

BAB II

PEMBAHASAN

A. Tinjauan Umum mengenai Perjanjian Saham Pinjam Nama (*Nominee Arrangement*) dalam Perseroan Terbatas oleh Investor Asing

1. Saham sebagai Modal Perseroan Terbatas

Pasal 1 angka (1) Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas, yang selanjutnya disebut dengan UUPT, menyatakan bahwa Perseroan Terbatas, yang selanjutnya disebut Perseroan, adalah:

“Badan hukum yang merupakan persekutuan modal, didirikan berdasar perjanjian, melakukan kegiatan usaha dengan modal dasar yang seluruhnya terbagi dalam saham dan memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam undang-undang.”

Perseroan sebagai badan hukum memiliki “modal dasar” yang disebut juga *authorized capital*, yakni jumlah modal yang disebutkan atau dinyatakan dalam Akta Pendirian atau Anggaran Dasar (AD) Perseroan. Modal dasar tersebut terdiri dan terbagi dalam saham atau sero (*aandelen, share, stock*), yang dimasukkan oleh para pemegang saham dalam status mereka sebagai anggota Perseroan dengan jalan membayar saham tersebut kepada Perseroan.¹³

Menurut IG Ray Widjaja, saham adalah bagian pemegang saham di dalam perusahaan, yang dinyatakan dengan angka dan bilangan tertulis

¹³ M. Yahya Harahap, 2009, *Hukum Perseroan Terbatas*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 34.

pada surat saham yang dikeluarkan oleh Perseroan.¹⁴ Bukti bahwa seseorang memiliki saham adalah sertifikat saham yang diterbitkan oleh Perseroan, yang mana dengan menjadi pemegang saham (*share holder* atau *stock holder*) maka yang bersangkutan menjadi bagian pemilik perusahaan. Kepemilikan saham secara umum memberikan hak kepada pemiliknya atas bagian keuntungan Perseroan (*deviden*), memberikan suara dalam pengambilan keputusan pada saat Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS), dan mendapatkan bagian sisa hasil kekayaan pada saat likuidasi Perseroan.¹⁵

2. Tinjauan mengenai Perjanjian Pemilikan Saham Pinjam Nama (*Nominee Arrangement*)

a. Tinjauan mengenai Perjanjian

Kata Perjanjian berasal dari Bahasa Inggris yakni *contracts* dan Bahasa Belanda yakni *overeenkomst*, serta pengertiannya diatur dalam Buku III (tiga) dan Bab II (dua) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (BW), yang selanjutnya disebut dengan BW, yaitu dalam Pasal 1313 BW yang menyatakan suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Menurut R. Subekti, bahwa Perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji kepada

¹⁴ IG Ray Widjaja, 2000, *Hukum Perseroan*, Megapoin, Jakarta, hlm. 193.

¹⁵ Tri Budiyo, 2011, *Hukum Perusahaan Telaah Yuridis terhadap Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas*, Griya Media, Salatiga, hlm. 89.

seorang lain atau di mana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Peristiwa ini menimbulkan suatu hubungan hukum antara dua pihak yang dinamakan perikatan, di mana hubungan antara perjanjian dengan perikatan bahwa perjanjian menerbitkan perikatan. Perjanjian merupakan sumber terpenting yang melahirkan perikatan karena perikatan paling banyak diterbitkan oleh suatu perjanjian.¹⁶

Syarat-syarat untuk sahnya suatu perjanjian disebutkan dalam Pasal 1320 BW, yaitu:

- “1. Sepakat mereka yang mengikat dirinya;
- 2. Cakap untuk membuat suatu perjanjian;
- 3. Suatu hal tertentu; dan
- 4. Suatu sebab yang halal.”

Empat (4) syarat tersebut, dapat dibedakan menjadi:

- 1) Syarat subjektif, syarat ini apabila dilanggar maka perjanjian dapat dibatalkan, meliputi:
 - a) Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya

Syarat yang pertama sahnya perjanjian adalah adanya kesepakatan atau konsensus para pihak. Kesepakatan ini diatur dalam Pasal 1320 ayat (1) BW. Kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antara satu orang atau lebih dengan pihak lainnya, yang

¹⁶ H. Hanafi Arief, 2016, *Pengantar Hukum Indonesia*, PT. LKiS Pelangi Aksara, Yogyakarta, hlm. 88.

mana sesuai itu adalah pernyataan karena kehendak itu tidak dapat dilihat/diketahui orang lain. Sepakat yang merupakan salah satu syarat yang amat penting yang dapat ditandai oleh penawaran dan penerimaan dengan cara tertulis, lisan, diam-diam, dan simbol-simbol tertentu. Kesepakatan dengan tertulis dapat dilakukan dengan akta otentik ataupun akta di bawah tangan.

b) Kecakapan untuk membuat suatu perikatan

Kecakapan bertindak adalah kecakapan atau kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Perbuatan hukum adalah yang akan menimbulkan akibat hukum. Orang-orang yang melakukan perjanjian haruslah orang-orang yang cakap dan mempunyai wewenang untuk melakukan perbuatan hukum sebagaimana yang telah ditentukan oleh Undang-Undang. Ukuran kedewasaan adalah telah berumur 21 tahun atau sudah kawin. Orang yang tidak berwenang untuk melakukan perbuatan hukum adalah anak dibawah umur dan orang yang ditaruh dibawah pengampuan.

- 2) Syarat objektif, syarat ini apabila dilanggar maka perjanjiannya batal demi hukum, meliputi:

a) Suatu hal tertentu

Objek perjanjian adalah prestasi (pokok perjanjian). Prestasi adalah apa yang menjadi kewajiban debitur dan apa yang menjadi hak kreditur. Prestasi ini terdiri dari perbuatan dan negatif. Menurut Pasal 1234 BW, prestasi terdiri dari memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, dan tidak berbuat sesuatu.

b) Suatu sebab yang halal

Para pihak dapat membuat perjanjian apa saja, namun ada pengecualiannya yaitu sebuah perjanjian tidak boleh bertentangan dengan perundang-undangan ketertiban umum, moral dan kesusilaan.

Hukum kontrak mengenal beberapa asas penting, antara lain:

1) Asas Kebebasan Berkontrak

Hukum perjanjian yang menganut sistem terbuka memberikan kebebasan berkontrak dan karenanya dapat dimungkinkan pembuatan suatu perjanjian yang mengikat para pihak dalam perjanjian tersebut sebagai undang-undang. Pasal 1338 ayat (1) BW menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka

yang membuatnya.¹⁷ Asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk:

- a) Membuat atau tidak membuat perjanjian
 - b) Mengadakan perjanjian dengan siapapun
 - c) Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya
 - d) Menentukan bentuknya perjanjian yaitu tertulis dan lisan.
- 2) Asas Konsensualisme

Asas ini mempunyai arti bahwa suatu perjanjian lahir sejak detik tercapainya kesepakatan antara kedua belah pihak.¹⁸

Pasal 1320 ayat (1) BW menentukan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian yaitu adanya kesepakatan kedua belah pihak.

Asas konsensualisme merupakan asas yang menyatakan bahwa perjanjian pada umumnya tidak diadakan secara formal, tetapi cukup dengan adanya kesepakatan kedua belah pihak. Kesepakatan merupakan persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak.

¹⁷ H Salim HS, 2001, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 157-160.

¹⁸ P.N.H. Simanjuntak, 2017, *Hukum Perdata Indonesia*, Kencana, Jakarta, hlm. 286.

