



ISSN Print: 2085-2339
ISSN Online: 2654-7252

Jurnal Surya Kencana Satu: Dinamika Masalah Hukum dan Keadilan

Editorial Office: Fakultas Hukum, Universitas Pamulang,
Jalan Surya Kencana No. 1, Pamulang Barat, Tangerang Selatan 15417, Indonesia.
Phone/ Fax: +6221-7412566
E-mail: dinamikahukum_fh@unpam.ac.id
Website: <http://openjournal.unpam.ac.id/index.php/sks>

Doktrin *Business Judgment Rules* Sebagai Paradigma Pengawasan Pengelolaan Badan Usaha Milik Negara

V. Andri Hananto^a

^a Fakultas Hukum, Universitas Pamulang, Tangerang Selatan, Banten. E-mail: dosen02008@unpam.ac.id

Article	Abstract
<p>Received: Jan 05, 2022; Reviewed: Jan 19, 2022; Accepted: Jan 27, 2022; Published: Mar 31, 2022</p>	<p>Dalam pengelolaan BUMN terdapat persoalan yang telah berlangsung lama berupa irisan antara rezim korporasi dengan rezim keuangan negara di mana modal BUMN tetap dikategorikan sebagai bagian dari keuangan negara. Hal ini mengakibatkan Direksi BUMN mengalami kesulitan dan keragu-raguan dalam mengambil keputusan bisnis karena dihadapkan pada potensi ancaman pidana korupsi jika dalam proses pengurusan BUMN tersebut timbul kerugian. Terhadap permasalahan tersebut Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa paradigma pengawasan negara terhadap BUMN harus berubah, yaitu tidak lagi berdasarkan paradigma pengelolaan kekayaan negara dalam penyelenggaraan pemerintahan (<i>government judgment rules</i>), namun berdasarkan paradigma usaha (<i>business judgement rules</i>). Artikel ini bertujuan untuk mengetahui bagaimana doktrin <i>business judgment rules</i> diterapkan sebagai paradigma pengawasan pengelolaan BUMN sehingga dapat menghindarkan ancaman pidana bagi direksi BUMN dalam pengambilan keputusan pengurusan BUMN. Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini berupa yuridis normatif yang mengedepankan data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, sekunder, dan tersier yang selanjutnya dianalisis secara yuridis kualitatif. Hasil penelitian menunjukkan agar dapat terlindungi dengan doktrin BJR, dalam mengambil keputusan bisnis, Direksi BUMN wajib menaati dan melaksanakan seluruh fiduciary duty yang ia emban berupa <i>duty of care</i>, <i>duty to disclosure</i>, dan <i>duty of loyalty</i>.</p> <p>Kata kunci: badan usaha milik negara; aturan penilaian bisnis; kewajiban fidusia direktur; tanggung jawab pidana.</p> <p><i>In the management of State own Enterprises (SOE), there is a long-standing problem in the form of a wedge between the corporate regime and the state financial regime in which SOEs capital is categorized as part of state finances. This resulted in the SOEs Directors experiencing difficulties and hesitation in making business decisions because they were faced with the potential threat of corruption if the SOE management process resulted in losses. Regarding this problem, the Constitutional Court stated that the paradigm of state supervision of SOE must change, which is no longer based on the paradigm of managing state assets in the administration of government (government judgment net rules), but based on the paradigm of</i></p>

business (business judgment rules). This article aims to find out how the business judgment rules doctrine is applied as a paradigm for the supervision of SOE management so as to avoid criminal threats for SOE Directors in making decisions on SOE management. The research method used in this research is normative juridical which puts forward secondary data consisting of primary, secondary, and tertiary legal materials which are then analyzed qualitatively juridically. The results show that in order to be protected by the BJR doctrine, in making business decisions, the SOE Directors are obliged to obey and carry out all fiduciary duties that he carries in the form of duty of care, duty to disclosure, and duty of loyalty.

Keywords: State own Enterprise; business judgment rules; fiduciary duty; director; criminal liability.

