dengan *Criminal Code* 1995 yang mensyaratkan adanya *substantial risk* sebagai unsur penting dari *reckless*.

Substantial risk atau *obvious risk* ini menjadi unsur utama yang membedakan antara *reckless* dengan *negligence* atau kelalaian. *Substantial risk* atau *obvious risk* dapat diinterpretasikan sebagai resiko yang nyata akan terjadi dan disadari oleh pelaku bahwa keadaan akan timbul apabila dirinya melakukan perbuatan tersebut meskipun akibat tersebut bukan menjadi tujuan dari tindakannya. Brady menyebutnya dengan *continue risk*. Menurut Brady seseorang bertanggung jawab atas perbuatannya berdasarkan *reckless* apabila dirinya mengetahui resiko yang akan terjadi karena perbuatannya, dan dirinya tetap melakukan perbuatan tersebut meskipun sangat sadar atas keadaan atau hasil dari perbuatan itu sendiri. Unsur kesadaran atas resiko (*awareness of risk*) yang akan muncul dari perbuatannya telah ada dalam pikiran pelaku. Hal ini menunjukkan adanya *mens rea* dari *reckless* dan syarat subyektif yang harus dibuktikan. Penilaian terhadap syarat subyektif dari *reckless* diberlakukan pada kasus *R. v. Briggs* [1977] 1 All ER 475 dimana dalam putusan menegaskan:

“A man is reckless in the sense required when he carries out a deliberate act knowing that there is some risk of damage resulting from that act but nevertheless continues in the performance of that act.”

Syarat subyektif dalam menilai perbuatan dikategorikan sebagai *reckless* tidak berdiri sendiri. Terdapat syarat obyektif yang juga perlu dibuktikan untuk menentukan apakah pelaku melakukan *reckless* karena adanya *continue risk* yang terjadi dari perbuatannya. Dalam hal ini, untuk membuktikan perbuatan tersebut

adalah *reckless* adalah meninjau kapasitas yang dimiliki oleh pelaku. Kapasitas yang melekat pada pelaku seharusnya membuat dirinya mengetahui atas resiko yang akan terjadi dari perbuatannya tersebut.

Morkel menjelaskan bahwa *reckless* memiliki dua elemen, baik subyektif maupun obyektif. Dari elemen subyektif, seseorang dikategorikan melakukan *reckless* apabila pelaku mengetahui atau dapat memprediksi bahaya (*danger*) atau resiko (*risk*) dari perbuatannya. Elemen subyektif yang melekat pada *reckless* ini berada diantara kesengajaan dan kelalaian. *Reckless* berbeda dengan *intention* maupun *negligence* (kelalaian). Morkel dan Brady berpendapat bahwa *reckless* adalah elemen pertanggung jawaban yang berada di antara *intention* dan *negligence*.³⁶⁴ Sedangkan elemen obyektifnya, yang menjadi elemen dari kelalaian, adalah kapasitas yang dimiliki oleh pelaku dapat menjadikan dirinya mengetahui atau memahami potensi bahaya dan resiko yang akan timbul akibat dari perbuatannya.

Morkel melakukan studi perbandingan hukum guna mencari padanan *reckless* dengan kesalahan yang ada di Jerman. Hasil studi tersebut menemukan bahwa *reckless* yang dikenal di Amerika Serikat sepadan dengan *dolus eventualis* pada kesalahan di Jerman.³⁶⁵ Kedudukan *dolus eventualis* pada kesalahan yang berlaku di Jerman adalah diantara *absicht* dan *directer Vorsatz (dolus directus)*. *Absicht* diartikan bahwa tujuan dari perbuatan adalah untuk melanggar norma hukum dan pelaku sadar atas akibat yang timbul dari perbuatannya tersebut. Sedangkan *dolus directus* sebagai perbuatan dimana pelaku sadar bahwa perbuatannya akan menimbulkan akibat yang dilarang oleh hukum tetapi dirinya masih melakukan meski akibat itu sendiri bukan menjadi tujuan dari perbuatannya. Adapun kriteria dari *dolus eventualis* itu sendiri, Morkel merujuk pendapat Jescheck yang diterjemahkan sebagai berikut “*Eventual intention entails that the perpetrator foresees the relevant unlawful consequences of his act as a serious possibility and reconciles himself with such.*”

³⁶⁴ Morkel, Dan. W. 1982. *On The Distinction between Recklessness and Conscious Negligence*, The American Journal of Comparative Law Vol. 30, No, pp. 325-333, hal. 325; Brady, James B. 1996. *Recklessness*, Law and Philosophy, Vol. 15. No. 2, pp. 183-200, hal. 184

³⁶⁵ Ibid. hal. 328-329

5.3.2. Kesalahan berdasarkan Kelalaian

Di samping adanya unsur kesengajaan, perbuatan melanggar hukum dalam ilmu hukum juga berdasarkan kelalaian. Ilmu hukum membagi kelalaian dalam dua bentuk yaitu pendekatan subyektif dan pendekatan obyektif. Kedua pendekatan tersebut mempunyai pandangan yang berbeda satu dengan lainnya karena diaplikasikan pada situasi yang berbeda pula.

5.3.2.1. Pendekatan Subyektif

Pendekatan subyektif memandang bahwa kelalaian berasal dari dalam diri sebagai suatu kehendak pikiran atau *state of mind* yang mempengaruhi keputusan atau perbuatan.³⁶⁶ Pendekatan ini didasari oleh *maxim* tradisional hukum pidana dan diaplikasikan pada kelalaian dalam tindak pidana. Pada hukum pidana, dikenal adanya prinsip klasik '*actus non facit reum nisi mens sit rea*' yang diterjemahkan '*suatu tindakan tidak dapat membuat seseorang bersalah kecuali pikirannya juga bersalah*'. Dengan kata lain, bahwa suatu tindak pidana membutuhkan pikiran jahat atau *mens rea*. *Mens rea* ini dapat timbul dalam kondisi internal pelaku baik yang berbentuk disengaja dengan adanya unsur kehendak (*intention*) maupun sebagai suatu kecerobohan subyektif (*subjective recklessness*)³⁶⁷. Tanpa adanya *mens rea* maka seseorang tidak dapat dipidana kecuali perbuatan yang diklasifikasikan sebagai *strict liability*.

Kelalaian dari pendekatan subyektif dibagi menjadi dua bentuk yaitu kelalaian sebagai suatu ketidakhati-hatian (*inadvertence*) dan kelalaian sebagai kecerobohan (*careless*). Turner dan Austin adalah dua ahli hukum sebagai pengikut bentuk kelalaian karena ketidakhati-hatian. Sedangkan Sir John Salmond sebagai pendukung kelalaian karena pengabaian (*culpable carelessness*).

5.3.2.1.1. Kelalaian sebagai Ketidakhati-hatian (*Inadvertence*)

³⁶⁶ Senior, Jeffrey A. 1997. *The Concept of Negligence*. Thesis of the Faculty of Graduate Studies, Department of Philosophy, The University of Calgary, Calgary, Alberta, hal. 31

³⁶⁷ Williams, Glanville. April 1953. *Mens Rea and Negligence*, *The Modern Law Review* Vol. 16 No. 2 pp. 231-232

Kelalaian sebagai hasil pemikiran yang tidak hati-hati (*inadvertent state of mind*) mempunyai beberapa dasar yang saling terkait.³⁶⁸ Pertama, kelalaian itu sendiri sebagai tindakan hasil dari suatu pikiran. Kedua, tindakan kelalaian hasil dari pikiran tersebut digambarkan dalam suatu bentuk yang tegas, yaitu diikuti dengan perbuatan yang tanpa kehati-hatian terhadap akibat dari perbuatannya. Tanpa kehati-hatian atas suatu akibat diartikan oleh Turner sebagai suatu pikiran yang tidak memprediksi akibat yang akan terjadi atas tindakannya ataupun pelaku tidak berhasrat atas akibat-akibat tersebut.

Austin yang melihat kelalaian sebagai ketidakhati-hatian atau *inadvertence* juga berdasarkan pada suatu akibat dari hasil pikiran. Dalam memahami kelalaian yang diutarakan Austin ini, ada baiknya membandingkan antara kelalaian sebagai ketidakhati-hatian dengan kesengajaan yang menggunakan unsur kehendak atau *intention* sebagai dasar pembedanya. Pada kesengajaan, adanya kesadaran dari pelaku terhadap akibat yang ditimbulkan atas perbuatannya. Dan ini berbeda dengan kelalaian dimana pelaku tidak menyadari atas akibat.

Lebih lanjut, kelalaian berdasarkan ketidakhati-hatian dalam dua situasi yang menyertai. Pertama, ketidakhati-hatian disebabkan dari tidak berbuat sesuatu sebagaimana diungkapkan Austin sebagai berikut:

"Intention, negligence, heedlessness, or rashness, is not of itself wrong, or breach of duty or obligation; nor does it of itself place the party in the predicament of guilt or imputability. In order that the party may be placed in that predicament, his intention, negligence, heedlessness, or rashness must be referred to an act, forbearance, or omission, or which it was the cause."

Kedua, subyek yang bertanggung jawab tersebut oleh hukum diharapkan untuk berbuat sesuatu apabila menghadapi kondisi tertentu. Austin berpendapat bahwa berbuat atas suatu kondisi tersebut sebagai kesadaran yang bersifat umum.

5.3.2.1.2. Kelalaian sebagai Ketidakhati-hatian karena Pengabaian

Kelalaian sebagai pengabaian atau *culpable carelessness* ini diusung oleh Sir John Salmond. Adapun pernyataan yang tegas dari Salmond mengenai hal ini adalah sebagai berikut "*Negligence is culpable carelessness. "It is," . . . " the absence of such*

³⁶⁸ Loc. Cit., hal. 12

care as it was the duty of the defendant to use."³⁷⁰ Salmond menjelaskan hakikat kelalaian sebagai *carelessness* atau pengabaian tersebut dengan membagi dalam dua bagian.

Pertama dengan membandingkan antara kelalaian dengan kesengajaan. Kelalaian bukan hanya timbul dari mental atau pikiran seseorang karena baik kelalaian maupun kesengajaan adalah hasil dari pikiran manusia. Perbuatan yang dilakukan seseorang tanpa adanya kehendak untuk menciptakan kondisi tertentu dikategorikan sebagai ketidakhati-hatian (*carelessness*).

Kedua, unsur utama dari kelalaian dari *carelessness* adalah *indifference* atau sikap mengabaikan dengan tidak adanya kehendak untuk berbuat sesuatu atas situasi yang dihadapi. Adapun mengenai *indifference* atau sikap mengabaikan ini, Salmond membagi dalam dua bentuk. Pertama, seseorang menyadari akan kepentingan pihak lain dan resiko yang akan terjadi tetapi mengabaikannya. Kedua, seseorang mengabaikan dengan tidak memperingatkan pihak lain atas akibat dari perbuatan yang dilakukannya.

5.3.2.2. Pendekatan Obyektif

Pendekatan subyektif memiliki kesulitan dalam menguak apa yang ada dalam pikiran pelaku khususnya dalam wilayah hukum privat dan bukan hukum pidana. Oleh karena itu, munculah pendekatan obyektif yang lebih eksplisit dan terukur.

Henry T. Terry adalah salah satu pengikut pendekatan ini yang menjelaskan beberapa elemen tentang kelalaian dari pendekatan obyektif. Terdapat empat elemen penting dalam kelalaian yang dutarakan oleh Henry T. Terry yaitu; (i) kelalaian sebagai perbuatan; (ii) adanya obyek hukum yang dilindungi oleh hukum agar pihak yang berhubungan dengan obyek tersebut diwajibkan untuk berhati-hati terhadap obyek hukum; (iii) kapasitas yang dimiliki oleh pihak yang berhubungan dengan obyek hukum; serta (iv) kedekatan.