3) Asas Kekuatan Mengikat (*Pacta Sunt Servanda*)

Asas *Pacta Sunt Servanda* berhubungan dengan akibat perjanjian. Hal ini dapat disimpulkan berdasarkan Pasal 1338 ayat (1) BW yang menyatakan bahwa perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang, bagi mereka yang membuatnya. Artinya, para pihak harus mentaati dan melaksanakan kewajiban-kewajiban (prestasi) dalam perjanjian, sebagaimana mereka mentaati undang-undang.

4) Asas Itikad Baik (*Goede Trouw*)

Pasal 1338 ayat (3) BW berbunyi bahwa suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Asas itikad baik merupakan asas di mana para pihak, yaitu pihak kreditur dan debitur harus melaksanakan substansi kontrak berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh atau kemauan baik dari para pihak. Asas itikad baik dibagi menjadi dua macam, yaitu itikad baik nisbi yaitu orang memperhatikan sikap dan tingkah laku nyata dari subjek. Kedua, itikad baik mutlak yaitu penilaian terletak pada akal sehat dan keadilan, dibuat ukuran yang objektif untuk menilai keadaan (penilaian tidak memihak) menurut norma-norma yang objektif.

5) Asas Kepribadian (Personalitas)

Asas kepribadian merupakan asas yang menentukan bahwa seseorang isi perjanjian hanya mengikat pihak-pihak secara personal, tidak mengikat pihak-pihak lain yang tidak memberikan kesepakatannya. Pasal 1315 BW yaitu menyatakan bahwa pada umumnya tak seorang dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji dari pada untuk dirinya sendiri. Pasal 1340 BW juga berbunyi bahwa suatu perjanjian hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya.

Perjanjian menurut jenisnya dibagi menjadi dua (2) macam, yaitu:

1) Perjanjian *Nominaat*

Perjanjian ini merupakan perjanjian yang dikenal dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Hal-hal yang termasuk dalam perjanjian *nominaat* adalah jual-beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, hibah, pinjam pakai, pinjam-meminjam, pemberian kuasa, penangguhan hutang, perdamaian, dan lain-lain.

2) Perjanjian *Innominaat*

Perjanjian ini adalah perjanjian yang timbul, tumbuh, dan berkembang di masyarakat. Jenis perjanjian ini belum

dikenal pada saat BW diundangkan, salah satunya adalah perjanjian *Nominee*.¹⁹

b. Tinjauan mengenai *Nominee Share Arrangement*

Istilah *Nominee* dapat ditemukan dalam kamus yang pada dasarnya memberikan pengertian yang sama. Secara umum, *nominee* dapat diartikan sebagai berikut:

- “1. One who has been nominated to an office or for a candidacy; or
2. A person organization in whose name a security is registered though true ownership is held by another party.”²⁰

Definisi lain yang diberikan oleh kamus dalam hubungannya dengan suatu transaksi bisnis yang menggunakan konsep *nominee* adalah *Person or firm into whose name securities or other properties are transferred in order to facilitate transactions, while leaving the customer as the actual owner*²¹, yang berarti *nominee* merupakan suatu pihak yang ditunjuk oleh pihak lain untuk bertindak mewakili untuk dan atas nama pihak yang menunjuk *nominee* tersebut. Pengertian *nominee* menurut *Black’s Law Dictionary* adalah sebagai berikut:

- “1. A person who proposed for an office, membership, award or like title, or status. An individual seeking nomination, election or appointment is a candidate. A candidate for election becomes a *nominee* after being formally nominated.

¹⁹ H Salim HS, 2006, *Perkembangan Hukum Kontrak di luar BW*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 1.

²⁰ <https://www.thefreedictionary.com/nominee>, diakses 2 Agustus 2018.

²¹ <https://www.investopedia.com/terms/n/nominee.asp>, diakses 2 Agustus 2018.

2. *A person designated to act in place of another usually in a very limited way.*

3. *A party who holds bare legal title for the benefit of others or who receives and distributes funds for the benefit of others.*²²

Pengertian *Nominee trust* adalah:

“1. A trust which the beneficiaries have the power to direct the trustee’s actions regarding the trust property.

*2. An arrangement for holding title to real property under which one or more persons or corporations, under a written declaration of trust, declare that they will hold any property that they acquire as trustees for one or more undisclosed beneficiarie. Also termed realty trust”.*²³

Penjelasan mengenai *nominee* di atas, secara harfiah, mempunyai dua arti yang berbeda. Pertama, *nominee* merujuk pada suatu usulan, atau nominasi kandidat atau calon untuk menduduki suatu jabatan tertentu, untuk memperoleh suatu penghargaan tertentu, atau untuk jenis-jenis pencalonan lainnya. Kedua, *nominee* memberikan pengertian sebagai seseorang yang mewakili kepentingan pihak lain. Pengertian yang kedua ini membedakan seorang *nominee* dari seorang pemberi kuasa, dalam keadaan di mana *nominee* menjadi pemilik dari suatu benda, termasuk kepentingan atau hak yang lahir dari suatu perikatan, yang berada dalam pengurusannya, sedangkan pemberi kuasa tidak pernah

²² Bryan A, Garner, 1999, *Black’s Law Dictionary*, Seventh Edition, West group, St. Paul, hlm. 1072.

²³ *Ibid*, hlm. 1550.

menjadi pemilik dari benda, termasuk kepentingan, yang diurus oleh *nominee* ini.²⁴

Konsep *nominee* mengenal melahirkan dua jenis kepemilikan, yaitu pihak *nominee* yang tercatat dan diakui secara hukum (*legal owner/juridische eigendom*) dan pihak investor asing sebagai pemilik yang sebenarnya, yang menikmati keuntungan berikut kerugian yang timbul dari benda yang dimiliki oleh *nominee* (*economische eigendom*). *Nominee* secara *de jure* adalah pemegang hak yang sah atas benda tersebut, yang tentunya memiliki hak untuk mengalihkan, menjual, membebani, menjaminkan serta melakukan tindakan apapun atas benda yang bersangkutan, sedangkan pihak investor asing secara *de facto* tidak diakui sebagai pemilik atas benda secara hukum. Pembentukan suatu *nominee* dapat dilakukan dengan 2 (dua) cara, yaitu:

1) *Nominee* Langsung (*Direct Nominee*)

Pembentukan *nominee* secara langsung dibentuk dengan cara membuat dan menandatangani *nominee agreement* antara investor asing dan *nominee* dalam satu perjanjian. Perjanjian tersebut mengatur secara tegas dan jelas mengenai pemberian kepercayaan dan kewenangan dari investor asing

²⁴ Gunawan Widjaja, 2008, *Nominee Shareholders Dalam Perspektif UU Perseroan Terbatas Baru dan UU Penanaman Modal Baru Serta Permasalahannya Dalam Praktik* dalam *Jurnal Hukum dan Pasar Modal* Volume III Edisi 4, hlm. 43.

kepada *nominee* untuk melakukan kegiatan atau bisnis tertentu atas perintah dan kepentingan investor asing. Kepemilikan saham yang menggunakan konsep *nominee*, pada umumnya, hanya mencatat nama dan identitas diri dari pihak *nominee* sebagai pemilik sah dalam daftar pemegang saham perusahaan. Nama dan identitas diri dari pihak investor asing tidak muncul dalam bentuk apapun juga dalam daftar pemegang saham perusahaan. Akibat digunakannya nama serta identitas dari *nominee* sebagai pihak yang tercatat secara hukum menyebabkan pihak investor asing memberikan kompensasi dalam bentuk *nominee fee*. Jumlah dari *nominee fee* tersebut berdasarkan kesepakatan bersama antara *nominee* dan investor asing, yang kemudian dituangkan dalam bentuk suatu perjanjian tertulis yang ditandatangani oleh *nominee* dan investor asing sebagai suatu bentuk persetujuan. *Nominee agreement* juga mengatur mengenai ketentuan-ketentuan yang mewajibkan dan/atau melarang *nominee* untuk melakukan sesuatu hal yang berkaitan dengan penggunaan konsep *nominee*.