PENDAHULUAN

Pasal 33 ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 menyatakan bahwa cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara. Selanjutnya ayat (3) Pasal yang sama menyatakan bahwa bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Pasal tersebut merupakan penjelmaan dari demokrasi ekonomi yang dianut bangsa Indonesia. Berdasarkan Pasal tersebut Konstitusi menyatakan bahwa Bangsa Indonesia memberikan kekuasaan kepada Negara untuk mengatur dan memanfaatkan kekayaan nasional tersebut sebaik-baiknya agar tercapai masyarakat yang adil dan makmur. Terkait konsep penguasaan negara terhadap kekayaan alam Bangsa Indonesia tersebut, Mahkamah Konstitusi telah beberapa kali mengeluarkan tafsirnya dalam *ratio decidendi* beberapa Putusan Uji Materiil beberapa Undang-Undang di bidang Sumber Daya Alam diantaranya Putusan Uji Materi atas Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan. Dalam perkara Uji Materi Undang-Undang dimaksud, dalam pertimbangan hukumnya, Mahkamah menafsirkan makna “dikuasai oleh negara” sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 UUD 1945. Dalam konteks ini, pengertian “dikuasai oleh negara” itu mengandung pengertian yang lebih tinggi atau lebih luas daripada pemilikan dalam konsepsi hukum perdata. Konsepsi penguasaan oleh negara merupakan konsepsi hukum publik. Rakyat dikonstruksikan secara kolektif oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*) dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Fungsi pengelolaan (*beheersdaad*) dilakukan melalui mekanisme pemilikan saham (*share-holding*) dan/atau melalui keterlibatan langsung dalam manajemen Badan Usaha Milik Negara (BUMN) sebagai instrumen kelembagaan melalui mana negara *c.q.* Pemerintah mendayagunakan penguasaannya atas sumber-sumber kekayaan itu untuk digunakan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Tujuan ini diterjemahkan dalam ketentuan UU Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (UU BUMN) yang dituangkan dalam Pasal 2 yang antara lain menyatakan bahwa maksud dan tujuan pendirian BUMN adalah untuk mengejar keuntungan namun bersamaan dengan itu, pendirian BUMN juga bertujuan untuk menyelenggarakan kemanfaatan umum berupa penyediaan barang dan/atau jasa yang bermutu tinggi dan memadai bagi pemenuhan hajat

hidup orang banyak. Berdasarkan tafsir Mahkamah Konstitusi tersebut, makna hak menguasai negara terhadap cabang-cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak tidak menafikan kemungkinan perorangan ataupun swasta berperan, asalkan lima peranan negara tersebut diatas masih dipenuhi. Dengan demikian dapat dipahami bahwa pelaku ekonomi di Indonesia menurut Pasal 33 UUD 1945 terdiri dari BUMN (yang merupakan manifestasi dari fungsi pengelolaan oleh Negara), Koperasi (sebagai badan usaha yang berdasarkan asas kekeluargaan), dan badan usaha milik swasta.

Dalam koridor tafsir Pasal 33 UUD 1945 tersebut menarik perhatian untuk dicermati bagaimana posisi BUMN ditempatkan dalam posisi yang unik dalam menjaga keseimbangan antara kepentingan mengejar keuntungan (*profit oriented*) dan kepentingan penyelenggaraan kemanfaatan umum bagi pemenuhan hajat hidup orang banyak sebagai manifestasi pengelolaan kekayaan negara. Dalam kapasitasnya sebagai entitas badan usaha, BUMN, khususnya yang berbentuk Persero dituntut untuk mengejar keuntungan yang sebesar-besarnya. Namun di sisi lain sebagai agen pembangunan negara, BUMN juga dituntut untuk dapat berperan sebagai alat negara untuk menyelenggarakan fungsi kemanfaatan umum. Pasal 11 UU BUMN menyatakan bahwa terhadap Persero berlaku segala ketentuan dan prinsip-prinsip yang berlaku bagi Perseroan Terbatas. Berdasarkan ketentuan tersebut dari segi tata kelola (*governance*) BUMN Persero harus tunduk sepenuhnya pada UU Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (UU PT). Pengelolaan BUMN sebagai sebuah entitas badan usaha juga tunduk pada doktrin-doktrin yang mengatur Perseroan sebagai sebuah persekutuan modal yang telah memisahkan kekayaannya dengan kekayaan pendirinya. Hal inilah yang menjadi esensi utama Perseroan Terbatas di mana pertanggungjawaban pesero terbatas pada sero-sero yang telah ia pisahkan untuk menjadi entitas hukum tersendiri dalam bentuk *recht persoon* yang terpisah dari entitas *naturalijk persoon*. Namun demikian, perlu kiranya cakrawala pandang kita atas pengelolaan BUMN sebagai entitas hukum tidak hanya terpaku pada ketentuan dalam UU BUMN. Perlu diingat pula bahwa bagaimanapun modal BUMN berasal dari kekayaan negara. Berdasarkan sudut pandang yang lain, yakni UU Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (UU Keuangan Negara), kekayaan BUMN tetap dipandang sebagai bagian dari Keuangan Negara. Pasal 2 huruf g UU Keuangan Negara menyatakan bahwa Keuangan Negara termasuk kekayaan yang dipisahkan pada perusahaan negara/perusahaan daerah.