Elemen perbuatan ini sebagai unsur utama yang membedakan antara pendekatan subyektif dengan pendekatan obyektif karena menurut pendekatan

³⁷⁰ Supra note 360

obyektif, kelalaian bukan hasil dari kehendak pikiran atau *state of mind*. Henry T. Terry menyatakan sebagai berikut:

“Negligence is conduct, not a state of mind. It is most often caused by carelessness or heedlessness; the actor does not advert properly to the consequences that may follow his conduct, and therefore fails to realize that his conduct is unreasonably dangerous. But it may be due to other states of mind. Thus the actor may recognize the fact that his conduct is dangerous, but may not care whether he does the injury or not; or, though he would prefer not to do harm, yet for some reason of his own he may choose to take a risk which he understands to be unreasonably great.”³⁷¹

Menurut Terry, bahwa kelalaian adalah suatu perbuatan dan bukan kehendak pikiran dari pelaku karena ketidakhati-hatian dan kesemberonoan. Seseorang tidak menyadari konsekuensi yang akan terjadi akibat dari perbuatannya dan gagal untuk menyadari akibat dari perbuatannya yang dapat menimbulkan *unreasonably risk*. *Unreasonable risk* merupakan dua konsep yang saling terkait yakni resiko (*risk*) dan tidak rasional (*unreasonable*). Resiko sendiri mempunyai beberapa level. Resiko, dalam skala tertentu, masih dapat diterima sebagai suatu hal yang layak untuk dihadapi karena pada hakikatnya kehidupan ini akan selalu berhadapan dengan resiko. Namun, terdapat bentuk resiko yang kemungkinan besar harus dihindari karena akan menimbulkan kerugian yang besar. Resiko tersebut termasuk sebagai resiko yang tidak layak untuk dihadapi atau *unreasonable risk*. Edgerton berpendapat suatu resiko diklasifikasikan sebagai *unreasonable risk* apabila perbuatan tersebut secara jelas akan menimbulkan kerugian (*conduct abnormally likely to cause harm*).

Dalam menjelaskan kelalaian dengan pendekatan obyektif ini, Terry tidak menyangkal pendekatan subyektif. Kedua pendekatan tersebut terdapat dalam kelalaian namun memiliki tempat yang berbeda. Unsur *state of mind* sebagaimana menjadi unsur utama pendekatan subyektif tetap ada dalam kelalaian tetapi kelalaian atau *negligence* tersebut adalah suatu perbuatan yang dihasilkan dari pengabaian (*carelessness*) sebagai hasil dari *state of mind* seseorang.

Elemen kedua dari kelalaian adalah adanya obyek hukum (harta benda) dan obyek personal (manusia) yang dilindungi oleh hukum. Tujuan hukum untuk melindungi obyek hukum adalah agar pihak yang berwenang atas obyek hukum

³⁷¹ Terry, Henry T. November 1915. *Negligence*, Harvard Law Review Vol. 29 No. 1 pp. 40-54, hal. 40-41

melakukan tindakan dengan kehati-hatian. Sedangkan obyek personal lebih menitikberatkan perlindungan terhadap kemerdekaan dan keamanan manusia. Perlindungan terhadap obyek personal berfungsi untuk meningkatkan kehati-hatian karena menyangkut keberadaan manusia lainnya.

Elemen ketiga adalah kapasitas yang melekat pada seseorang. Terry menegaskan bahwa unsur ini menciptakan standard kehati-hatian yang melekat pada seseorang dengan kapasitas tertentu. Kapasitas ini menentukan kelalaian bukan semata-mata sebagai suatu hasil dari pikiran (*mens rea*) maupun sebagai suatu perbuatan, tetapi tidak dipenuhinya *standard of care* yang melekat pada seseorang karena kapasitas dirinya. Hal senada diutarakan oleh H.L.A. Hart sebagaimana dikutip oleh Senior mengenai kelalaian adalah:

*“There is, I think, much to be said in mid-twentieth century in favor of extending the notion of ‘mens’ beyond the cognitive element of knowledge or foresight, so as to include the capacities and power of normal persons to think about and control their conduct: I would therefore ... include negligence in ‘mens rea’ because ... it is essentially a failure to exercise such capacities.”*³⁷³

Pernyataan di atas menunjukkan bahwa Hart tidak menampik *mens rea* sebagai unsur kelalaian. Namun demikian, *mens rea* hanyalah sebagai bagian dari kapasitas seseorang yang mempengaruhi perbuatannya. Dengan kata lain, Hart lebih melihat bahwa kelalaian sebagai bentuk kegagalan melaksanakan suatu perbuatan menurut kapasitasnya. Lebih lanjut, Hart menyatakan bahwa pendekatan kapasitas berhubungan dengan unsur tanggungjawab (*responsibility*). Konsep dasar tanggungjawab berbasis pada pemikiran bahwa masyarakat dibentuk oleh sistem hak dan kewajiban.³⁷⁴ Masyarakat yang dibentuk oleh sistem hak dan kewajiban tidak akan berhasil manakala anggota masyarakat tidak memiliki tanggungjawab karena tanggungjawab tersebut sebagai bentuk akuntabilitas dari perilaku individu yang mempengaruhi masyarakat beserta sistemnya.³⁷⁵ Oleh karena itu, individu yang ada dalam masyarakat wajib menerima tanggungjawab atas setiap peran yang dilakukannya agar dirinya dapat turut serta dalam membangun dan menjaga sistem hak dan kewajiban yang berbasis pada preseden.³⁷⁶

³⁷³ Supra note 366, hal. 66

³⁷⁴ Green, Arnold W. Januari-Februari 1943. *The Concept of Responsibility*, Journal of Criminal law and Criminology (1931-1951) Vol. 33 No. 5 pp. 392-394, hal. 392

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ Ibid, hal. 393

Aplikasi element kapasitas ini tidak diartikan bahwa seseorang dengan kesempurnaan yang ada dalam dirinya. Kapasitas yang ada dalam diri manusia ini didasarkan pada standard yang terukur dari eksternal dan bukan dalam diri manusia tersebut. Seavey membagi tiga kategori yang dinilai kapasitas yaitu fisik, mental, dan moral. Kapasitas fisik meliputi panca indera, kekuatan, dan tinggi badan. Kapasitas dalam bentuk mental terbagi menjadi dua yaitu pengetahuan dan kecerdasan. Sedangkan bentuk kapasitas moral adalah tujuan dan kemampuan mengevaluasi kepentingan. Adapun ketiga kapasitas tersebut dikaitkan dengan kondisi yang dihadapi oleh seseorang yaitu skala resiko.

Perbedaan antara pendekatan subyektif dengan obyektif dalam menilai kapasitas ini adalah dalam pendekatan subyektif, standard yang dijadikan pedoman dalam menilai perbuatan adalah standard yang melekat pada diri orang itu sendiri. Hal ini berbeda dengan pendekatan obyektif dimana masyarakat berharap agar seseorang bertindak sebagaimana orang lain melakukan apabila berhadapan dengan suatu kondisi atau resiko yang sama. Responsibilitas melekat pada seseorang dengan kapasitas tertentu sebagaimana dikehendaki oleh masyarakat. Dengan kata lain, sebagaimana ditegaskan oleh Seavey, bahwa masyarakat mengharapkan agar seseorang 'ought to do' atau sepatutnya melakukan hal tertentu apabila dirinya memiliki kapasitas tertentu.

Kapasitas sebagai salah satu elemen kelalaian tidak serta merta muncul sebagai dasar-dasar penilaian seseorang dalam menghadapi suatu resiko. Nilai-nilai kapasitas yang menjadi pedoman dalam masyarakat timbul secara bertahap. Di wilayah hukum, kapasitas yang dinilai obyektif dan berlaku di masyarakat timbul dari proses kristalisasi oleh pembuat hukum. Putusan pengadilan atau yurisprudensi menjadi preseden yang berlaku mengikat dalam masyarakat.³⁷⁷ Demikian juga peraturan perundang-undangan, dimana pembentuk peraturan perundang-undangan menentukan klasifikasi perbuatan yang dijadikan standard obyektif. Dalam perkembangannya, pembentukan standard tidak serta merta didominasi oleh lembaga negara.³⁷⁸ Sebagai contoh perusahaan yang bergerak di bidang pasar modal seperti NASDAQ dan NYSE membuat aturan *corporate*

³⁷⁷ Terry, Henry T. *Negligence*, Harvard Law Review 29 (1915) pp. 40-54, hal. 49

³⁷⁸ Lihat, Kerr, Janet E., *Development in Corporate Governance: The Duty of Good Faith and Its Impact on Director Conduct*, 13 George Mason Law Review 1037

governance yang didalamnya tercantum standard perilaku pengelolaan perusahaan dalam bentuk *self-regulatory organisation* (SRO). Organisasi yang dibentuk oleh masyarakat mengenai *corporate governance* membuat *Code of Corporate Governance* sebagai *soft law* yang tidak mengikat tetapi dapat menjadi standard penilaian tindakan direksi sebagai bentuk *best practice*.

Selain tiga elemen sebagaimana diuraikan Terry, unsur kelalaian perlu ditambahkan dengan satu unsur lagi yaitu *proximity* atau kedekatan. Konsep ini dimunculkan oleh Hakim Atkin pada saat memeriksa dan memutus perkara *Donoghue v. Stevenson*. Pada putusannya, Hakim Atkin menyatakan:

*“You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are colled in question.”*³⁸⁶

Sebagaimana yang diutarakan oleh Hakim Atkin tersebut bahwa dalam setiap kondisi baik berdasarkan pada hubungan langsung maupun tidak langsung, para pihak yang ada dalam kondisi tersebut wajib memiliki kepedulian.

Dalam memahami konsepsi *proximity* pada pernyataan Hakim Atkin di atas, Hollyman membagi dalam tiga unsur.³⁸⁷ Unsur kewajiban (*duty*) yaitu kewajiban kehati-hatian untuk menghindarkan kerugian. Unsur tetangga (*neighbour*) sebagai unsur kedekatan hubungan yang bertujuan untuk menentukan kepada siapa kewajiban tersebut melekat. Dan ketiga adalah unsur *proximity* sebagai unsur untuk menentukan derajat dari suatu hubungan yang dapat memunculkan kewajiban kehati-hatian.

Proximity menjadi dasar dari eksistensi kewajiban kehati-hatian juga ditegaskan oleh Hakim Reid pada perkara *Anns v. London Borough Council of Merton* [1978] A.C. 728, [1977] 2 All E.R. 492, [1977] 2 W.L.R. 1024 (H.L.) yang menyatakan bahwa:

“In order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations

³⁸⁶ Hollyman, Robert James. 1999. *Liability and Reliability – The Reliance Interest in Negligence Damages*, Thesis Master of Laws, Graduate Department of Law, University of Toronto, hal. 25

³⁸⁷ *Ibid.*

in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter – in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise.”³⁸⁸

Menurut Hakim Reid, untuk menetapkan bahwa satu pihak bertanggung jawab meski tanpa kesalahan tidak dibutuhkan eksistensi kewajiban kehati-hatian pada suatu kondisi tertentu, tetapi hanya diperlukan dua tahap mengenai pertanggung jawaban. Pertama, pelaku dan korban terjadi hubungan yang cukup jika dipandang dari aspek kedekatannya (*proximity*), dan pelaku melakukan suatu tindakan dengan tidak hati-hati yang mengakibatkan kerugian bagi pihak yang berdekatan dengannya. Kedua, apabila telah ditetapkan adanya unsur *proximity* maka langkah berikutnya menentukan apakah ada tindakan yang bersifat negatif, atau menurunkan kualitas kewajiban dari pemegang kewajiban tersebut.