2) *Nominee* Tidak Langsung (*Indirect Nominee*)

Nominee ini tidak dibentuk dari *nominee agreement* yang secara tegas dan jelas memberikan kepercayaan dan

kewenangan dari investor asing kepada *nominee*. Terdapat beberapa perjanjian dan kuasa, selain *nominee agreement*, yang biasanya ditandatangani oleh pihak *nominee* dan pihak investor asing sebagai komponen pendukung. Perjanjian dan kuasa-kuasa tersebut dibutuhkan untuk memberikan kepastian ataupun perlindungan kepada investor asing sebagai pemilik sebenarnya atas saham yang dimiliki oleh *nominee* secara hukum. Perjanjian-perjanjian inilah yang apabila dihubungkan satu sama lain akan menghasilkan *nominee* saham, yang kemudian disebut sebagai *Nominee Share Arrangement*. Investor asing dapat mengendalikan *nominee* untuk melakukan tindakan atau kegiatan bisnis tertentu atas perintah dan kepentingan investor asing dengan menggunakan akta-akta yang dibuat baik secara notaril maupun di bawah tangan, antara lain seperti:

- a) Akta Perjanjian Kredit (*Loan Agreement*) antara *principal investor* selaku kreditur dan *nominee shareholder*, di mana pinjaman tersebut akan digunakan oleh debitur untuk membayar setoran modal saham pada perusahaan yang dimaksud;
- b) Perjanjian Gadai Saham (*Pledge of Share Agreement*) antara *principal investor* selaku penerima gadai (*pledgee*) dan *nominee shareholder* (*pledgor*), di mana saham yang diterbitkan atas setoran yang dilakukan dengan menggunakan uang pinjaman tersebut digadaikan oleh *nominee shareholder* kepada *principal investor*;

- c) Perjanjian Cessi atas Dividen antara *principal investor* dan *nominee shareholder*, di mana hak atas dividen yang dibagikan oleh perusahaan kepada *nominee shareholder* selaku pemegang saham dialihkan kepada *principal investor*;
- d) Surat Kuasa Mutlak untuk RUPS, di mana *nominee shareholder* selaku pemegang saham pada perusahaan tersebut memberikan kuasa mutlak kepada *principal investor* untuk dapat meminta diadakannya RUPS, menghadiri, dan mengeluarkan suara (*Power of Attorney to Vote*) dalam RUPS perusahaan yang bersangkutan;
- e) Surat Kuasa Mutlak untuk Menjual Saham (*Sale And Purchase of and Attorney to Sell Shares*) yang diberikan oleh *nominee shareholder* kepada *principal investor*, di mana dalam hal terjadi kejadian tertentu *principal investor* dapat menjual saham-saham yang dimiliki oleh *nominee shareholder*.²⁵

Praktik pemilikan saham pinjam nama antara *principal investor* dan *nominee shareholder* di Indonesia biasanya tidak dilakukan dengan menandatangani *nominee agreement* atau *nominee statement*, tetapi dengan melakukan *nominee arrangement*. *Nominee share arrangement* dilakukan dengan menggunakan seperangkat dokumen dan perjanjian yang dikenal secara umum dalam pranata hukum Indonesia, sebagaimana diatur dalam BW.²⁶ *Nominee Share Arrangement* lahir dari adanya asas kebebasan berkontrak dalam hukum perjanjian, dan karenanya termasuk perjanjian yang tidak diatur di dalam undang-undang karena belum terdapat

²⁵ David Kairupan, *Op. Cit.*, hlm. 92-93.

²⁶ *Ibid*, hlm. 92.

pengaturan secara khusus mengenai konsep *nominee*. *Nominee share arrangement* secara implisit memiliki unsur-unsur sebagai berikut:

- a) Adanya perjanjian pemberian kuasa antara dua pihak, yaitu investor asing sebagai pemberi kuasa dan *Nominee* sebagai penerima kuasa yang didasarkan pada adanya kepercayaan dari investor asing kepada *Nominee*.
- b) Kuasa yang diberikan bersifat khusus dengan jenis tindakan hukum yang terbatas.
- c) *Nominee* bertindak seakan-akan (*as if*) sebagai perwakilan dari investor asing di depan hukum.

3. Investor Asing dalam Penanaman Modal Asing

Penanaman modal berdasarkan Pasal 1 angka (1) Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal, yang selanjutnya disebut dengan UUPM, diartikan sebagai segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah Negara Republik Indonesia. Berdasarkan ketentuan pada Pasal 1 angka (4) UUPM, penanaman modal ditinjau dari aspek permodalan terbagi atas penanaman modal asing (PMA) dan penanaman modal dalam negeri (PMDN). Penanaman modal

dalam negeri sesuai dengan Pasal 1 angka (2) UUPM adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah Negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal dalam negeri dengan menggunakan modal dalam negeri. Penanaman modal asing berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka (3) UUPM adalah:

“Kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah Negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya, maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri.”

Ketentuan Pasal 1 angka (5) dan (6) UUPM berturut-turut menyebutkan bahwa penanam modal dalam negeri adalah Warga Negara Indonesia, badan usaha Indonesia, Negara Republik Indonesia, atau daerah yang melakukan penanaman modal di wilayah Negara Republik Indonesia, sedangkan penanam modal asing adalah warga negara asing, badan usaha asing, dan/atau pemerintah asing yang melakukan penanaman modal di wilayah Negara Republik Indonesia. Penanaman modal asing (*foreign investment*) dapat dilakukan dengan membentuk PT (PMA) langsung yang 100% sahamnya dikuasai asing, serta PT (PMA) patungan (*joint venture*) yang minimum saham nasionalnya sebesar 5% pada saat pendirian, di mana terdapat penggabungan antara modal yang sumbernya berasal dari luar negeri (*foreign capital*) dan modal yang sumbernya berasal dari dalam negeri (*domestic capital*).

B. Pengaturan Hukum mengenai *Nominee Share Arrangement*

1. Menurut Undang-undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal lahir pada tahun 2007 dalam rangka mengatasi perkembangan dunia investasi di Indonesia, termasuk mengatur mengenai larangan *nominee* yang belum diatur dalam regulasinya yang terdahulu, yaitu Undang-Undang No. 1 Tahun 1967 Tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-Undang No. 6 Tahun 1968 Tentang Penanaman Modal Dalam Negeri. Pasal-pasal dalam UUPM baru yang dapat diartikan sebagai larangan dilakukannya praktik *nominee* yaitu:

a. Pasal 33 ayat (1) yang menyatakan bahwa:

“Penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing yang melakukan penanaman modal dalam bentuk Perseroan Terbatas dilarang membuat perjanjian dan/atau pernyataan yang menegaskan bahwa kepemilikan saham dalam Perseroan Terbatas untuk dan atas nama orang lain.”

b. Pasal 33 ayat (2) menyatakan bahwa:

”Dalam hal penanaman modal dalam negeri dan penanaman modal asing membuat perjanjian dan/atau pernyataan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), perjanjian dan/atau pernyataan itu dinyatakan batal demi hukum.”