Amalgamasi antara ketentuan UU BUMN dan UU Keuangan Negara terkait pengaturan BUMN menciptakan kondisi dilematis bagi BUMN terutama bagi *Board of Director* (BOD)/Direksi sebagai organ yang bertanggung jawab atas pengurusan BUMN untuk kepentingan dan tujuan BUMN serta mewakili BUMN baik di dalam maupun di luar pengadilan. Dilema tersebut mencapai titik puncaknya ketika dihubungkan dengan ketentuan mengenai tindak pidana korupsi yang diatur dalam UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 20 Tahun 2001 (UU Tipikor). Pasal 2 dan Pasal 3 UU Tipikor menjadi *pivot point* dalam kelit kelindan pertanggungjawaban kekayaan BUMN sebagai bagian keuangan negara dengan pertanggungjawaban kekayaan Perseroan sesuai dengan doktrin dalam lapangan hukum korporasi. Dalam pengurusan BUMN sehari-hari Direksi selalu dihadapkan pada resiko kerugian mengingat kegiatan bisnis tunduk pada prinsip *high risk high gain*. Sementara dari sudut pandang UU Tipikor kerugian BUMN yang merupakan bagian dari keuangan negara

dilihat sebagai kerugian negara. Pengambilan keputusan bisnis yang berisiko tinggi akan bergandengan tangan dengan potensi keuntungan yang tinggi pula. Namun demikian mempertimbangkan marwah pertanggungjawaban kekayaan BUMN yang termasuk pula sebagai Keuangan Negara berdasarkan UU Keuangan Negara, maka BOD akan cenderung menahan langkahnya untuk masuk ke dalam situasi yang berisiko tinggi. Bayang-bayang pertanggungjawaban pidana yang menunggu BOD dalam pengelolaan bisnis BUMN seolah-olah menjadi tali kekang bagi fleksibilitas dan kelincuhan BUMN untuk bergerak sesuai dengan doktrin korporasi. Hal ini pada akhirnya membuat BUMN kesulitan bersaing dengan badan usaha milik swasta yang memiliki tingkat fleksibilitas yang lebih tinggi dalam menangkap peluang bisnis. Pada situasi seperti inilah kemudian muncul kebutuhan adanya perlindungan hukum bagi Direksi agar tetap dapat menjalankan pengurusan BUMN sesuai dengan standar dunia bisnis yang membutuhkan inovasi dan pengambilan keputusan bisnis yang cepat dan tepat namun dengan akuntabilitas yang tetap terjaga. Untuk menjawab kebutuhan tersebut rezim hukum korporasi menyediakan instrumen yang disebut sebagai *Business Judgment Rule* (BJR). Prinsip BJR menyatakan bahwa Direksi tidak dapat dituntut karena keputusannya yang mendatangkan kerugian bagi Perseroan dengan syarat keputusan tersebut diambil dengan kehati-hatian, telah mengikuti ketentuan yang berlaku, dan dilakukan dengan itikad baik (Rajaguguk, 2007).