Berkaitan dengan standard obyektif di atas, Seavey memberikan satu catatan yang penting dalam pemberlakuan standard tersebut. Seperti yang diterangkan oleh Terry bahwa standard yang berlaku dalam menilai suatu kelalaian ditentukan dari masyarakat yang membentuk standard itu sendiri dan menjadi kebiasaan dalam kehidupannya. Demikian juga dengan Seavey yang berpendapat bahwa tiada suatu tindakan yang secara obyektif menjadi pedoman dalam kehidupan manalaka masyarakat itu sendiri tidak mengakui dan menentukan tentang suatu perbuatan diklasifikasikan sebagai kelalaian.³⁸⁹ Standard obyektif atas kelalaian itupun perlu ditinjau mengenai nilai keadilannya. Berkaitan dengan nilai keadilan tersebut maka Seavey berpendapat bahwa para ahli hukum perlu mencari nilai keadilan dalam standard kelalaian dengan menelusuri kehendak yang ada dalam masyarakat serta standard tersebut diterima oleh masyarakat.³⁹⁰

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Seavey, Warren A. *Negligence – Subjective or Objective?*, Harvard Law Review Vol. XLI No. 1 pp. 1-28, hal. 28

³⁹⁰ Ibid

5.3.3. Kewajiban Fiduciary dan Prinsip Kesalahan

Pemberlakuan prinsip kesalahan terhadap pelanggaran kewajiban *fiduciary* yang melekat pada pengurus perusahaan perlu melihat sifat kewajiban itu sendiri. Sebagaimana diuraikan pada bab awal, kewajiban *fiduciary* terbagi menjadi dua yaitu kewajiban kesetiaan yang bersifat negatif dan kewajiban kehati-hatian dengan sifatnya sebagai kewajiban positif. Kewajiban kesetiaan telah terpilah-pilah menjadi tiga bentuk kewajiban yaitu kewajiban itikad baik, kewajiban menghindari benturan kepentingan, dan kewajiban melaksanakan kegiatan untuk tujuan yang tepat. Sedangkan kewajiban kehati-hatian tetap menunjukkan sebagai satu kesatuan meski didalamnya muncul beberapa doktrin yang lebih konkrit yaitu doktrin kehati-hatian dan doktrin ketekunan.

Di dalam karakter kewajiban kesetiaan sebagai kewajiban negatif yang diartikan sebagai kewajiban yang harus dihindari, kewajiban ini lebih dekat dengan prinsip kesalahan karena kesengajaan baik dengan unsur adanya kehendak maupun unsur *dolus eventualis* atau *reckless*. Dengan kewajiban kesetiaan yang melekat pada dirinya, direksi perusahaan memiliki kewajiban untuk tidak membuat keputusan ataupun melakukan perbuatan yang menimbulkan kerugian bagi perusahaan. Dengan kata lain, pada kewajiban itikad baik, kewajiban menghindari benturan kepentingan, dan kewajiban melaksanakan kegiatan untuk tujuan yang tepat didasarkan pada kepentingan perusahaan dan bukan kepentingan pihak lain khususnya kepentingan direksi ataupun kepentingan pihak lain yang terafiliasi dengan direksi sebagai pembuat dan pelaksana kebijakan perusahaan.

Unsur kesengajaan dapat dideteksi pada pelanggaran terhadap ketiga kewajiban direksi yang menjadi bagian dari kewajiban kesetiaan. Dalam kedudukannya sebagai *freestanding duty*, kewajiban itikad baik sangat erat dengan kesengajaan atau *dolus eventualis* seperti pada perkara *Stockbridge v. Gemini Air Cargo*. Direksi tidak melaksanakan kewajiban sebagaimana diatur dalam *Stockbridge Agreement* yang mewajibkan perusahaan membeli saham *Stockbridge* pada saat perusahaan tidak memiliki kecukupan dana dan pembelian saham tersebut dapat berakibat pada penurunan modal perusahaan. Direksi dapat dinyatakan melanggar itikad baik atas keputusan yang dibuatnya apabila direksi melakukan pembelian saham akan merugikan perusahaan sekaligus melanggar hukum dimana perusahaan

dilarang membeli sahamnya sendiri pada saat perusahaan tidak mampu untuk membeli saham tersebut.

Prinsip kesalahan berdasarkan kesengajaan juga berlaku pada kewajiban menghindari benturan kepentingan. Fakta-fakta hukum yang dilarang oleh doktrin-doktrin yang menjadi bagian dari kewajiban tersebut sebagai hal yang wajib dihindari oleh direksi karena berakibat pada kerugian atau hilangnya kesempatan bagi perusahaan. Direksi dikategorikan memiliki kehendak atau dapat memprediksi bahwa kondisi yang ada dalam ruang lingkup kewajiban ini berpotensi merugikan atau menghilangkan kesempatan perusahaan.

Hal yang sama juga berlaku pada pelanggaran kewajiban melaksanakan kegiatan untuk tujuan yang tepat. Direksi sebagai pengurus perusahaan menjadikan kepentingan perusahaan sebagai fondasi dalam melaksanakan kegiatan kepengurusan. *Collateral purposes* atau lebih dari satu tujuan yang terdapat dalam keputusan dan tindakan direksi merupakan tujuan yang hendak dicapai dan hal ini sebagai kehendak maupun hal yang telah diprediksi sebelumnya.

Kewajiban kehati-hatian adalah kewajiban hukum yang bersifat positif dan muncul dari prinsip kesalahan disebabkan karena kelalaian (*negligence*). Oleh karena itu, dalam menguji pelanggaran tentang kewajiban kehati-hatian oleh direksi maka murni menggunakan prinsip kesalahan berdasarkan kelalaian dan bukan atas dasar kesengajaan.

Pada kewajiban kehati-hatian, saat ini telah menggunakan pendekatan obyektif dengan meninggalkan pendekatan subyektif. Perubahan ini akibat kritik terhadap kelemahan pendekatan subyektif yang dapat menurunkan standard pengelolaan perusahaan oleh direksi. Pengelolaan perusahaan tidak lagi berdasarkan pada kapasitas individu dari anggota direksi. Masyarakat mengharapkan direksi melaksanakan kegiatan pengelolaan dengan sebaik mungkin dan bukan hanya berdasarkan pada kapasitas yang dimiliki direksi. Ekspektasi masyarakat terhadap direksi pun bukan menuntut kapasitas yang sempurna. Masyarakat mengharapkan pengelolaan dilaksanakan sesuai dengan standard yang diterima secara umum di masyarakat itu sendiri. Kapasitas standard obyektif yang diatur oleh hukum ini juga diikuti dengan konsepsi-konsepsi obyektif yang tertera dalam hukum.

Perubahan pendekatan subyektif menjadi obyektif dimana terjadi pula standard pengujian dari '*ordinary person test*' beralih ke '*reasonable director test*'.³⁹¹ Dalam standard *reasonable director test* , terdapat tiga unsur yang berada didalamnya yaitu:

- (i) *reasonable person*;
- (ii) *in a like position*, dan
- (iii) *in the corporation's circumstance*.

Unsur *reasonable person* yang melekat pada direksi perusahaan dimaksudkan agar anggota direksi melakukan kegiatan pengelolaan perusahaan dengan memenuhi kriteria yang sepatutnya dilakukan oleh direksi yaitu melakukan pengawasan terhadap perusahaan serta merespon setiap kejadian yang dapat menimbulkan kerugian bagi perusahaan.

Unsur *in a like position* diartikan sebagai "*the special background and qualification . . . of the particular officer may be relevant in evaluating his or her compliance with the standard of care*". Maksud dari penjelasan tersebut adalah bahwa standard kehati-hatian yang melekat pada direksi berdasarkan latar belakang dan kualifikasi yang dimiliki oleh direksi tersebut. Dengan latar belakang dan kualifikasi yang spesifik ini maka dalam menentukan kehati-hatian yang telah dilaksanakannya adalah dengan membandingkan dengan direksi lainnya dengan latar belakang dan kualifikasi yang sama dengannya.

Bila meruntut dari sejarahnya, unsur *in a like position* ini berawal dari dasar bahwa kehati-hatian sebagai aturan umum maka perlu dibuat suatu standard yang berbeda-beda menurut profesinya. Misalnya saja kehati-hatian yang melekat pada tiap-tiap profesi seperti dokter, kontraktor, ataupun direksi perusahaan memiliki klasifikasi yang berbeda-beda. Namun di setiap profesi tersebut mempunyai standard yang dibuat berdasarkan latar belakang dan tingkat derajat kemampuan standard yang dimiliki oleh dokter, kontraktor, maupun direksi lainnya. Dalam kaitannya dengan direksi. pada perkara *Francis v. United Jersey Bank* 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 821-22 (1981) menjadi landasan normatif yang mewajibkan direksi melaksanakan sebagaimana yang diharapkan atas kedudukannya sebagai pengelola

³⁹¹ Du Plessis, Jean J. 2001. *Directors' Duties, Topic 9: Directors' Duty of Due Care and Diligence*, Op. Cit., hal. 11

bergantung pada posisi dalam dewan direksi. Pada kasus tersebut pengadilan menyatakan bahwa:

*“As a general rule, a director should acquire at least a rudimentary understanding of the business of the corporation. Accordingly, a director should become familiar with the fundamentals of the business in which the corporation is engaged. . . . If one ‘feels that he has nor had sufficient business experience to qualify him to perform the duties of a director, he should either acquire the knowledge by inquiry, or refuse to act.’”*³⁹²

Namun kewajiban yang sifatnya umum tersebut tidak berlaku pada anggota direksi yang ditunjuk dengan kualifikasi tertentu. Misalnya saja direksi bidang keuangan atau pemasaran. Direksi ini memiliki kemampuan yang spesifik dan kemungkinan diangkat sebagai anggota direksi karena kemampuannya. Kepada direksi dengan spesialisasi tertentu ini maka dirinya dituntut untuk menjalankan aktivitasnya berdasarkan pada kemampuan yang spesifik.

Sedangkan unsur terakhir yaitu *in the corporation’s circumstance* merujuk pada pendapat interpretasi oleh Hakim Tadgell saat memutus perkara *Commomwealth Bank of Australia v Friedrich & Ors* (1991) 9 ACLC 946. Hakim Tadgell berpendapat bahwa frase *in the corporation’s circumstance* tidak dapat ditetapkan secara absolut tetapi harus melihat tipe perusahaan, ukuran besar kecilnya perusahaan, serta aturan-aturan dalam anggaran dasar perusahaan.

5.4. Equitable Remedy dan Kewajiban Fiduciary

Sebagai suatu kewajiban hukum, kewajiban *fiduciary* juga dilekati dengan sanksi hukum bilamana terjadi pelanggaran atas kewajiban tersebut. Prinsip *fiduciary* adalah bagian dari hukum *trust*. Sedangkan hukum *trust* itu sendiri produk yang diklasifikasikan sebagai *equity*. Bagi para pihak yang mengalami kerugian dari perbuatan yang melanggar *equity* memperoleh akan dibebankan *equitable remedy*.

Adapun bentuk-bentuk dari *equitable remedy* tersebut antara lain *injunction*, *restitution*, dan *compensation*. Ketiga bentuk ganti rugi ini yang menjadi ganti rugi atas perbuatan pelanggaran terhadap kewajiban *fiduciary* di wilayah hukum keperdataan.