2. Menurut Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1995 merupakan Undang-Undang Perseroan Terbatas lama di mana ketentuan-ketentuan yang diatur

dalam undang-undang tersebut telah menjadi celah bagi investor asing untuk berupaya menghindar dari batasan-batasan kepemilikan saham oleh investor asing yang telah diatur oleh Pemerintah Indonesia dengan membuat perjanjian *nominee*. Hal ini menjadi kekosongan norma karena sebelumnya memang belum ada aturan khusus terkait praktik *nominee* yang marak terjadi ini, oleh karena itu, pada tahun 2007 disahkanlah Undang-undang Perseroan Terbatas yang baru yaitu Undang-undang No. 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas yang menyatakan bahwa praktik *nominee* dilarang dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, meskipun di dalam UUPT baru tersebut tidak ada larangan tegas mengenai pemegang saham *nominee*, namun larangan pemegang saham *nominee* itu dapat tersirat dan diartikan dari Pasal-pasal Undang-Undang Perseroan Terbatas, yaitu:

- a) Pasal 48 ayat (1) yang menyatakan bahwa saham Perseroan dikeluarkan atas nama pemiliknya. Arti dari pasal tersebut adalah bahwa Perseroan hanya diperkenankan mengeluarkan saham atas nama pemiliknya dan Perseroan tidak boleh mengeluarkan saham atas tunjuk, atau dengan kata lain saham tersebut dinominasikan atas nama pemilik yang bukan merupakan pemilik sebenarnya.
- b) Pasal 52 ayat (4) yang menyatakan bahwa setiap saham memberikan kepada pemiliknya hak yang tidak dapat dibagi. Hal

ini berarti konsep kepemilikan saham dalam UUPT merupakan saham kepemilikan mutlak (*dominium plenum*). Pasal tersebut sebenarnya secara tidak langsung merupakan pelarangan tentang penggunaan *nominee*, di mana berdasarkan ketentuan ini para pemegang saham tidak diperkenankan membagi-bagi hak atas 1 (satu) saham menurut kehendaknya sendiri, serta UUPT yang hanya mengenal satu orang pemegang saham dengan segala hak, kewajiban, tugas, dan tanggung jawab yang melekat padanya sebagai pemegang saham mutlak berarti menutup kemungkinan lahirnya *nominee* pemegang saham.

C. Hasil Penelitian

1. Faktor Masuknya Konsep Nominee di Indonesia

Konsep *nominee* atau kadang disebut konsep *trust* tidak dikenal dalam sistem hukum *Civil Law* yang berlaku di Indonesia.²⁷ *Trusts* yang pada mulanya dikatakan khas tradisi hukum *Common Law*, kepemilikan secara absolut dipecah menjadi kepemilikan yang terdaftar dalam hukum atau disebut dengan *legal owner* dan kepemilikan secara kemanfaatan atau kenikmatan dari benda atau disebut *beneficial owner*.²⁸ Masuknya konsep *nominee* yang berasal dari *Common Law* dalam Indonesia yang

²⁷ Bryan A, Garner, *Op. Cit.*, hlm. 1513.

²⁸ Gunawan Widjaja, 2013, *Pentingnya Pengaturan Trust dalam Institusi di luar Pasar Modal*, Ed.18, *Buletin Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal*, Jakarta, hlm 7.

menggunakan sistem hukum *Civil Law* disebabkan adanya hubungan lintas negara yang menyebabkan adanya interaksi antara masyarakat Indonesia dengan orang-orang luar yang tunduk pada sistem hukum yang berbeda dengan hukum yang berlaku di Indonesia.²⁹ Berikut ini merupakan 2 (dua) faktor yang mendasari penggunaan konsep *nominee* di Indonesia:

a. Faktor Regulasi

Kegiatan penanaman modal asing di suatu negara dibatasi oleh peraturan-peraturan dari negara asal investor asing tersebut (*governance by the home nation*), negara tuan rumah di mana investor asing menanamkan modalnya (*governance by the host nation*), dan juga hukum internasional yang terkait (*governance by multi nation organization and international law*).³⁰ Mengingat semakin menjamurnya investasi yang dilakukan di Indonesia yang akhirnya menyebabkan pemerintah harus memprioritaskan proyek-proyek tertentu guna melindungi kepentingan nasional, mengakibatkan Indonesia harus memanifestasikan beberapa pembatasan-pembatasan antara lain melalui pengaturan daftar bidang-bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan di bidang

²⁹ Kartini Muljadi, 1994, *Hukum Kontrak Internasional dan Pengaruhnya Terhadap Perkembangan Hukum Nasional*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Jakarta, hlm. 19.

³⁰ Ralph H. Folsom, dkk, 2005, *Principles of International Business Transactions, Trade, & Economic Relations*, St. Paul: Thomson West, hlm. 557.

penanaman modal atau sering disebut sebagai *investment negative list* atau daftar negatif investasi (DNI). Daftar Negatif Investasi (DNI) adalah sektor baik yang tertutup secara keseluruhan atau sebagian untuk investor asing ataupun investor dalam negeri. Sesuai dengan ketentuan Pasal 12 dan Pasal 13 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal sebagai basis aturan, maka Pemerintah mengeluarkan Peraturan Presiden yang mengatur mengenai Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan yang Terbuka dengan Persyaratan, yaitu Peraturan Presiden Nomor 44 Tahun 2016.

Semua bidang usaha pada dasarnya terbuka bagi kegiatan penanaman modal, kecuali bidang usaha yang atau jenis usaha yang dinyatakan tertutup dan terbuka dengan persyaratan. Batasan-batasan yang dikonstruksi dalam rangka membatasi masuknya investasi asing seperti penyusunan kriteria Daftar Negatif Investasi serta mekanisme bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan yang disebutkan dalam Peraturan Presiden Nomor 44 Tahun 2016, adalah batasan efektif yang dapat melindungi kepentingan nasional. Berdasarkan Pasal 1 ayat (1) Perpres 36/2010, Bidang usaha yang tertutup adalah bidang usaha tertentu yang dilarang diusahakan sebagai kegiatan penanaman modal. Penetapan ini didasarkan pada kriteria kesehatan, moral,

kebudayaan, lingkungan hidup, pertahanan dan keamanan nasional, serta kepentingan nasional lainnya. Bidang-bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal sebagaimana diatur dalam Lampiran I Perpres 36/2010, antara lain mencakup bidang usaha budidaya ganja, perjudian/kasino, dan industri minuman mengandung alkohol. Selanjutnya, Pasal 12 ayat 2 Undang-Undang No.25 tahun 2007 (UUPM) menetapkan beberapa bidang usaha yang dilarang bagi penanaman modal asing karena dianggap menduduki peranan penting dalam pertahanan Negara, seperti:

- 1) produksi senjata, mesiu, alat peledak, dan peralatan perang; dan
- 2) bidang usaha yang secara eksplisit dinyatakan tertutup berdasarkan Undang-Undang.

Berdasarkan Pasal 2 ayat (1) Perpres 36/2010, bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan adalah bidang usaha tertentu yang dapat diusahakan sebagai kegiatan penanaman modal dengan syarat tertentu, yaitu bidang usaha yang dicadangkan untuk Usaha mikro, Kecil, Menengah dan Koperasi, bidang usaha yang dipersyaratkan dengan kemitraan, bidang usaha yang dipersyaratkan kepemilikan modalnya, bidang usaha yang dipersyaratkan dengan lokasi tertentu, dan bidang usaha yang dipersyaratkan dengan perizinan khusus. Peraturan mengenai

bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan untuk penanaman modal didasarkan pada kriteria kepentingan nasional, yaitu perlindungan sumber daya alam, perlindungan, pengembangan Usaha mikro, Kecil, Menengah, dan Koperasi, pengawasan produksi dan distribusi, peningkatan kapasitas teknologi, partisipasi modal dalam negeri, serta kerja sama dengan badan usaha yang ditunjuk Pemerintah.