Berdasarkan latar belakang di atas, bagian pertama artikel ini akan membahas tentang kondisi regulasi yang mengatur BUMN dibandingkan dengan regulasi yang mengatur badan usaha milik swasta dan konsekuensi yang timbul atas perbedaan regulasi tersebut serta upaya-upaya yang telah dilakukan untuk memperbaiki kondisi regulasi yang ada. Selanjutnya pada bagian kedua artikel ini membahas mengenai kedudukan hukum dan kewajiban Direksi dalam Perseroan. Bagian ketiga membahas mengenai doktrin BJR dan perkembangannya. Sementara bagian keempat artikel membahas penerapan doktrin BJR dalam konteks pertanggungjawaban Direksi atas kerugian BUMN secara pidana dengan beberapa contoh kasus yakni kasus Dirut PT Pertamina dan Dirut PT Merpati Nusantara Airlines. Artikel ditutup dengan memberikan kesimpulan dan saran.

PERMASALAHAN

Dari pemaparan yang telah dikemukakan maka ada beberapa hal yang penting untuk dibahas yaitu Bagaimana kedudukan hukum Direksi Badan Usaha Milik Negara dalam konteks pengelolaan Badan Usaha Milik Negara ? Bagaimana penerapan *Business Judgment Rules* sebagai paradigma pengawasan pengelolaan Badan Usaha Milik Negara dapat melindungi keputusan bisnis Direksi ?

METODOLOGI

Metode penelitian yang digunakan dalam artikel ini berupa yuridis normatif yang mengedepankan data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, sekunder, dan tersier yang selanjutnya dianalisis secara yuridis kualitatif. Pengumpulan data dilakukan dengan cara melakukan studi kepustakaan. Dianalisis dan disajikan secara sistematis dan kritis, konstruktif dan argumentatif.

PEMBAHASAN

Kondisi Regulasi Yang Mengatur Badan Usaha Milik Negara dan Sektor swasta sebuah komparasi

Pada saat kita berdiskusi mengenai kondisi regulasi yang mengatur BUMN dan sektor swasta di Indonesia saat ini maka dengan mudah kita akan sampai pada sebuah kesimpulan bahwa situasi yang ada saat ini adalah terbentuknya *unequal level of playing field* antara BUMN dengan Swasta. Terdapat banyak regulasi yang wajib diikuti oleh BUMN sementara di sisi lain regulasi tersebut tidak mengikat pelaku usaha sektor swasta. Hal ini tentu berakibat langsung pada daya saing BUMN terhadap sektor swasta karena berbagai peraturan dimaksud membuat fleksibilitas BUMN dalam menangkap peluang bisnis tidak seluas badan usaha swasta. Beberapa peraturan dimaksud antara lain sebagai berikut:

1. UU Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara (UU Keuangan Negara) yang menyatakan bahwa kekayaan BUMN merupakan bagian dari Keuangan Negara (Pasal 2 huruf g).
2. UU Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan (UU BPK) yang menyatakan bahwa BPK berwenang untuk memeriksa BUMN (Pasal 9 ayat (1) huruf b).
3. Undang-undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme (UU Penyelenggara Negara) yang menyatakan bahwa Direksi BUMN merupakan Pejabat Penyelenggara Negara (Penjelasan Pasal 2 angka 7).
4. UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 20 Tahun 2001 (UU Tipikor) yang jika dibaca bersama dengan UU Keuangan Negara menyatakan bahwa kerugian BUMN merupakan kerugian negara sehingga Direksi BUMN dapat dipidana dengan delik korupsi.

Dari berbagai peraturan yang ada tersebut, ketentuan Percampuran dua rezim hukum yang menaungi eksistensi BUMN tersebut menempatkan BOD BUMN dalam persimpangan jalan. Di satu sisi sebagai organ perseroan yang mengemban *fiduciary duty* atas beneficiarinya, dalam hal ini Perseroan, diberikan tugas dan tanggung jawab untuk bekerja di bawah prinsip *high risk high gain*, namun di sisi lain harus menghadapi risiko pidana jika terjadi kerugian pada Perusahaan yang ia pimpin.