³⁹² Supra note 349, hal. 951

5.4.1. Injunction

Black Law Dictionary memberikan gambaran awal yang singkat tetapi cukup jelas mengenai ruang lingkup dari *injunction* sebagai berikut:

“A court order prohibiting someone from doing some specified act or commanding someone to undo some wrong or injury. A prohibitive, equitable remedy issued or granted by a court at the suit of a party complainant, directed to a party defendant for that purpose, forbidding the latter from doing some act which he is threatenning or attempting to commit, or restraining him in the continuance thereof, such act being unjust and inequitable, injurious to the plaintiff, and not such as can be adequately redressed by an action at law. A judicial process operating in personam, and requiring person to whom it is directed to do or refrain from doing a particular thing. Generally, it is a preventive and protective remedy, aimed at future acts, and is nor intended to redress past wrongs.”

Definisi di atas menunjukkan bahwa *injunction* sebagai larangan untuk melakukan suatu tindakan atau menghentikan perbuatan yang sedang dilakukannya karena perbuatan tersebut dikategorikan sebagai perbuatan yang salah atau dapat merugikan pihak lain. Pengadilan menetapkan *injunction* apabila terdapat pihak yang mengajukan (penggugat) dan pihak lain (tergugat) secara spesifik tidak diperkenankan untuk melakukan suatu perbuatan atau menghentikan perbuatan karena dapat merugikan pihak penggugat. Apabila merujuk pada adanya pihak yang mengajukan dan pihak yang spesifik dijatuhkan penetapan *injunction* tersebut maka dapat ditemukan bahwa *injunction* merupakan sebagai *remedy* yang bersifat *in personam*.⁴⁰⁶

Injunction dapat diajukan oleh pihak perusahaan terhadap direksi sebagai pengurus yang dilekati kewajiban *fiduciary*. John Norton Pomeroy menjelaskan bahwa dalam suatu hubungan *fiduciary* dimungkinkan pihak *fiduciary* tidak melaksanakan perbuatan selayaknya *fiduciary*.⁴⁰⁷ Oleh karena itu, *injunction* dapat menjadi dasar untuk memaksa pelaksanaan kewajiban *fiduciary* itu sendiri.

John Norton Pomeroy menjelaskan bahwa *injunction* dibagi menjadi dua klasifikasi yaitu *injunction* sebagai *final remedy* dan sebagai *preliminary relief*.⁴⁰⁸ *Injunction* sebagai *final remedy* adalah suatu gugatan dari satu pihak pada

⁴⁰⁶ Pomeroy, John Norton. 1905. *A Treaties of Equitable Remedies*, Bancroft-Whitney Company, San Francisco, hal. 2-3

⁴⁰⁷ *Ibid.*, hal. 486-487

⁴⁰⁸ *Ibid.*, hal. 456-457

pengadilan untuk diputuskan sebagai bagian dari ganti rugi yang diajukan oleh pihak penggugat.⁴⁰⁹ Sedangkan preliminary *injunction* atau yang juga dikenal dengan *interlocutory injunction* adalah *injunction* yang diajukan oleh penggugat agar pengadilan memaksa pihak tergugat tidak melakukan suatu perbuatan tertentu atau menghentikan perbuatan apabila telah dilaksanakan, atau menjadikan benda dalam *status quo* saat proses peradilan berjalan.⁴¹⁰ Baik *injunction* dalam bentuk final *remedy* maupun preliminary *injunction* bertujuan melakukan tindakan preventif.

5.4.2. Unjust Enrichment dan Restitusi

Dalam kaitannya untuk menentukan dasar-dasar menetapkan ganti rugi, rugi, dan bunga, perlu kiranya merujuk terlebih dahulu pada hakikat kewajiban *fiduciary*. Sebagaimana telah diketengahkan pada bab-bab sebelumnya, kewajiban *fiduciary* sebagai *standard of conduct* bagi direksi untuk menghindari tindakan pengambilan kesempatan atas kedudukan dan kewenangan yang dapat merugikan perusahaan untuk kepentingan pribadi. Oleh karena itu, bilamana direksi melanggar kewajiban *fiduciary* dan memperoleh keuntungan pribadi yang merugikan perusahaan maka tindakan ini dapat diklasifikasikan sebagai *unjust enrichment*.

Dalam kamus bahasa, *unjust enrichment* merupakan dua kata yang berbeda arti yaitu *unjust* dan *enrichment*. Arti kata *unjust* berdasarkan kamus *Collins Cobuild* adalah: "*If you describe an action, system, or law as unjust, you think that it treats a person or group badly in a way that they do not deserve*". *Enrichment* berasal dari kata *enrich* yang diartikan sebagai ". . . to enrich something means to improve its quality . . ." atau ". . . to enrich someone means to increase the amount of money that they have . . .". Sedangkan *enrichment* sendiri diilustrasikan sebagai berikut "*He had been doing his job and had not sought any personal enrichment*".

Apabila dua kata tersebut dikaitkan menjadi satu maka *unjust enrichment* dapat diartikan sebagai tindakan memperkaya diri sendiri yang merugikan pihak lain. Terjemahan harfiah tersebut memiliki persamaan dengan terjemahan dari *Black Law Dictionary* yang menegaskan bahwa "*Unjust enrichment of a person occurs*

⁴⁰⁹ Ibid., hal, 457

⁴¹⁰ Ibid.

when he has and retains money of benefits which in justice and equity belong to another.” Nicholas J. McBride dan Paul McGrath menguraikan *unjust enrichment* adalah “. . . an enrichment was unjust where it resulted from the disposition of my property in a way which I did not consent to.”⁴¹³

Di Amerika Serikat, dikenal tiga tipologi *unjust enrichment* sebagaimana diuraikan oleh Peter Birks, Nicholas J. McBride dan Paul McGrath.⁴¹⁴ Pertama, *unjust enrichment* muncul karena adanya pembayaran dari pihak pertama kepada pihak kedua. Pembayaran tersebut dilakukan karena pihak pertama berasumsi bahwa dirinya berhutang kepada pihak kedua padahal tidak ada hubungan hutang piutang atas kewajiban pembayaran antara pihak pertama dengan pihak kedua. Kedua, pihak pertama menggunakan peralatan pihak kedua tanpa ijin dari pihak kedua untuk melakukan suatu kegiatan yang menghasilkan keuntungan. Ketiga, *unjust enrichment* muncul manakala pihak pertama tidak mendapatkan haknya atas suatu pembayaran sebagaimana yang telah diperjanjian oleh pihak kedua.

Landasan filosofi *unjust enrichment* di Amerika Serikat lebih didasari dengan nilai keadilan. Hakim diberikan kewenangan untuk menetapkan ganti rugi pada suatu kasus dengan berbekal pada nilai-nilai keadilan yang bertujuan untuk menyeimbangkan keadaan yang telah ternoda akibat dari suatu perbuatan *unjust enrichment*. Hal ini berbeda dengan di Romawi dan negara *civil law* yang memberlakukan *unjust enrichment* berdasarkan filosofi *condictio*. Pada sistem hukum Romawi pada khususnya dan negara-negara penganut *civil law* seperti Perancis dan Jerman lebih didasari oleh hukum alam yang merujuk pada pandangan Pomponius yang menyatakan:

“Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem.” (It is contrary to natural justice for someone to be wrongfully enriched at the expense of another).⁴¹⁵

Paparan di atas menunjukkan bahwa *unjust enrichment* bukan suatu norma hukum. *Unjust enrichment* lebih sebagai suatu fakta hukum atau oleh Learned Hand

⁴¹³ Mc. Bridge, Nicholas dan Paul Mc Grath. 1995. *The Nature of Restitution*, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 15 No. 1 pp. 33-49, hal. 37

⁴¹⁴ Ibid., hal. 36-37

⁴¹⁵ Ibid.

disebut sebagai *reason of policy*⁴¹⁶ yang berguna untuk menetapkan bentuk ganti rugi atas suatu tindakan yang diklasifikasikan sebagai *unjust enrichment*. Lain halnya dengan Abbot yang menyatakan bahwa *unjust enrichment* bukan sebagai norma hukum dan lebih sesuai sebagai hak untuk melakukan upaya hukum yang sebagaimana ditegaskannya “ . . . *that the cases of so called unjust enrichment are all instances of the rights of restitution upon the breach of a consensual obligation or upon a tort.*”⁴¹⁷ Pernyataan Abbot mengenai *unjust enrichment are all instances of the rights of restitution* oleh Hand ditafsirkan sebagai hak penggugat untuk memperoleh kembali kondisi sebelum terjadi pelanggaran atas kewajiban kontraktual atau perbuatan melanggar hukum dari pihak tergugat.⁴¹⁸

Perbuatan *unjust enrichment* tersebut oleh hukum diwajibkan untuk dikembalikan kepada pihak yang berhak atas hak milik yang telah diperolehnya melalui mekanisme restitusi.⁴¹⁹Ruang lingkup restitusi menurut *Black Law Dictionary* adalah sebagai berikut:

“An equitable remedy under which a person is restored to his or her original position prior to loss or injury, or placed in the position he or she would have been, had the breach not occurred. Act of restoring, restoration; restoration of anything to its rightful owner; the act of making good or giving equivalent for any loss, damage or injury; and indemnification. Act of making good or giving equivalent for or restoring something to the rightful owner. Compensation for the wrongful taking the property. Restoration of status quo and is amount which would put plaintiff in as good a position as he would have been if no contract had been made and restore to plaintiff value of what he parted with in performing contract.”

Pemikiran mengenai restitusi di atas oleh McBride dan McGrath diklasifikasikan sebagai pemikiran ortodok dimana restitusi merupakan kewajiban dari pelaku *unjust enrichment* untuk mengembalikan hak dari pihak lain. McBride dan McGrath sendiri mempunyai pandangan berbeda mengenai restitusi. Menurut McBride dan McGrath restitusi merupakan kewajiban yang bertujuan untuk menetralkan *unjust enrichment* sebagaimana ditegaskan berikut ini:

⁴¹⁶ Hand, Learned. November 1897. *Restitution or Unjust Enrichment*, 11 Harvard Law Review 249, hal. 249

⁴¹⁷ Ibid., hal. 250

⁴¹⁸ Ibid.

⁴¹⁹ O’Connell, D. P. 1956. *Unjust Enrichment*, The American Journal of Comparative Law Vol. 5 No. 1 pp. 2-17, hal. 2

“... the restitutionary duty is a duty on an unjustly enriched defendant to make his unjust enrichment a just one by acting in a certain way towards the person at whose expense that enrichment was obtained.”⁴²⁰

Di Amerika Serikat, pemberlakuan prinsip hukum restitusi *terhadap unjust enrichment* telah ditetapkan dalam *Restatement of the Law of Restitution* dari *American Law Institute* bahwa “A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other.”⁴²¹ Adapun alasan-alasan restitusi tersebut diuraikan pula oleh *American Law Institute* sebagai berikut:

- (a) *The right of a person to restitution from another because of a benefit received is terminated or diminished if, after the receipt of the benefit, circumstances have so changed that it would be inequitable to require the other to make full restitution.*
- (b) *Change of circumstances may be a defense or a partial defense if the conduct of the recipient was not tortious and he was no more at fault for his receipt, retention or dealing with the subject matter than was the claimant.*
- (c) *Change of circumstances is not a defense if:*
 - (a) *the conduct of the recipient in obtaining, retaining or dealing with the subject matter was tortious, or*
 - (b) *the change occurred after the recipient had knowledge of the facts entitling the other to restitution, and had an opportunity to make restitution.*⁴²²

Unjust enrichment muncul dalam berbagai bentuk hubungan hukum termasuk hubungan *fiduciary*. Dalam konteks kedudukan direksi sebagai *fiduciary* perusahaan, direksi mempunyai kewajiban restitusi apabila melakukan *unjust enrichment* dalam proses pengurusan perusahaan.