Bidang-bidang yang terbuka dan tertutup sebagian selalu mengikuti perkembangan dan dinamika kebutuhan negara Republik Indonesia, bahwa dengan Peraturan Presiden masih dimungkinkan untuk ditambah bidang-bidang usaha yang dinyatakan tertutup bukan saja bagi penanam modal asing, tetapi juga penanam modal dalam negeri. Sebaliknya, Peraturan Presiden tidak dapat mengurangi atau mengubah suatu bidang usaha menjadi terbuka bagi penanaman modal asing untuk bidang-bidang usaha yang oleh atau berdasarkan undang-undang secara eksplisit dinyatakan sebagai bidang usaha yang tertutup. Terhadap bidang usaha yang dimaksud, dengan kata lain, hanya dapat dilakukan perubahan dengan undang-undang, bukan dengan Peraturan Presiden. Perubahan yang dapat dilakukan dengan menggunakan instrumen hukum Peraturan Presiden hanya perubahan suatu bidang usaha yang dinyatakan tertutup oleh Peraturan Presiden

menjadi terbuka, bukan yang dinyatakan tertutup oleh undang-undang. Walaupun pemerintah telah banyak mengeluarkan peraturan yang membatasi penanaman modal asing, namun seringkali ditemukan praktik kepemilikan modal atau saham secara *nominee* dalam suatu perusahaan di Indonesia. Penggunaan konsep *nominee* dalam kepemilikan saham oleh pihak asing adalah untuk mencari jalan keluar dari pembatasan-pembatasan yang ditetapkan oleh pemerintah. Pihak asing yang menunjuk pihak Indonesia sebagai *nominee* tentunya memiliki kepentingan komersial tertentu, yaitu mendapatkan keuntungan-keuntungan dengan melakukan investasi dalam bidang usaha yang tertutup bagi investasi di Indonesia. Kepentingan komersial tersebut dapat tercapai apabila keberadaan maupun identitas pihak asing sebagai pihak yang sebenarnya memiliki saham tidak diketahui oleh khalayak umum ataupun pemerintah Indonesia. Penggunaan konsep *nominee* dalam hal ini dapat membantu merahasiakan identitas pemilik saham sebenarnya karena nama dan identitas yang tercatat sebagai pemilik dari saham tersebut adalah nama dan identitas dari pihak *nominee* yang ditunjuk.

b. Penggunaan *Nominee* oleh Investor Asing sebagai Upaya dalam Penguasaan Asset

Corporate game dapat dikatakan sebagai permainan korporasi yakni sebagai strategi atau cara yang digunakan oleh investor asing untuk menguasai asset di Indonesia. Berbagai cara untuk menyiasati hal tersebut ialah sebagai berikut:

- 1) Apabila investor asing tertarik menanamkan modalnya di Indonesia dengan bidang usaha yang ia inginkan, namun terbentur oleh batas kepemilikan saham asing yang diatur di dalam daftar negatif investasi (DNI). Kasus yang sering terjadi adalah ketika investor asing tidak diperbolehkan memiliki saham melebihi 49% saham, maka melalui perjanjian pinjaman, investor asing memberikan pinjaman kepada badan hukum Indonesia/warga negara Indonesia sebesar 51% dan guna menjamin pemenuhan kewajiban pengembalian pinjaman tepat waktu sesuai perjanjian. Badan hukum Indonesia/WNI dalam hal ini menjamin 21% dari saham yang dipinjamkan tersebut kepada investor asing yang meminjamkan. Dengan adanya jaminan dari Badan hukum Indonesia/WNI tersebut investor asing memberikan kuasa kepada *counterparts* atau pihak penyeimbang untuk dapat menghadiri rapat, mengambil

keputusan juga kuasa untuk menjual saham tersebut sebesar presentasi yang dijamin, sesuai syarat dan ketentuan yang tertuang dalam perjanjian jaminan tersebut. Perjanjian pinjaman antara investor asing dan WNI sering juga dijamin melalui perjanjian pengalihan deviden dari investor asing kepada *counterparts*, sehingga dalam hal ini investor asing secara kepemilikan tetap memegang saham tersebut. Akan tetapi hak-hak yang melekat pada saham tersebut telah dialihkan atau diserahkan kuasanya kepada *counterparts*.

- 2) Apabila investor asing bukan menjadi pemegang saham mayoritas, yakni dengan komposisi kepemilikan saham asing 30 %, lokal A 30% dan lokal B 40 %. Mayoritas juga dimiliki oleh pemegang saham Indonesia dan demi menyiasati penguasaan asset, investor asing menjalin kerjasama dengan pemegang saham minoritas untuk menentukan jumlah kuorum yang diinginkan. Karena ketentuan mengenai syarat kuorum ditentukan oleh masing-masing anggaran dasar perseroan. Namun secara umum, kuorum kehadiran RUPS pada umumnya adalah 2/3. Kuorum adalah hal terpenting dalam melaksanakan

voting.³¹ Untuk itu, demi mencapai *voting power* (kekuasaan hak suara), investor asing bekerja sama dengan pemegang saham minoritas untuk mengajukan kuorum 71%. Sehingga secara langsung investor asing dapat memperoleh suara terbanyak, hal demikian biasa disebut sebagai *voting power/right* dalam rapat umum pemegang saham. Seiring dengan adanya peningkatan jumlah pendirian PT Lokal yakni PT biasa dan PT PMA/PT.PMDN.³² Praktik *nominee* dalam PT Biasa/PT.PMA/PT.PMDN ini dapat mempengaruhi penguasaan asset oleh investor asing di Indonesia. Bagaimana tidak, ketika investor asing hanya dibolehkan memiliki 2 asset, dengan adanya *nominee*, mereka dapat memperoleh 5 asset atau bahkan lebih. Meskipun terdaftar secara hukum asset tersebut milik *nominee*, namun pada kenyataannya, asset tersebut adalah milik investor asing dan berada dalam penguasaannya.

³¹ Sentosa Sembiring, 2012, *Hukum Perusahaan Tentang Perseroan Terbatas*, Penerbit Nuasa Aulia, Bandung, hlm. 66.

³² <http://strategihukum.net/nominee-dalam-hukum-indonesia-sudah-tepatkah-dilarang>, diakses 8 November 2018.

2. Tinjauan Hukum Praktik Pemberian Kuasa Penanaman Modal Asing (*Nominee Arrangement*) Terhadap Larangan Pembuatan Perjanjian Pemilikan Saham Pinjam Nama (*Nominee Agreement*)

a. *Nominee Arrangement* menurut BW

Perkembangan konsep *nominee* dapat dengan masuk dan diterapkan di Indonesia dikarenakan Buku III BW yang mengatur mengenai perjanjian tersebut menganut sistem terbuka (*open system*) dan asas kebebasan berkontrak. Adanya sistem terbuka dan asas kebebasan berkontrak yang dianut dalam hukum perjanjian di Indonesia, yang disematkan dalam Pasal 1338 ayat (1) BW, membuat para pihak yang membuat perjanjian menjadi bebas untuk mengadakan perjanjian dengan pihak manapun, bebas menentukan syarat, pelaksanaannya, dan bentuk kontrak.³³ Selain itu, menurut Gunawan Widjadja, ada dan berlakunya Pasal 1317 BW yang mengatur mengenai perjanjian untuk pihak ketiga yang sekilas memiliki pola yang sama dengan konsep *nominee*, menyebabkan semakin mudah untuk diterima dan dipraktikannya konsep *nominee* dalam hukum kebendaan dan kekayaan di

³³ H Salim HS, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, Op. Cit., hlm. 1.