Menyadari permasalahan yang muncul akibat pengaturan yang ada dalam UU Keuangan Negara, berbagai upaya telah dilakukan terutama melalui forum Uji Materi UU di Mahkamah Konstitusi. Pertama Uji Materi diajukan terkait dengan rumusan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor yang merupakan delik formal. Dalam permohonannya, pemohon Uji Materi UU dimaksud mendalilkan bahwa di dalam memaknai kerugian negara atau perekonomian negara dengan mengkuifikasikannya sebagai delik formil, sehingga adanya kerugian negara atau perekonomian negara tidak merupakan akibat yang harus nyata terjadi, sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan politik pemberantasan korupsi. Menurut para pemohon kualifikasi kerugian negara atau perekonomian negara merupakan delik materiil. Pemohon mendasarkan dalilnya dengan merujuk pada ketentuan Pasal 1 angka 22 UU Nomor 1 tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara yang menyatakan bahwa “kerugian Negara/Daerah

adalah kekurangan uang, surat berharga, dan barang, yang nyata dan pasti jumlahnya sebagai akibat perbuatan melawan hukum baik sengaja maupun lalai”. Penggunaan kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, menurut pemohon mengakibatkan ketidakpastian hukum dalam penegakan dugaan kasus tindak pidana korupsi sehingga bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD tahun 1945 yang mengatur jaminan bagi warga negara untuk diperlakukan sama dalam hukum dan pemerintahan, dan pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil. Dalam konteks pengelolaan BUMN dan tugas BOD dalam menjalankan tugas pengurusan Perseroan, maka ancaman kriminalisasi ini menjadi penghambat nyata dalam penerapan prinsip “*high risk high gain*” yang melekat dalam proses bisnis Perseroan. Berdasarkan pertimbangan tersebut, Mahkamah menyatakan bahwa kata ‘dapat’ dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor bertentangan dengan UUD 1945 sehingga tindak pidana korupsi berupa perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dan perbuatan penyalahgunaan kewenangan, yang pada awalnya berupa delik formil berubah menjadi delik materil. Upaya kedua yang telah ditempuh dalam rangka menghilangkan paradox pengelolaan BUMN adalah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 77/ PUU-IX/2011 yang menyatakan bahwa pada pokoknya berkaitan dengan kewenangan BUMN melakukan tindakan kepengurusan dan pengelolaan aset BUMN tunduk pada hukum perseroan. Putusan tersebut kemudian diikuti dengan putusan lain yang dapat disebut sebagai putusan *landmark* dalam pengelolaan kekayaan BUMN, yakni putusan Nomor 62/PUU-XI/ 2013.

Pokok perkara dalam Putusan tersebut adalah permohonan pengujian Pasal 2 huruf g UU Keuangan Negara yang menurut para pemohon bertentangan dengan Pasal 23 ayat (1) UUD Tahun 1945 karena menurut pandangan mereka ruang lingkup keuangan negara yang dikehendaki oleh UUD Tahun 1945 dalam Pasal 23 ayat (1) adalah sebatas yang terwujud dalam APBN. Dengan adanya ketentuan Pasal 2 huruf g UU Keuangan Negara yang memasukan BUMN dalam cakupan Keuangan Negara mengakibatkan peran BUMN tidak optimal dikarenakan tidak dapat berkompetisi secara penuh dengan pelaku usaha swasta lainnya karena banyaknya regulasi yang wajib diikuti oleh BUMN dibandingkan dengan pihak swasta sehingga menciptakan kondisi *unequal level of playing field* antara BUMN dengan Swasta. Selanjutnya para pemohon juga mengajukan permohonan pengujian Pasal 6 ayat (1), Pasal 9 ayat (1) Huruf b, Pasal 10 ayat (1) dan ayat (3) Huruf b, dan Pasal 1 Huruf a UU Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan (UU BPK). Para pemohon mendalilkan bahwa ruang lingkup, tugas, dan fungsi pemeriksaan yang dapat dilakukan oleh BPK bersifat terbatas atau limitatif pada pengelolaan keuangan negara yang terwujud dalam APBN. Masih menurut pandangan para pemohon, pengaturan kewenangan pemeriksaan keuangan oleh BPK dalam pasal-pasal tersebut menimbulkan disparitas, diharmonisasi, dan inkonsistensi kewenangan BPK dengan pengaturan Pasal 23 ayat (1) UUD Tahun 1945.