Terdapat dua bentuk restitusi pada pelanggaran kewajiban *fiduciary*. Adapun bentuk ganti rugi tersebut antara lain *constructive trust*, dan *account of profit*.

Account of profits merupakan bentuk ganti rugi yang dijatuhkan kepada direksi meskipun perusahaan tidak mengalami kerugian atas tindakan pelanggaran kewajiban *fiduciary* oleh direksi. *Account of profits* berbeda dengan kompensasi.

⁴²⁰ Mc. Bridge, Nicholas dan Paul Mc Grath. 1995. *The Nature of Restitution*, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 15 No. 1 pp. 33-49, hal. 33

⁴²¹ O'Connell, D. P. 1956. Op. Cit., hal. 2

⁴²² Goff, Robert. Januari 1961. *Reform of The Law of Restitution*, The Modern Law Review Vol. 24No. 1 pp. 84-100,hal. 96

Perbedaan tersebut ditegaskan oleh Hakim Windeyer pada perkara *Colbeam Palmer Ltd v Stock Affiliates Pty Ltd* (1970) 122 CLR 25 sebagai berikut:

*“The distinction between an account of profits and damages is that by the former the infringer is required to give up his ill-gotten gains to the party whose rights he has infringed: by the latter he is required to compensate the party wronged for the loss he has suffered. The two computations can obviously yield different results, for a plaintiff’s loss is not to be measured by the defendant’s gain, nor a defendant’s gain by the plaintiff’s loss. Either may be greater, or less, than the other.”*⁴²³

Menurut Hakim Windeyer, dalam *account of profits*, pihak pelaku berkewajiban mengembalikan keuntungan yang diperolehnya kepada pihak yang sepatutnya mendapatkan keuntungan tersebut. Sedangkan kompensasi adalah pengembalian dari satu pihak kepada pihak lain atas suatu kehilangan yang dideritanya. Dengan kata lain, *account of profits* tidak mewajibkan kehilangan dari yang sebelumnya ada sebagai syarat ganti rugi seperti pada kompensasi. Di samping itu, *account of profits* juga berbeda dengan kompensasi karena *account of profits* bagian dari restitusi.⁴²⁴

Account of profits merupakan bentuk ganti rugi yang relatif baru dibandingkan dengan bentuk lainnya seperti kompensasi maupun *constructive trust*. Awal munculnya *account of profits* banyak ditentang oleh para ahli hukum. Para hakim beranggapan bahwa ganti rugi dapat diberikan manakala ada kerugian dalam bentuk kehilangan yang hak milik akibat dari suatu tindakan. Hal ini ditegaskan pada kasus *Tito v Wardell* [1977] 3 All ER 129 yang menyatakan:

*“It is fundamental to all question of damages that they are to compensate the plaintiff for his loss or injury by putting him as nearly as possible in the same position as he would have been seen in had he not suffered the wrong. The question is not one of making the defendant disgorge what he has saved by committing the wrong, but one of compensating the plaintiff. In the word of O’Cormor LJ in *Murphy v Wexford County Council* ([1921] 2 IR 230, 240): ‘ You are not to enrich the party aggrieved; you are not to impoverish him; you are so far as money can, to leave him in the same position as before.’”*⁴²⁵

Jones menilai bahwa pemikiran klasik mengenai ganti rugi yang berbasis dari kerugian telah memiliki kelemahan. Menurut Jones, hukum telah cukup dewasa

⁴²³ Doyle, Sam dan David Wright. 2001. *Restitutionary Damages – The Unnecessary Remedy?*, Melbourne University Law Review 1

⁴²⁴ Chetwin, Maree C. dan David K. Round. 2002. *Breach of Contract and The New Remedy of Account of Profits*, Abacus Vol. 38 No. 2 pp. 406-424, hal. 406

⁴²⁵ *Ibid.*, hal. 407-408

untuk mengatur mengenai pemberian ganti kerugian meski tanpa adanya kerugian dari salah satu pihak.⁴²⁶

Pemikiran Jones ini beralasan karena dalam hubungan *fiduciary* yang diklasifikasikan sebagai bentuk hubungan kontrak (*incomplete contract*), pihak *fiduciary* diwajibkan untuk setia kepada perusahaan dengan tidak menggunakan hak milik baik yang bersifat nyata maupun tidak nyata serta tidak menggunakan kesempatan yang seharusnya sebagai kesempatan perusahaan untuk kepentingan dirinya sendiri. Kesempatan merupakan bagian dari informasi, dimana informasi dalam hubungan *fiduciary* ditetapkan sebagai hak milik pihak perusahaan.

Perbedaan mendasar lainnya antara kompensasi dan *constructive trusts* dengan *account of profits* adalah terkait dengan pembuktiannya. Keuntungan yang diperoleh dari pelanggaran kewajiban *fiduciary* tidak dapat dideteksi secara langsung begitu terjadi pelanggaran. Keuntungan tersebut kemungkinan terdeteksi dalam kurun waktu tertentu. Di samping itu, tidak semua tindakan direksi yang menghasilkan keuntungan untuk dirinya sendiri diklasifikasikan sebagai milik perusahaan. Kegiatan yang dilakukan direksi tersebut haruslah dari hasil kegiatan yang sama dengan perusahaan sebagaimana dikenal dengan *in line of business*. Apabila kegiatan direksi yang menghasilkan keuntungan tidak selaras dengan bisnis perusahaan maka keuntungan tersebut adalah murni milik pribadi direksi dan bukan hak dari perusahaan.

Constructive trusts bukan bagian dari *trust* atau kepercayaan ataupun hukum *trust*, tetapi sebagai bentuk ganti rugi yang muncul dari hubungan yang berasal dari suatu kepercayaan. Bentuk ganti rugi ini berbeda dengan dua bentuk ganti rugi yang telah diuraikan di atas. Adapun bentuk dari *constructive trusts* yaitu bentuk ganti rugi yang mewajibkan pihak *fiduciary* menyerahkan kembali aset yang dialihkan kepemilikannya dari pihak *beneficiary*. Pelanggaran atas tindakan direksi yang menggunakan aset perusahaan untuk tujuan yang bukan kepentingan perusahaan maka perusahaan dapat meminta pengembalian atas aset tersebut apabila aset dialihkan oleh direksi.

⁴²⁶ Ibid., hal. 409

5.4.3. Compensation

Bentuk lain dari pertanggung jawaban pelanggaran kewajiban *fiduciary* adalah *compensation* atau kompensasi. Kompensasi adalah bentuk ganti rugi yang sifatnya universal dalam hukum keperdataan. Ganti rugi dalam bentuk kompensasi secara umum diberikan apabila ada satu pihak yang mengalami kerugian atau kehilangan akibat tindakan dari pihak lain.

Black Law Dictionary menetapkan bahwa kompensasi adalah

“Idemnification; payment of damages; making amends; making whole; giving an equivalent or substitute of equal value. That which is necessary to restore an injured party to his former position.”

Ruang lingkup kompensasi tersebut menunjukkan pemberian ganti rugi atas kerugian yang diderita dan besaran ganti rugi sama atau *equivalent* dengan yang derita. Kata *equivalent* atau *‘tak boleh diberikan suatu jumlah yang lebih maupun yang kurang daripada jumlah itu’* menjadi poin penting dalam memberikan kompensasi. Hal ini ditegaskan oleh Goodin yang mengutip dari kasus *Monongahela Navigation Co v US* 14 US 312 (1893). Pada kasus tersebut ditetapkan bahwa kompensasi sebagai penggantian terhadap kerugian yang sama dengan besaran yang dideritanya atau *‘a full and perfect equivalent’*.⁴²⁹ *‘A full and perfect equivalent’* diartikan bahwa pihak yang dirugikan memperoleh tidak lebih dan tidak kurang dari kerugiannya.

Di wilayah hukum kontrak, Hakim Parke pada kasus *Robinson v Harman* (1848) 1 Ex 850 menyatakan *“Where a party sustains a loss by reason breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed.”* Kompensasi sebagaimana diuraikan pada putusan tersebut bukan semata-mata atas kerugian yang diderita tetapi juga segala keadaan yang kemungkinan besar akan terjadi apabila perjanjian tersebut dilaksanakan secara sempurna. Dalam hal ini, kompensasi yang dibayar bukan semata-mata pemenuhan kewajiban sebagaimana yang diperjanjian tetapi lebih dari itu, juga atas bunga dan keuntungan yang diperoleh oleh pihak yang dirugikan.

⁴²⁹ Goodin, Robert E. 1989. *Theories of Compensation*, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 9 No. 1 pp. 56-75, hal. 59

Ketika direksi melanggar kewajiban *fiduciary* dan mengakibatkan kerugian pada perusahaan maka perusahaan dapat diminta kompensasi kepada direksi. Tujuannya adalah direksi mengganti kerugian yang menimpa perusahaan akibat dari pelanggaran kewajiban tersebut. Mengenai besaran ganti rugi, perusahaan dapat meminta ganti rugi sebesar kerugian yang diderita akibat dari pelanggaran kewajiban *fiduciary* oleh direksi.⁴³¹ Di samping itu, kompensasi bukan semata-mata sebesar kerugian yang dialami perusahaan tetapi juga keuntungan yang diperoleh hasil dari pelanggaran kewajiban *fiduciary*.

⁴³¹ Hanrahan, Pamela; Ian Ramsay, dan Geof Stapledon. 2001. Op. Cit., hal. 309

BAB VI

UPAYA HUKUM TERHADAP DIREKSI SEBAGAI PENGURUS

6.1. Pengantar

Sebagaimana diuraikan pada bab-bab sebelumnya bahwa direksi selaku pengurus muncul dari hubungan hukum antara direksi dengan perusahaan. Hubungan ini menimbulkan hak dan kewajiban dari para pihak baik pada direksi maupun perusahaan. Kewajiban hukum yang melekat pada direksi adalah kewajiban *fiduciary* sebagaimana diatur dalam UUPT 2007. Kewajiban tersebut menjadi landasan yuridis bagi direksi dalam kegiatan kepengurusan perusahaan.

Di dalam menegakkan kewajiban *fiduciary* tersebut, hukum juga membuat mekanisme bagi perusahaan untuk melakukan upaya hukum apabila direksi melakukan pelanggaran terhadap kewajiban *fiduciary* yang mengakibatkan kerugian bagi perusahaan. Bentuk upaya hukum tersebut adalah *derivative action* atau upaya hukum derivatif. Upaya hukum ini memiliki kekhususan, dimana pemegang saham yang melakukan upaya hukum atas nama perusahaan.

Pada bab ini akan dikupas hal-hal berkaitan dengan upaya hukum derivatif yang terbagi dalam beberapa bagian. Bagian pertama terkait dengan sejarah dan urgensi upaya hukum derivatif. Bagian kedua mengenai upaya hukum derivatif dalam UUPT 2007. Serta bagian ketiga tentang prasyarat dalam melakukan upaya hukum derivatif.

6.2. Sejarah dan Urgensi Upaya hukum derivatif

Legal standing merupakan prinsip hukum yang tidak dapat disimpangi dalam proses penegakan hukum. *Legal standing* atau hak untuk melakukan upaya

hukum harus dipenuhi manakala melakukan upaya hukum baik di wilayah peradilan maupun arbitrase sebagai lembaga penyelesaian sengketa alternatif. Di wilayah peradilan misalnya, subyek hukum harus memiliki *legal standing* dalam upayanya melakukan upaya hukum. Tanpa *legal standing* ini, peradilan dapat menolak gugatan atau permohonannya. Sebagai contoh, dalam suatu gugatan wanprestasi dimana gugatan tersebut diajukan oleh orang yang tidak turut serta dalam perjanjian atau secara hukum bukan pihak yang mempunyai hak mengajukan gugatan, ahli waris misalnya, maka pengadilan akan menolak gugatan tersebut. Bahkan dalam penegakan konstitusi di wilayah Mahkamah Konstitusi, pemohon *judicial review* adalah pihak yang dirugikan atas ketentuan dalam undang-undang yang dimohonkan *judicial review* tersebut.