Indonesia.³⁴ Akan tetapi, asas kebebasan berkontrak para pihak dalam membuat perjanjian tidaklah memiliki makna yang mutlak.

Pembatasan yang terdapat dalam asas kebebasan berkontrak adalah batasan terhadap keabsahan suatu perjanjian dan batasan terhadap isi suatu perjanjian (dalam arti batasan tersebut dapat dipakai sebagai dasar oleh para pihak yang membuatnya untuk mengubah dan/atau melengkapi isi perjanjian). Batasan yang menyangkut keabsahan perjanjian mengandung arti bahwa suatu perjanjian dianggap sah oleh para pihak yang membuatnya apabila dalam pembuatan perjanjian tersebut telah memenuhi keempat unsur yang disyaratkan oleh ketentuan Pasal 1320 BW, sedangkan batasan yang mengenai isi perjanjian dapat dilihat dalam ketentuan pasal 1339 BW, yaitu bahwa persetujuan tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang secara tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh keputusan, kebiasaan, dan undang-undang. Perbuatan hukum dibatasi akibat hukumnya oleh tiga hal, yaitu jika dilarang oleh undang-undang, bertentangan dengan kesusilaan,

³⁴ Gunawan Widjaja, *Loc. Cit.* (Gunawan Widjaja, *Nominee Shareholders Dalam Perspektif UUPT Baru dan UU Penanaman Modal Baru Serta Permasalahannya Dalam Praktik*, dalam Jurnal Hukum dan Pasar Modal (Volume III Edisi 4, Agustus-Desember 2008)

atau ketertiban umum.³⁵ Dengan demikian, dapat ditarik kesimpulan bahwa *nominee agreement* adalah perjanjian yang mendasari penggunaan konsep *nominee* yang lahir dari terdapatnya asas kebebasan berkontrak dan asas kekuatan mengikat. Ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam *nominee agreement* mengikat para pihak yang membuatnya sebagai undang-undang.

Eksistensi *trusts* yang berada dalam lapangan hukum harta kekayaan, memperoleh dasar pijakan pada janji untuk kepentingan pihak ketiga yang diatur dalam Pasal 1317 BW. Dari ketentuan Pasal 1317 BW tersebut dapat terjadi suatu keadaan di mana:

- 1) seseorang berjanji untuk dirinya sendiri bahwa ia menyerahkan hak milik atas suatu benda kepada orang lain, dengan ia sendiri tetap sebagai orang yang tetap memperoleh kenikmatan, baik dalam bentuk hak perseorangan maupun hak kebendaan yang bersifat terbatas – *jura in re-aliena* (misalnya dalam bentuk hak pakai hasil);
- 2) seseorang berjanji untuk dirinya sendiri bahwa ia menyerahkan hak perseorangan maupun hak kebendaan yang bersifat terbatas – *jura in re-aliena* yang memberikan kenikmatan atas benda tersebut (misalnya hak pakai hasil dalam hak kebendaan) secara cuma-cuma, dengan ia sendiri tetap sebagai pemegang hak milik atas benda tersebut;
- 3) seseorang menyerahkan hak milik atas suatu benda kepada orang lain, dengan janji kepada orang lain, bahwa hak perseorangan tertentu maupun hak kebendaan yang bersifat terbatas – *jura in re-aliena* yang memberikan kenikmatan atas benda tersebut (misalnya hak pakai hasil dalam hak

³⁵ Herlien Budiono, 2008, *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata di Bidang Kenotariatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 148.

kebendaan) – atas benda tersebut diserahkan kepada pihak lainnya secara cuma-cuma;³⁶

Pasal 1317 BW merupakan Pasal yang mengesampingkan Pasal 1315 BW yang menerangkan bahwa seseorang yang membuat perjanjian tidak dapat mengatasnamakan orang lain, dalam arti menanggung kewajiban dan yang memperoleh hak dari perjanjian itu hanya pihak yang melakukan perjanjian itu saja. Namun, ketentuan tersebut boleh dikesampingkan jika ada kuasa dari orang yang diatasnamakan, demikian pula dikecualikan jika terjadi janji untuk kepentingan pihak ketiga sebagaimana dalam Pasal 1317 BW.

Terkait dengan ketentuan Pasal 1317 BW, perlu dipahami kembali bahwa meskipun janji untuk kepentingan pihak ketiga ini seringkali dikatakan merupakan pengecualian terhadap berlakunya asas personalia dalam suatu perjanjian, namun keabsahan dari perjanjian untuk kepentingan pihak ketiga ini tidak dapat dipisahkan dari syarat-syarat sah nya perjanjian menurut Pasal 1320 BW. Dalam hubungannya dengan syarat-syarat sah nya perjanjian menurut Pasal 1320 BW, telah diketahui secara umum bahwa salah satu syarat objektif dari adanya perjanjian yang sah

³⁶ Gunawan Widjaja, *Op.Cit.*, hlm. 75. (Gunawan Widjadja, *Nominee Shareholders Dalam Perspektif UUPT Baru dan UU Penanaman Modal Baru Serta Permasalahannya Dalam Praktik*, dalam Jurnal Hukum dan Pasar Modal (Volume III Edisi 4, Agustus-Desember 2008)

adalah keberadaan dari suatu sebab atau kausa yang halal. Keberadaan dari kausa yang halal sendiri selanjutnya dijabarkan dalam Pasal 1337 BW yang memberikan rumusan atau batasan negatif. Perjanjian yang dibuat tanpa adanya sebab yang halal maka perjanjian tersebut tidak sah, tidak berkekuatan hukum. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1335 BW yang menyatakan suatu perjanjian tanpa sebab atau yang telah dibuat karena suatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan. Kausa suatu perjanjian dinyatakan bukan merupakan sebab yang halal sehingga terlarang apabila kausa tersebut menurut Pasal 1337 BW merupakan kausa yang dilarang oleh undang-undang atau berlawanan baik dengan kesusilaan maupun ketertiban umum. Perjanjian seperti ini tidak boleh atau tidak dapat dilaksanakan sehingga perjanjian semacam itu dengan sendirinya batal demi hukum. Selain itu, Pasal 1319 BW mengatur bahwa semua perjanjian baik yang bernama maupun yang tidak bernama tunduk pada peraturan-peraturan umum yang termuat dalam Bab kesatu dan Bab kedua buku III BW, sehingga meskipun perjanjian *nominee* tidak dikenal dalam BW, namun dalam pelaksanaannya perjanjian *nominee* harus tunduk pada ketentuan-ketentuan dalam Buku III BW termasuk asas-asas yang terkandung dalam BW yang berkaitan dengan hukum perjanjian.