Dengan pemeriksaan keuangan oleh BPK yang menjangkau BUMN dapat mengakibatkan setiap kerugian bisnis yang timbul (*business loss*) pada BUMN diklasifikasikan dalam laporan BPK sebagai kerugian negara (*state loss*), padahal resiko kerugian bisnis akan selalu melekat dalam setiap kegiatan bisnis. Hal inilah yang kemudian secara nyata menimbulkan tekanan psikologis bagi insan BUMN, khususnya bagi BOD BUMN sebagai organ Eksekutif BUMN yang bertugas melakukan pengurusan dengan cara mengambil

keputusan bisnis *on a daily basis*. Dalam putusannya, terkait uji materi Pasal 2 huruf g UU Keuangan Negara, Mahkamah menyatakan bahwa pemisahan kekayaan negara pada BUMN tidak dapat diartikan sebagai putusnya kaitan negara dengan BUMN. Pemisahan kekayaan negara pada BUMN hanya dalam rangka memudahkan pengelolaan usaha dalam rangka bisnis sehingga dapat mengikuti perkembangan dan persaingan dunia usaha dan melakukan akumulasi modal, yang memerlukan pengambilan keputusan dengan segera namun tetap dapat dipertanggungjawabkan kebenarannya. Sedangkan terkait dengan pengujian pasal-pasal dalam UU BPK, Mahkamah menyatakan bahwa Pasal 6 ayat (1) UU BPK merupakan kebijakan hukum terbuka (*open legal policy*) yang diberikan oleh Konstitusi kepada pembentuk UU sepanjang berkaitan dengan pengelolaan keuangan negara. Dengan demikian, subjek hukum yang dapat menjadi objek pemeriksaan oleh BPK adalah semua lembaga yang mengelola keuangan negara, baik keuangan negara yang dikelola secara langsung maupun keuangan negara yang dipisahkan. Pengaturan mengenai paradigma pengaturan berdasarkan prinsip *business judgement rules* (BJR) tersebut, menurut Mahkamah berada dalam ranah pembentuk UU untuk mengaturnya. Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 62/PUU-XI/2013 maka tercipta perkembangan hukum baru yang bersifat fundamental dalam bidang pengelolaan BUMN. Meskipun putusan mahkamah dalam perkara tersebut pada akhirnya menolak seluruh permohonan pemohon, namun dalam *ratio decidendi* putusannya, Mahkamah Konstitusi menegaskan pengelolaan keuangan BUMN harus didasarkan pada prinsip-prinsip BJR sebagaimana telah dikenal dalam rezim hukum korporasi.

Kedudukan Hukum Direksi Badan Usaha Milik Negara dalam konteks pengelolaan Badan Usaha Milik Negara

Sebelum diskusi mengenai BJR dimulai, kiranya sangat perlu dilakukan sebuah tinjauan dan kajian mengenai kedudukan dan kewajiban hukum Direksi dalam Perseroan Terbatas guna memetakan posisi dan resiko yang muncul dan diemban oleh Direksi dalam pelaksanaan tugasnya sehari-hari. Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya bahwa terhadap Perseroan melekat prinsip *high risk high gain*, kedudukan Direksi suatu Perseroan berada dalam garda terdepan dalam menghadapi kondisi tersebut. Direksi senantiasa dihadapkan pada suatu dilema di mana salah satu kewajibannya adalah memaksimalkan keuntungan bagi pemegang saham yang secara tidak langsung memaksa Direksi untuk berhadapan dengan resiko yang tinggi pula, namun di sisi lain Direksi juga dihadapkan pada situasi ketika resiko tersebut berujung pada kerugian Perseroan maka rawan terjadi gugatan dari pemegang saham.