Pentingnya *legal standing* ini juga berlaku di wilayah hukum perusahaan, khususnya mengenai pihak mana yang berhak mengajukan gugatan atas perbuatan direksi manakala direksi melanggar kaidah-kaidah hukum yang termasuk dalam kewajiban *fiduciary* sebagaimana diatur pada UUPT. Di dalam UUPT 2007 diatur mengenai upaya hukum yang dapat dilakukan oleh pemegang saham manakala direksi melanggar kewajiban *fiduciary*. Upaya hukum tersebut adalah *derivative action* atau upaya hukum derivatif. Secara umum upaya hukum derivatif adalah upaya hukum yang dilakukan oleh satu pihak untuk kepentingan pihak lain.⁴³²

Upaya hukum derivatif ini merupakan pengecualian dari doktrin *proper plaintiff*. Berdasarkan doktrin *proper plaintiff*, pihak yang mengalami kerugian mempunyai *legal standing* untuk melakukan upaya hukum terhadap pihak yang menimbulkan kerugian. Di dalam perusahaan, perusahaan yang memiliki *legal standing* untuk melakukan upaya hukum terhadap pihak-pihak yang menimbulkan kerugian terhadap perusahaan. Doktrin ini pertama kali diketengahkan oleh Sir James Wigram VC pada *Foss v Harbottle* [1843] EngR 478; (1843) 2 Hare 461, 491., yang menyatakan bahwa “. . . *the corporation should sue in its own name and in its corporate character, or in the name of someone whom the law has appointed to be its representative.*” Sebagaimana ditegaskan oleh Sir James Wigram VC, representatif dari perusahaan tersebut adalah bagian dari perusahaan sendiri. Konsekuensi

⁴³² Griggs, Lynde, *The Statutory Derivative Action: Lessons That May Be Learnt From Its Past*, [2000] UWSLawRw 4

yuridis dari pernyataan ini adalah pihak yang merepresentasikan perusahaan tersebut adalah organ perusahaan.

Lebih lanjut, representasi perusahaan pun menjadi hal penting untuk dijabarkan mengingat dapat terjadi interpretasi yang berbeda-beda khususnya berkaitan dengan seberapa besar pemegang saham yang dapat mewakili perusahaan dalam melakukan upaya hukum terhadap direksi. Dalam konteks ini, Sir James Wigram VC berpendapat bahwa:

“It would be the very antithesis of the statutory control structure to allow shareholders to make, in essence, a management decision. Injustice, we are to assume, is not a problem because individual shareholders contract into this arrangement upon entering the company and therefore should be aware of the consequences.”

Pendapat Sir James Wigram VC tersebut diinterpretasikan oleh Bottomley yang menyatakan representasi perusahaan oleh pemegang saham tidak didasarkan pada kepentingan individu pemegang saham melainkan kepentingan perusahaan secara utuh.⁴³³ Hal ini menimbulkan konsekuensi bahwa pemegang saham mayoritas adalah pihak yang tepat untuk menjadi tolok ukur bahwa upaya hukum yang dilakukan dengan atas nama perusahaan oleh pemegang saham adalah untuk kepentingan perusahaan secara menyeluruh. Selanjutnya, dengan mendasarkan bahwa pemegang saham mayoritas sebagai pihak yang merepresentasikan kepentingan perusahaan maka terdapat implikasi normatif yaitu RUPS adalah pihak yang berwenang untuk memutuskan dan melaksanakan upaya hukum melawan direksi selaku pengelola perusahaan yang kegiatannya merugikan perusahaan. Bentuk pengambilan keputusan dan pelaksanaan upaya hukum oleh RUPS ini disebutkan oleh Xiaoning Li sebagai *decision-making strategy* yaitu para pemegang saham secara bersama-sama melalui RUPS melakukan upaya hukum terhadap pihak yang merugikan perusahaan.⁴³⁴ Strategi kedua yaitu *trusteeship strategy* internal perusahaan khususnya Dewan Komisaris, Direksi Independen, Komite Khusus Litigasi, atau pihak eksternal perusahaan yang ditunjuk oleh pengadilan sebagai

⁴³³ Bottomley, Stephen, *Shareholders Derivative Actions and Public Interest Suit: Two Versions of the Same Story?*, [1992] UNSWLawJl 15(1)

⁴³⁴ Li, Xiaoning, *A Comparative Study of Shareholders' Derivative Actions*, Kluwer, Netherlands,

representasi untuk melakukan upaya hukum terhadap pihak yang merugikan perusahaan.⁴³⁵

Kedua strategi tersebut dianggap tidak efisien dan belum menjadi strategi yang tepat dalam mensingkapi problem guna melaksanakan upaya hukum oleh perusahaan itu sendiri. Problem tersebut adalah pemegang saham mayoritas merupakan pengontrol dari perusahaan itu sendiri. Bila kedua strategi tersebut diterapkan maka pemegang saham minoritas akan mengalami kesulitan untuk menegakkan kembali keadilan akibat tidak mencukupi kuorum dalam RUPS untuk mengambil keputusan guna melakukan upaya hukum.

Dalam perkembangannya, muncul strategi baru yaitu upaya hukum derivatif sebagai metode yang lebih efisien dalam menghadapi situasi yang ada pada perusahaan. Upaya hukum derivatif ini sebagai pengecualian dari doktrin *proper plaintiff*. Upaya hukum tersebut memberikan kekuasaan terhadap pemegang saham dalam keadaan tertentu untuk melakukan upaya hukum dengan atas nama perusahaan. Para pemegang saham ini kedudukannya bukan sebagai organ perusahaan yang berwenang untuk melakukan upaya hukum tetapi hukum memberikan peluang agar kendala dalam penegakan hukum serta perlindungan terhadap hak-hak perusahaan tetap terjaga dengan suatu strategi khusus tersebut.

6.3. Upaya Hukum Derivatif dalam UUPT 2007

Upaya hukum derivatif merupakan suatu upaya hukum yang dilakukan oleh seseorang atau beberapa orang yang bukan untuk kepentingannya tetapi untuk kepentingan pihak lain.⁴³⁶ Hukum perusahaan Indonesia khususnya undang-undang perseroan terbatas telah mengenal upaya hukum derivatif sejak diundangkannya UUPT 1995 yang juga tetap diatur pada UUPT 2007. Adapun pada UUPT 2007 tersebut, gugatan derivatif diatur pada Pasal 97 ayat (6) dan (7) yang menetapkan bahwa:

(1) Atas nama perseroan, pemegang saham yang mewakili paling sedikit 1/10(satu persepuluh) bagian dan jumlah seluruh saham dengan hak suara

⁴³⁵ Ibid

⁴³⁶ Supra note 52, hal. 577; Berkahn, Matthew, 1998, *The Derivative Action in Australia and New Zealand: Will the Statutory Provisions Improve Shareholders' Enforcement Rights?*, (1998) 10(1) Bond Law Review 74

dapat mengajukan gugatan melalui pengadilan negeri terhadap anggota Direksi yang karena kesalahan atau kelalaian menimbulkan kerugian pada Perseroan.

(2) Ketentuan sebagaimana diatur pada ayat (5) tidak mengurangi hak anggota Direksi lain dan/atau anggota Dewan Komisaris untuk mengajukan gugatan atas nama Perseroan.

Norma di atas menunjukkan adanya dua hal yang menjadi karakter utama upaya hukum derivatif yaitu mengenai (i) pihak yang melakukan upaya hukum serta (ii) kedudukan pihak dalam hubungannya dengan perusahaan pada saat melakukan hubungan hukum.

Di dalam norma tersebut terdapat frase '*atas nama perseroan*' yang menunjukkan karakter dari ketentuan tersebut sebagai upaya hukum derivatif. Frase '*atas nama perseroan*' merupakan terjemahan dari '*on behalf of*' yang diartikan sebagai suatu perbuatan 'untuk kepentingan' dan bukan semata-mata '*atas nama*'.

Upaya hukum di wilayah hukum umum tersebut berbeda dengan upaya hukum derivatif yang mana penggugat yaitu para pemegang saham secara langsung bukan pihak yang dirugikan oleh pengurus perusahaan. Tindakan pengurus (direksi) secara langsung merugikan perusahaan. Namun karena perusahaan merupakan badan hukum tetapi dirinya tidak dapat melakukan perbuatan hukum tanpa dibantu oleh pihak lain, maka hukum memberikan peluang bagi pemegang saham untuk melakukan tindakan hukum atas perbuatan direksi apabila perbuatan direksi tersebut diindikasikan menimbulkan kerugian bagi perusahaan.

Berdasarkan pasal tersebut di atas, hukum memberikan kewenangan kepada pihak-pihak tertentu untuk mengajukan gugatan untuk kepentingan perusahaan terhadap tindakan direksi yang merugikan perusahaan. Sebagaimana diatur pada pasal 97 ayat (6) dan (7) bahwa pihak-pihak tersebut antara lain adalah pemegang saham yang dapat mengajukan gugatan derivatif tersebut minimal 1/10 dari bagian jumlah seluruh saham dengan hak suara, anggota direksi, dan anggota komisaris.

UUPT 2007 membatasi pihak-pihak yang dapat digugat dengan gugatan derivatif yaitu direksi dan komisaris. Pembatasan tidak berlaku di beberapa negara seperti Amerika Serikat, Inggris, Australia. Pemegang saham dapat mengajukan gugatan derivatif terhadap siapa saja termasuk direksi, komisaris (*non-executive*

directors), maupun pemegang saham lain. Adapun pembatasan pihak yang digugat adalah pihak tersebut secara riil mengontrol perusahaan.⁴³⁷ Dengan kata lain, pihak tergugat bukan semata-mata direksi dan komisaris tetapi juga pemegang saham yang melakukan perbuatan pengontrolan terhadap kegiatan perusahaan atau biasa disebut dengan *controlling shareholders*.

Bervariasinya pihak yang dapat menjadi pihak tergugat dalam gugatan derivatif tersebut sebagai konsekuensi dari luasnya makna direksi yang berlaku di negara-negara tersebut. Direksi bukan semata-mata pihak yang ditunjuk oleh RUPS secara formal untuk menduduki jabatan sebagai direksi. Hukum lebih melihat fakta riil yang terjadi. Fakta tentang siapa yang menjalankan perusahaan khususnya dalam pembuatan kebijakan perusahaan.

6.4. Persyaratan Sebelum Mengajukan Upaya Hukum Derivatif

Pemegang saham tidak serta merta dapat mengajukan upaya hukum derivatif atas tindakan direksi yang merugikan perusahaan. Di beberapa negara telah diatur persyaratan sebelum diajukannya upaya hukum tersebut.