Semua objek perjanjian pada dasarnya adalah halal atau diperbolehkan untuk dituntut pemenuhan atau pelaksanaannya di hadapan hukum, kecuali jika perjanjian tersebut mengandung hal-hal yang melanggar undang-undang, tidak diperkenankan atau tidak diperbolehkan untuk dilaksanakan karena bertentangan dengan kesusilaan atau ketertiban umum. Dalam hal yang demikian, maka perjanjian tersebut tidaklah batal demi hukum, akan tetapi perjanjian tersebut hanyalah melahirkan suatu perikatan alamiah. Perikatan alamiah dalam Hukum Perdata adalah perikatan yang tidak dapat dipaksakan pemenuhannya melalui sarana hukum, namun demikian apabila perikatan tersebut dipenuhi secara sukarela, maka perikatan tersebut tetap secara alamiah lahir dan mengikat tanpa memerlukan sarana pemaksa (hukum).³⁷

Trusts di Indonesia berada dalam lapangan hukum harta kekayaan, yang meliputi juga di dalamnya hukum kebendaan karena *trusts* dapat menciptakan suatu hak kebendaan yang selanjutnya menjadi benda tersendiri dalam hukum. Jika suatu *trusts* menciptakan atau melahirkan suatu hak kebendaan, maka eksistensi dari *trusts* tersebut hanya akan diakui jika ada suatu undang-undang yang menaunginya. Tanpa pengakuan dalam bentuk undang-undang *trusts* tersebut tidaklah memperoleh pengakuannya dalam hukum.

³⁷ <https://blog.bplawyers.co.id/tag/perikatan-alamiah/>, diakses 18 November 2018.

b. *Nominee Arrangement* menurut Undang-Undang Penanaman Modal

Berkaitan dengan ketentuan Pasal 1337 BW, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal adalah undang-undang yang mengatur mengenai pembatasan kepemilikan saham asing dalam Perseroan Terbatas di Indonesia. Menurut Pasal 33 ayat (1) dan (2) UUPM, investor dalam negeri maupun asing dilarang membuat perjanjian atau pernyataan yang menegaskan bahwa kepemilikan saham dalam Perseroan untuk dan atas nama orang lain, dan apabila perjanjian atau pernyataan tersebut tetap dibuat maka dinyatakan batal demi hukum. Penjelasan mengenai Pasal tersebut menerangkan bahwa dilarangnya pembuatan perjanjian atau pernyataan tersebut adalah semata-mata bertujuan untuk menghindari terjadinya Perseroan yang secara normatif dimiliki seseorang, tetapi secara materi atau substansi pemilik Perseroan tersebut adalah orang lain.³⁸ Pasal ini tidak lain merupakan penegasan bahwa *Nominee Agreement* dilarang untuk dilakukan oleh investor dalam negeri dan investor asing dalam kepentingannya untuk melakukan penanaman modal, selain itu, ketentuan dalam Pasal ini juga secara jelas dan tegas mengimplikasikan bahwa *Nominee Agreement/Documentation*

³⁸ David Kairupan, *Op. Cit.*, hlm. 91.

memang tidak dikenal dalam sistem hukum Indonesia, di mana perbedaan antara *legal/registered owner* dan *beneficial owner* tidak dipisahkan dalam sistem hukum Indonesia.³⁹

Praktik *nominee* yang seringkali ditemukan dalam kehidupan investasi sehari-hari di Indonesia adalah pemberian surat kuasa mutlak terhadap investor asing, yang mana merupakan salah satu bentuk *Nominee Arrangement*, bukan *Nominee Agreement/Statement*. *Nominee arrangement* sebagaimana disebutkan di atas pada dasarnya dilakukan dengan menggunakan dokumen-dokumen yang dikenal dalam pranata hukum Indonesia, sebagaimana diatur dalam BW. Sebagai contoh Pasal 1754 sampai dengan Pasal 1769 mengenai perjanjian pinjam meminjam, Pasal 1150 sampai dengan Pasal 1161 mengenai gadai, Pasal 613 tentang cecis dan Pasal 1792 sampai dengan Pasal 1819 tentang pemberian kuasa.⁴⁰ Keabsahan dari surat kuasa mutlak tersebut masih menjadi perdebatan di antara para pakar hukum. Terdapat beberapa pemahaman dari pakar hukum yang menyatakan bahwa surat kuasa mutlak tidak dapat dan tidak boleh dipraktikkan karena tidak sejalan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, namun pada kenyataannya pemberian surat kuasa mutlak masih

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ David Kairupan, *Op. Cit.*, hlm. 94.

banyak dijumpai dalam transaksi-transaksi bisnis di Indonesia. Dr. Herlien Budiono, S.H. dalam bukunya Kumpulan Hukum Perdata di Bidang Kenotariatan menyimpulkan bahwa pemberian kuasa mutlak perlu disyaratkan apabila:

- 1) Pemberian kuasa tersebut merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan dari suatu perjanjian (*integrerend deel*) yang mempunyai alas (titel) hukum yang sah; dan
- 2) Kuasa diberikan untuk kepentingan penerima kuasa.⁴¹

Pemberian kuasa ini maka tidaklah bertentangan dengan pasal 33 UUPM, namun demikian keabsahan *Nominee Arrangement* tentu dapat dipertanyakan apabila ditinjau dari Pasal 1320 BW yang mengatur tentang syarat-syarat sahnya suatu perjanjian. Akibat dari tidak terpenuhinya 2 (dua) persyaratan subjektif adalah perjanjian tersebut dapat dibatalkan (*voidable*), sedangkan apabila yang tidak terpenuhi adalah 2 (dua) persyaratan objektif maka perjanjian tersebut menjadi batal demi hukum (*null and void*).⁴² Dapat dibatalkan artinya salah satu pihak dapat memintakan pembatalan itu. Perjanjiannya sendiri tetap mengikat kedua belah pihak, selama tidak dibatalkan (oleh hakim) atas permintaan pihak yang berhak meminta pembatalan tadi (pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberikan sepakatnya secara tidak bebas). Batal

⁴¹ Herlien Budiono, 2011, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011, hlm. 6.

⁴² Subekti, 1979, *Hukum Perjanjian*, Cetakan 6, Intermasa, Jakarta, hlm . 17-21.

demisi hukum artinya adalah dari semula dianggap tidak pernah ada dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada suatu perikatan. Perlu diperhatikan bahwa hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang diatur dalam akta atau perjanjian penunjukan *nominee shareholders* tersebut tidak boleh menyebabkan terjadinya pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 1337 BW. *Nominee Arrangement* yang dilakukan dalam rangka penghindaran suatu pembatasan kepemilikan modal asing dalam *Negative List* dapat dikategorikan sebagai kesepakatan yang tidak memiliki sebab yang halal dan sah, sehingga dengan demikian batal demi hukum (*null and void*).⁴³ Keadaan batal demi hukum ini mengakibatkan bahwa dokumen *nominee* tidak mempunyai kekuatan hukum dan kedudukan para pihak akan kembali pada keadaan semula sebelum adanya dokumen pemegang saham *nominee*.

c. *Nominee Arrangement* menurut Undang-Undang Perseroan Terbatas

Keberadaan *Nominee Shareholder* atau pemegang saham *nominee* tersebut dapat dikaitkan dengan Pasal 48 ayat (1) Undang-Undang Perseroan Terbatas yang mengatur bahwa saham Perseroan dikeluarkan atas nama pemiliknya. Dengan demikian,

⁴³ David Kairupan, *Loc.Cit.*

saham tersebut harus atas nama pemegang saham yang sebenarnya, dan tidak bisa nama pemegang saham yang berbeda seperti sebagaimana pemahaman mengenai praktik *nominee* ini. Selain itu, Pasal 52 ayat (4) yang menyebutkan bahwa setiap saham memberikan kepada pemiliknya hak yang tidak dapat dibagi, serta Pasal 60 ayat (4) UUPT yang menyatakan bahwa hak suara atas saham yang diagunkan dengan gadai atau jaminan fidusia tetap berada pada pemegang saham. Kedua Pasal ini mencerminkan bahwa UUPT menganut konsep kepemilikan saham secara penuh atau mutlak (*dominium plenum*) sehingga tidak ada pembagian antara kepemilikan manfaat atau hak atas saham dengan kepemilikan saham secara terdaftar oleh pihak lainnya, sehingga saham dari suatu Perseroan merupakan satu kesatuan yang utuh, termasuk hak-hak yang melekat pada saham itu sendiri seperti halnya hak suara.