Di Singapore prasyarat pengajuan diatur pada Section 216A dari hukum perusahaannya. Adapun prasyarat tersebut antara lain: (i) pihak yang mengajukan upaya hukum derivatif wajib memberitahukan kepada direksi perusahaan terlebih dahulu sebelum mengajukan pada pengadilan; (ii) pihak yang mengajukan upaya hukum mempunyai itikad baik; dan (iii) upaya hukum derivatif semata-mata untuk kepentingan perusahaan.⁴³⁸

Di Australia sebagaimana diatur pada Section 237(2) *Corporations Act 2001* menyebutkan syarat-syarat mengajukan gugatan derivatif. Syarat-syarat tersebut adalah: (i) perusahaan tidak mengajukan upaya hukum sendiri; (ii) pihak yang mengajukan bertindak dengan itikad baik; (iii) upaya hukum semata-mata untuk kepentingan perusahaan; (iv) adanya hal serius yang perlu diadili; dan (v) pemberitahuan kepada perusahaan sebelum mengajukan gugatan ke pengadilan

⁴³⁷ Lihat Cox, James D, Thomas Lee Hazen, dan F. Hodge O'Neal. 1997. *Corporations*, Aspen Law & Business, United States of America, hal. 398

⁴³⁸ Choo, Perlie Koh Ming, 2001, *The Statutory Derivative Action in Singapore – A Critical Examination*, 13(1) Bond Law Review 64

atau pengadilan dapat menerima gugatan meskipun tidak ada pemberitahuan kepada perusahaan terlebih dahulu oleh penggugat berkaitan dengan akan diajukannya gugatan derivatif. Pada perkara *Goosee v Graphic World Group Holdings Pty Ltd*, disebutkan bahwa keseluruhan syarat-syarat tersebut wajib dipenuhi.⁴³⁹

Indonesia belum mengatur mengenai persyaratan mengajukan upaya hukum derivatif dalam undang-undang tentang perseroan terbatas. Melihat pentingnya persyaratan tersebut maka lembaga peradilan perlu menentukan syarat-syarat sebelum mengajukan upaya hukum derivatif. Dari beberapa persyaratan yang telah berlaku di negara tersebut, terdapat syarat yang penting untuk diberlakukan di Indonesia. Adapun syarat-syarat tersebut adalah sebagai berikut: (i) pihak yang mengajukan upaya hukum derivatif wajib memberitahukan kepada direksi terlebih dahulu; dan (ii) Pihak yang mengajukan upaya hukum derivatif memiliki itikad baik dan semata-mata untuk kepentingan perusahaan.

6.4.1. Pemberitahuan

Sebelum mengajukan gugatan derivatif, pemegang saham yang bermaksud mengajukan tersebut wajib memberitahukan terlebih dahulu kepada perusahaan bahwa akan diajukannya gugatan. Choo berpendapat bahwa pemberitahuan ini bertujuan untuk memberikan kesempatan kepada perusahaan mempertimbangkan untuk melakukan sendiri upaya hukum. Alasannya adalah perusahaan adalah yang langsung dirugikan akibat perbuatan direksi serta sebagai pihak yang memiliki hak utama untuk mengajukan gugatan apabila terjadi tindakan pengelolaan yang merugikan. Dengan adanya pemberitahuan dari pemegang saham yang akan mengajukan gugatan derivatif ini, pihak perusahaan dalam hal ini direksi selaku pengelola, dapat mengajukan sendiri gugatan dan menjadikan upaya hukum derivatif tidak diperlukan lagi. Kemungkinan yang kedua, direksi merespon hal-hal penting yang menjadi dasar akan diajukannya gugatan derivatif oleh pemegang saham. Berdasarkan pemberitahuan tersebut, direksi melaksanakan perbaikan agar perusahaan tidak mengalami kerugian lebih besar lagi.

⁴³⁹ Supra note 52, hal. 579

Pemberitahuan terlebih dahulu juga dapat meminimalisir pengeluaran perusahaan khususnya berkaitan dengan biaya litigasi. Proses litigasi membutuhkan biaya yang tidak sedikit. Apabila pemberitahuan tersebut direspon oleh dewan direksi dan dewan direksi dengan itikad baik menjalankan hal-hal yang diharapkan oleh pihak yang hendak mengajukan upaya hukum derivatif maka tindakan direksi ini memberikan implikasi positif terhadap perusahaan dengan tidak mengeluarkan dana dan waktu.

Bilamana pihak direksi perusahaan tidak merespon pemberitahuan, maka upaya hukum derivatif dapat diajukan ke pengadilan. Sebagaimana di atur dalam peraturan perundang-undangan di negara lain yang mensyaratkan 14 hari upaya hukum dapat diajukan sejak pemberitahuan diserahkan kepada perusahaan, dapat menjadi acuan dalam mengajukan upaya hukum derivatif di Indonesia.

6.4.2. Itikad Baik untuk Kepentingan Perusahaan

Itikad baik dalam mengajukan upaya hukum derivatif ini menjadi syarat penting karena dimungkinkan adanya motivasi lain saat mengajukan upaya hukum tersebut. Dalam hal ini, pengadilan wajib menimbang motivasi utama dari upaya hukum derivatif yaitu untuk kepentingan perusahaan dan bukan kepentingan pribadi dari pihak yang mengajukan upaya hukum. Bilamana motivasi upaya hukum tersebut adalah untuk kepentingan pribadi atau kepentingan lain di luar kepentingan perusahaan mana pengadilan dapat menolak gugatan tersebut.

Pada perkara *Poh Kim Chwee v Lim Swee Long* (OS No 376 of 1997), pengadilan menolak gugatan dengan alasan gugatan berdasarkan hubungan tidak harmonis antara penggugat dan tergugat. Unsur kepentingan perusahaan yang dirugikan tidak ada pada perkara yang diajukan oleh pemegang saham untuk dan atas nama perusahaan.

Teo Gek Luang v Ng Ai Tong [1999] 1 SLR 434⁴⁴⁰ merupakan kasus yang didalamnya terdapat dua motivasi namun pengadilan menerima gugatan berdasarkan adanya unsur itikad baik dalam mengajukan upaya hukum derivatif. Pada perkara tersebut, penggugat adalah pemegang saham sekaligus anggota direksi

⁴⁴⁰ Supra note 438

di Transcity Cargo System Pte Ltd. Penggugat yang mengajukan gugatan untuk kepentingan perusahaan mempunyai hubungan yang kurang baik dengan anggota direksi lainnya di perusahaan, di samping adanya motif untuk mengembalikan harta perusahaan yang beralih ke anggota direksi lainnya itu. Hakim Lai berpendapat bahwa gugatan derivatif dapat diterima berdasarkan fakta bahwa adanya harta perusahaan yang dikuasai oleh salah satu anggota direksi perusahaan meskipun pada saat itu penggugat dan anggota direksi mempunyai hubungan kurang harmonis. Dalam kasus tersebut, hakim memahami adanya dua kondisi yang terjadi. Pertama, adanya hubungan yang tidak harmonis di antara anggota direksi, dan kedua, terjadinya peralihan harta yang mengakibatkan perusahaan mengalami kerugian. Kondisi pertama tersebut dapat menjadikan pihak penggugat tidak bersifat netral dalam melakukan upaya hukum. Akan tetapi, fakta adanya peralihan harta yang berakibat kerugian bagi perusahaan adalah faktor utama diterimanya upaya hukum derivatif tersebut.

DAFTAR PUSTAKA

- Ayres, Ian dan Robert Gertner. Oktober 1989. *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, The Yale Law Review Vol. 99 No. 1 pp. 87-130
- Bainbridge, Stephen M. 2 Agustus 2001. *Abolishing Veil Piercing*, Harvard Law School, Cambridge
- . 2008. *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford University Press, New York
- Berkahn, Matthew. 1998. *The Derivative Action in Australia and New Zealand: Will the Statutory Provisions Improve Shareholders' Enforcement Rights?*, (1998) 10(1) Bond Law Review 74
- Berle, Jr. A. A. 8 Mei 1932. *For Whom Corporate Managers are Trustee?*, Harvard Law Review Vol. XLV No. 7 pp. 1145-1163
- Blair, Margaret M. dan Lynn A. Stout, 1999, *Team Production in Business Organizations*, 24 Iowa Journal of Corporate Law 743
- Bottomley, Stephen. 1992. *Shareholders Derivative Actions and Public Interest Suit: Two Versions of the Same Story?*, UNSWLawJ 15(1)
- Bottomley, Stephen. November 1999. *Directing The Directors: Assumptions about The Effectiveness of Corporate Law*, Australian Economic History Review Vol. 39 No. 3 pp. 239-257
- Brady, James B. 1996. *Recklessness*, Law and Philosophy, Vol. 15. No. 2, pp. 183-200
- Burnett, Brian. 2001. *Australian Corporation Law 2001*, CCH Australia Limited, Sydney
- Chetwin, Maree C. dan David K. Round. 2002. *Breach of Contract and The New Remedy of Account of Profits*, Abacus Vol. 38 No. 2 pp. 406-424
- Choo, Perlie Koh Ming. 2001. *The Statutory Derivative Action in Singapore – A Critical Examination*, 13(1) Bond Law Review 64
- Dewey, John. April 1926. *The Historical Background of Corporate Legal Personality*, Yale Law Review Vol. XXXV No. 6
- Clark, Robert C. November 1989. *Contracts, Elites, and Tradition in The Making of Corporate Law*, Columbia Law Review Vol. 89 No. 7 pp. 1703-1747
- Coase, Ronald H. November 1937. *The Nature of The Firm*, Economica New Series Vol. 4 No. 16 pp. 386-405

- Coffee Jr., John C. 1989. *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on The Judicial Role*, Columbia Law Review Vol. 89 No. 7 pp. 1618-1691
- Cunningham, Lawrence A. 2004. *A New Product for The State Corporation Law Market: Audit Committee Certifications*, Berkeley Business Law Journal 327
- Cox, James D, Thomas Lee Hazen, dan F. Hodge O'Neal. 1997. *Corporations*, Aspen Law & Business, United States of America
- DeMott, Deborah A. 2006. *Breach of Fiduciary Duty: On Justifiable Expectations of Loyalty and Their Consequences*, 48 Arizona Law Review 925
- Dodd, E. Merrick. 8 Mei 1932. *For Whom are Corporate Managers Trustees?*, Harvard Law Review Vol. XLV No. 7 pp. 1146-1163
- Doyle, Sam dan David Wright. 2001. *Restitutionary Damages – The Unnecessary Remedy?*, Melbourne University Law Review 1
- du Plessis, Jean J. 2001. *Study Guide: Directors' Duties*, Deakin University, Geelong
- du Plessis, Jean Jacques, Anil Hargoven, dan Mirko Bagaric. 2011. *Principles of Contemporary Corporate Governance*, Cambridge University Press, Australia
- du Plessis, Jean J., Bernhard Großfeld, Claus Luttermann, Ingo Saenger, dan Otto Sandrock. 2007. *German Corporate Governance in International and European Context*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Berlin
- Easterbrook, Frank, dan Daniel Fischel. 1991. *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, United States of America
- . April 1993. *Contract and Fiduciary Duty*, Journal of Law and Economics, Vol. XXXVI, pp. 425-446
- Eisenberg, Melvin Aron. Februari 1982. *The Bargain Principle and Its Limit*, Harvard Law Review Vol. 95 No. 4 pp. 741-801
- . November 1989. *The Structure of Corporation Law*, Columbia Law Review Vol. 89 No. 7 pp. 1461-1525
- . 1990. *The Duty of Care of Corporate and Officers*, 51 University of Pittsburgh Law Review 945 pp. 945-972
- . Januari 1995. *The Limit of Cognition and The Limits of Contract*, Stanford Law Review Vol. 47 No. 2 pp. 211-259
- Etzioni, Amitai. Oktober 1998. *A Communitarian Note on Stakeholder Theory*, Business Ethics Quarterly Vol. 8 No. 4 pp. 679-691

- Evans, Julia M. 2005. *A Kantian Perspective of Fiduciary Relationship*, Thesis for The Degree of Master of Law, Graduate Department of Law, University of Toronto, Canada
- Fama, Eugene F. dan Michael Jensen. Juni 1983. *Agency Problems and Residual Claims*, Journal of Law and Economic, Vol. 26 No. 2
- FCGI. *Peran Dewan Komisaris dan Komite Audit dalam Pelaksanaan Corporate Governance (Tata Kelola Perusahaan)*, Jakarta, Indonesia
- Ford, H. A. J.; R.P. Austin, dan I. M. Ramsay. 2003. *Ford's Principles of Corporation Law*, Butterworth, Australia
- Foster, Nicholas H.D. 2000. *Company Law Theory in Comparative Perspective: England and France*, The American Journal of Comparative Law Vol. 48 No. 4 pp. 573-621
- Frankel, Tamar. Mei 1983. *Fiduciary Law*, California Law Review Vol. 71 No. 3 pp. 795-835
- Fridman, Saul. 1998. *An Analysis of The Proper Purposes*, 10 Bond Law Review pp. 164-183
- Furlow, Clark, W. 2009. *Good Faith, Fiduciary Duties, and The Business Judgment Rule in Delaware*, Utah Law Review No. 3
- Garrigues, Joaquín. 1953. *Law of Trusts*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 2, No. 1, pp. 25-35
- Goff, Robert. Januari 1961. *Reform of The Law of Restitution*, The Modern Law Review Vol. 24No. 1 pp. 84-100
- Goodin, Robert E. 1989. *Theories of Compensation*, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 9 No. 1 pp. 56-75
- Gordon, Jeffrey N. 1989. *The Mandatory Structure of Corporate Law*, Columbia Law Review Vol. 89 No. 7 pp. 1549-1598
- Green, Arnold W. Januari-Februari 1943. *The Concept of Responsibility*, Journal of Criminal law and Criminology (1931-1951) Vol. 33 No. 5 pp. 392-394
- Greenfield, Kent. Mei 2005. *New Principles for Corporate Law*, 1 Hasting Business Law Journal 89
- Griggs, Lynde. 2000. *The Statutory Derivative Action: Lessons That May Be Learnt From Its Past*, UWSLawRw 4
- Hand, Learned. November 1897. *Restitution or Unjust Enrichment*, 11 Harvard Law Review 249

- Hanrahan, Pamela; Ian Ramsay, dan Geof Stapledon. 2001. *Commercial Applications of Company Law*, CCH Australia Limited, Sydney
- Hansmann, Henry, dan Reiner Kraakman. 2004. *What is Corporate Law?*, Yale Law School, Center of Law Economics and Public Policy Research Paper No. 300
- Hansmann, Henry, dan Ugo Mattei. Mei 1998. *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, New York University Law Review Vol. 73 No. 434
- Harpool, G. David. 1996. *Trustee Conflicts of Interest: The Law and Policy Implications*, Dissertation Faculty of The Graduate School of Saint Louis University
- Hayes, Deborah K. 1986. *Corporate Director Conflicts of Interest: The Fairness Test and Its Application Under Existing Statutory Provisions and Proposal For Statutory Reform*, 53 Tennessee law Review 799
- Hintmann, C. G. 2005. *You Gotta Have Faith: Good Faith in The Context of Directorial Fiduciary Duties and The Future Impact on Corporate Culture*, 49 Saint Louis law Journal pp. 571-605
- Hollyman, Robert James. 1999. *Liability and Reliability – The Reliance Interest in Negligence Damages*, Thesis Master of Laws, Graduate Department of Law, University of Toronto
- Holmes, Oliver Wendell, 1882, *The Common Law*, McMillan, London
- Howard, Stanley E. Maret 1933. *The Société Anonyme: From Joint Account to Business Corporation*, The Accounting Review Vol. 8 No. 1 pp. 11-21
- Hunter, Richard J., dan Anthony L. Loviscek. 1997. *Insider Trading Since Carpenter: The Misappropriation Theory and Beyond*, 41 How. L. J. 79
- Huntly, Collin. 2005. *In Search of an Appropriate Analogy for Sports Entities Incorporate under Associations in Corporation Legislation in Australia and New Zealand using Broadly Concieved Corporate law Organic Theory*, Dissertation for Doctor of Philosophy of Law, Murdoch University
- Kay, Peter E. 1994. *Director Conflicts of Interest Under The Model Business Corporation Act: A model For All States*, 69 Wash. L. Rev. 207
- Keay, Andrew dan Mao Zhang. 2008. *Incomplete Contracts, Contingent Fiduciaries and A Director's Duty to Creditors*, 32 Melbourne U.L.R. 141
- Kerr, Janet E. 2006. *Developments in Corporate Governance: The Duty of Good Faith and Its Impact on Director Conduct*, 13 George Mason Law Review 1037
- Kjær, Anne Mette. 2004. *Governance*, Polity Press, Cambrige, United Kingdom

- Kraakman, Reinier. 2001. *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, United States
- Lepaulle, Pierre. Juni 1927. *Civil Law Substitutes for Trusts*, Yale Law Journal Vol. 36 No. 8 pp. 1126-1147
- Li, Xiaoning. 2007. *A Comparative Study of Shareholders' Derivative Actions*, Kluwer, Netherlands
- Long, Joseph R. April 1922. *The Definition of A Trust*, Virginia Law Review Vol. 8 No. 6 pp. 426-433
- Machen Jr., Arthur W. Februari 1911. *Corporate Personality*, Harvard Law Review Vol. XXIV No. 4 pp. 253-267
- Mader, Kristin. 2002. *The Nature of Vicarious Liability*, Thesis for Master Degree, Graduate Department of the faculty of Law, University of Toronto
- Mark, Gregory A. 1987. *The Personification of The Business Corporation in American Law*, The University of Chicago Law Review Vol. 54, No. 4, pp. 1441-1483
- Mc. Bridge, Nicholas dan Paul Mc Grath. 1995. *The Nature of Restitution*, Oxford Journal of Legal Studies Vol. 15 No. 1 pp. 33-49
- Millon, David, 1990, *Theories of The Corporation*, Duke Law Journal Vol. 1990 No. 2
- September 2003. *Piercing The Corporate Veil, Financial Responsibility and The Limits of Limited Liability*, Washington & Lee Public Law and Legal Theory Working Paper No. 03-13
- Mitchell, Lawrence E. Desember 1993. *Fairness and Trust in Corporate Law*, Duke Law Journal Vol. 43 No. 3 pp. 425-491
- Moffat, Graham; Gerry Bean, dan John Dewar. 2005. *Trust Law: Text and Materials*, Cambridge University Press, United Kingdom
- Morison, W. L. Januari 1948. *A Re-examination of The Duty of Care*, The Modern Law Review Vol. 11 No. 1 pp. 9-35
- Morkel, Dan. W. 1982. *On The Distinction between Recklessness and Conscious Negligence*, The American Journal of Comparative Law Vol. 30, No, pp. 325-333
- Nam, Sang-Woo. 2004. *Survey on Corporate Governance Practices in Indonesia, Thailand and Korea*, ADB Research Institute, Research Policy Brief No. 8
- National Committe on Corporate Governance. 2006. *Pedoman Good Corporate Governance Indonesia*, Jakarta

- O'Connell, D. P. 1956. *Unjust Enrichment*, The American Journal of Comparative Law Vol. 5 No. 1 pp. 2-17
- Oman, Charles, Steven Fries dan Willem Buiters. 2003. *Corporate Governance in Developing, Transition, and Emerging Market*, OECD Development Centre Policy Brief No. 23
- Orlinsky, Eric G. 1999. *Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: A Framework for Analysis in an Attempt to restore Predictability*, 25 Delaware Journal of Corporate Law 451 pp. 452-528
- Pickering, Murray A. September 1968. *The Company as Separate Legal Entity*, The Modern Law Review Vol. 31, No. 5, pp. 481- 511
- Pisse, Barbara; Karen Wheelwright, dan John Calvert. 2002. *Corporations Law, Topic 5: Duties of Directors and Other Officers*, Deakin University, Geelong, Victoria, Australia
- Pomeroy, John Norton. 1905. *A Treaties of Equitable Remedies*, Bancroft-Whitney Company, San Francisco
- Prasetya, Rudhi. 2001. *Kedudukan Mandiri Perseroan Terbatas Disertai dengan Ulasan Menurut Undang-Undang No. 1 Tahun 1995*, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung
- Prentice, D. D. Juli 1974. *The Corporate Opportunity Doctrine*, The Modern Law Review Vol. 37 No. 4 pp. 464-468
- Raz, Joseph, 1971, *The Identity of Legal Systems*, California Law Review Vol. 59 No. 795, pp. 795-815
- Redmond, Paul. 2005. *Corporate Social Responsibility*, Reform Issue 87 2005/2006
- Salmond, John William, 1930, *Jurisprudence*, Sweet and Maxwell, England
- Sale, Hillary A. 2003. *Delaware's Good Faith*, Cornell Law Review 89
- Scott, Austin Wakeman. April 1917. *The Nature of the Rights of the "Cestui Que Trust"*, Columbia Law Review, Vol. 17, No. 4 (Apr., 1917), pp. 269-290
- Scott Fitzgibbon, 1999, *Fiduciary Relationships Are Not Contracts*, Marquette Law Review Vol. 82 No. 2
- Seavoy, Ronald E. 1978. *The Public Service Origins of The American Business Corporation*, Business History Review Vol. LII No. 1 pp. 30-60
- Seavey, Warren A. *Negligence – Subjectve or Objective?*, Harvard Law Review Vol. XLI No. 1 pp. 1-28

- Senior, Jeffrey A. 1997. *The Concept of Negligence*. Thesis of the Faculty of Graduate Studies, Department of Philosophy, The University of Calgary, Calgary, Alberta,
- Shavell, Steven, dan Louis Kaplow. 2002. *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England
- Shavell, Steven, 2004, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of The Harvard University Press, Massachusetts
- Shaffer, Andrew D. 2000. *Corporate Fiduciary – Insolvent: The Fiduciary Relationship Your Corporate Law Professor (Should Have) Warned You About*, LL.M. Thesis, 8 American Bankruptcy Institute Law Review 479
- Sims, Vanessa. Maret 2001. *Note – Is Employment A Fiduciary Relationship?*, Industrial Law Journal 30
- Sternberg, E. 1999. *The Stakeholder Concept: A Mistaken Doctrine*
- Subekti. 1995. *Aneka Perjanjian*, Penerbit PT. Citra Aditya bakti, Bandung
- Terry, Henry T. November 1915. *Negligence*, Harvard Law Review Vol. 29 No. 1 pp. 40-54
- Thacher, Thomas. Maret 1909. *Corporate Powers*, Columbia Law Review Vol. 9 No. 3 pp. 243-247
- Tommasic, Roman; James Jackson; Brendan Pentony; dan Robin Woellner. 1990. *Corporation Law Principles, Policy and Process*, Butterworths, Australia
- van der Weide M. 1996. *Against Fiduciary Duties to Corporate Stakeholders*, 21 Delaware Journal of Corporate Law 27
- Vogl, A. J. Januari/Februari 2003. *Does It Pay To Be Good?*, Across The Board pp. 17-23
- Wheelwright, Karen. 1999. *Labour Law*, Butterworths, Australia
- Williams, Glanville. April 1953. *Mens Rea and Negligence*, The Modern Law Review Vol. 16 No. 2 pp. 231-232
- Zhuang, Juzhong; David Edwards, dan MA. Virginita A. Capulong (ed.). 2001. *Corporate Governance and Finance in East Asia: A Study of Indonesia, Republic of Korea, Malaysia, Philippines, and Thailand*, Asian Development Bank Working Paper