Pengaturan mengenai kepemilikan saham oleh lebih dari satu orang memang diperbolehkan menurut Undang-undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (UUPT), di mana diatur dalam Pasal 52 ayat (5) bahwa beberapa orang yang memiliki saham tersebut harus menunjuk 1 (satu) orang sebagai wakil bersama. Akan tetapi, praktik Pasal ini berbeda dengan praktik *nominee*, di mana dalam Pasal ini apabila saham dimiliki oleh

lebih dari satu orang, maka orang-orang tersebut tetap harus dicatatkan namanya sebagai menunjuk satu orang wakil untuk menggunakan hak yang timbul dari saham tersebut. Dalam kasus *nominee*, seperti yang telah dijelaskan bahwa pihak investor asing tidak tercatat namanya, yang mana hanya pihak *nominee* saja yang tercatat.

Adanya larangan untuk melakukan praktik *nominee arrangement* (pinjam nama) mengakibatkan timbulnya konsekuensi yaitu setiap penggunaan nama WNI sebagai pemilik dari saham-saham di Indonesia, WNI yang mana namanya tercantum tersebut dianggap sebagai pemilik yang sah, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 48 ayat (1) UUPA. Walaupun dibuat suatu “*counter document*” berupa Akta Pernyataan atau Akta Pengakuan dan Kuasa yang menyatakan bahwa sebenarnya si WNI tersebut hanyalah “seolah-olah pemilik” dari saham-saham yang dimaksud, dan melakukannya atas nama si WNA tersebut selaku investor asing, namun secara hukum yang diakui sebagai pemilik sah (*legal owner*) tetaplah si WNI, bukan warga negara asing (WNA) tersebut, karena “*counter document*” tersebut

dinyatakan batal demi hukum sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 33 ayat (2) Undang-Undang Penanaman Modal.⁴⁴

3. Perlindungan Hukum Bagi Investor sebagai Pemilik Saham Sebenarnya

Praktik *nominee* meskipun merupakan perjanjian yang ilegal untuk dibuat, namun pada kenyataannya masih sering ditemukan dalam kehidupan investasi di Indonesia. Perikatan memang lahir atas dasar kesepakatan, namun perikatan tidaklah selalu melahirkan perjanjian yang sah. Dalam hal terdapat ketentuan-ketentuan, khususnya hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang dalam pelaksanaannya bertentangan dengan ketentuan undang-undang yang berlaku, atau keadaan di mana pelaksanaan hak-hak dan kewajiban dalam perjanjian tersebut mengakibatkan terjadinya penyelundupan hukum terhadap hukum Indonesia, maka hak-hak dan kewajiban-kewajiban tersebut tidak dapat dituntut pelaksanaannya di Indonesia. Apabila terdapat *nominee shareholders* yang karena *nominee*-nya tersebut mengakibatkan terjadinya pelanggaran terhadap batasan kepemilikan asing yang diberikan dalam UUPM atau mengakibatkan terjadinya penyelundupan hukum terhadap UUPM, maka jelaslah *nominee shareholders* tersebut tidak diakui dan juga tidak dapat dituntut pelaksanaannya di Indonesia selain sebagai suatu

⁴⁴ Rahmi Jened, 2016, *Teori dan Kebijakan Hukum Investasi Langsung (Direct Investment)*, Kencana, Jakarta, hlm. 178-179.

perikatan alamiah.⁴⁵ Perjanjian *nominee* hanya bisa terus hidup sebagai perikatan alamiah apabila kedua belah pihak terus menerus beritikad baik dan memenuhi hak dan kewajiban masing-masing pihak secara sukarela. Apabila salah satu pihak ingkar janji terhadap kewajibannya tersebut atau dengan kata lain wanprestasi, seperti misalnya *nominee* yang mundur sebagai pemegang saham *nominee*, perjanjian *nominee* tidak memiliki kekuatan keberlakuan di hadapan hukum, dan oleh karenanya tidak ada sanksi pemaksa pihak yang ingkar janji untuk memenuhi kewajibannya. Hal ini karena suatu hal yang bertentangan dengan hukum pastilah telah menciderai syarat perjanjian yang sah secara obyektif.

Surat kuasa mutlak dan akta-akta lain sebagai pendamping dilaksanakannya praktik *nominee*, yang akrab disebut sebagai *Nominee Arrangement*, yang dibuat dalam rangka menghindari pembatasan-pembatasan dalam DNI adalah batal demi hukum. *Nominee Arrangement* yang batal demi hukum tadi mengakibatkan akta-akta tersebut dianggap tidak pernah ada atau tidak pernah dibuat, sehingga nama *nominee* yang tercantum dalam anggaran dasarnya yang diakui secara hukum sebagai pemilik saham yang sah (*legal owner*), termasuk terhadap hak-hak yang timbul dari kepemilikan saham tersebut. Hal ini menyebabkan investor sebagai pemilik saham asli tidak memiliki kekuatan hukum untuk menuntut kembali hak-hak atas kepemilikan sahamnya oleh *nominee*

⁴⁵ GHS. Lumban Tobing, 1983, Peraturan Jabatan Notaris, Cet.3, Penerbit Erlangga, Jakarta, hlm. 114.

tersebut apabila sewaktu-waktu *nominee* tidak melakukan kewajibannya/wanprestasi/mengakui secara penuh hak atas saham milik investor tersebut. Akan tetapi, suatu akta yang dinyatakan batal demi hukum tidak serta merta membatalkan transaksi yang sudah terjadi di antara para pihak. Akta yang batal demi hukum hanya mengembalikan para pihak pada posisi semula pada keadaan sebelum terjadinya transaksi.

Akta yang batal demi hukum menimbulkan akibat untuk diberikannya penggantian biaya, ganti rugi, atau bunga kepada pihak yang tersebut dalam akta. Bentuk sanksi keperdataan dapat timbul dari perbuatan wanprestasi yang berupa ganti rugi yang lazimnya dalam bentuk sejumlah uang. Perjanjian *nominee* yang dibuat oleh notaris akan menimbulkan sanksi tanggung gugat secara keperdataan bagi notaris, dikarenakan notaris melakukan perbuatan melanggar hukum terhadap perjanjian *nominee* yang dibuat secara notariil tersebut. Tanggung gugat oleh notaris tersebut berupa ganti rugi yang didasarkan pada suatu hubungan hukum antara notaris dengan penghadap, yakni warga negara asing. Akta notaris yang batal demi hukum menimbulkan akibat ganti rugi kepada pihak yang tersebut dalam akta. Dengan demikian, pihak investor yang merasa dirugikan dapat mengajukan gugatan secara perdata terhadap pihak *nominee* maupun notaris untuk meminta ganti kerugian yang ditimbulkan atas wanprestasi yang dilakukan oleh pihak *nominee*, namun

bukan gugatan atas pemenuhan prestasi atau gugatan pemenuhan objek perjanjian.