Dalam konteks BUMN pemegang saham tersebut adalah Negara dengan *underlying asset* berupa saham yang menurut UU Keuangan Negara, UU BPK dan putusan Mahkamah Konstitusi merupakan kekayaan negara yang termasuk dalam ruang lingkup keuangan negara dan pemeriksaan BPK. Kompleksitas masalah menjadi lebih tinggi ketika kita lihat kedudukan Direksi ini dalam kaca mata penegakan hukum anti korupsi. Kekayaan Perseroan yang seharusnya dikelola berdasarkan paradigma *business judgement rules* (BJR), nyatanya merupakan bagian inti delik pidana (*bestandeel*) yang diatur dalam Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 3 UU Tipikor sehingga tingkat kerawanan posisi Direksi yang apabila dilihat dari sudut pandang rezim korporasi berada dalam wilayah privat berupa gugatan keperdataan pemegang saham, baik gugatan selaku pemegang saham secara pribadi maupun gugatan derivatif meningkat

menjadi resiko tuntutan pidana merugikan keuangan negara jika dipandang dari kaca mata UU Tipikor. Berdasarkan Pasal 1 angka 5 UU Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (UU PT) kedudukan Direksi terhadap Perseroan dinyatakan sebagai organ Perseroan yang berwenang dan bertanggung jawab penuh atas pengurusan Perseroan untuk kepentingan Perseroan, sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan serta mewakili Perseroan, baik di dalam maupun di luar pengadilan sesuai dengan ketentuan anggaran dasar. Khusus untuk BUMN ketentuan mengenai Direksi diatur dalam Pasal 1 angka 9 UU Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara yang menyatakan Direksi adalah organ BUMN yang bertanggung jawab atas pengurusan BUMN untuk kepentingan dan tujuan BUMN, serta mewakili BUMN baik di dalam maupun di luar pengadilan.

Direksi merupakan organ yang mempunyai kewajiban untuk menjalankan pengurusan Perseroan berdasarkan kepercayaan yang diterimanya sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan (Asikin, Suhartana, 2016). Berdasarkan ketentuan tersebut maka tergambar adanya suatu *fiduciary duty* Direksi terhadap Perseroan. *Fiduciary duty* adalah “*an obligation stipulated by law for someone who takes advantage of someone else, where one person’s personal interests are taken care of by another person, which is only a temporary superior-subordinate relationship*” (Dharsana, Kresnadjaja, Jordi, Dhananjaya, 2021). Kata perseroan di sini perlu kiranya digarisbawahi mengingat masih banyak berkembang anggapan dalam masyarakat awam bahwa Direksi mengemban *fiduciary duty* terhadap pemegang saham. Atas dasar pertimbangan itulah maka frasa “memegang kekuasaan tertinggi” dalam definisi RUPS di dalam UU Nomor 1 tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas dihapus oleh UU Nomor 40 Tahun 2007.

Perlu dipahami bahwa kedudukan hukum Direksi terhadap Perseroan adalah hubungan hukum yang bersifat mandiri dan otonom dalam arti dalam melaksanakan tugasnya, Direksi bertanggung jawab penuh atas pengurusan Perseroan untuk kepentingan Perseroan, bukan untuk kepentingan pemegang saham. Otonomi Direksi ini dapat dilihat dalam yurisprudensi Belanda yang dikenal dengan *ForumBank Arrest*, Arrest H.R. 21 Januari 1955 (N.J 1959 N.43). Dalam kasus tersebut hakim kasasi memutuskan menerima gugatan Direksi Perseroan dan membatalkan keputusan RUPS dengan alasan keputusan RUPS bertentangan dengan kepantasan dan iktikad baik (Prayoko, 2015). Dalam kasus ini pula hakim menyatakan bahwa kekuasaan tertinggi RUPS dalam Perseroan harus diartikan, kekuasaan tersebut tidak dipegang oleh Direksi dan Komisaris, namun tetap dibatasi oleh peraturan perundang-undangan dan Anggaran Dasar Perseroan. Secara teknis istilah *fiduciary* dimaknai sebagai seseorang yang memegang sesuatu dalam kepercayaan untuk kepentingan orang lain. Seseorang memiliki *fiduciary duty* ketika ia memiliki kapasitas *fiduciary* (*fiduciary capacity*).

Seseorang dikatakan memiliki kapasitas *fiduciary* jika bisnis yang ditransaksikannya, harta benda atau kekayaan yang dikuasainya bukan untuk kepentingan dirinya sendiri, tetapi untuk kepentingan orang lain. *Fiduciary Duty* terjadi ketika satu pihak berbuat sesuatu bagi kepentingan pihak lain dengan mengesampingkan kepentingan pribadinya sendiri, tetapi untuk kepentingan orang lain tersebut. Pada prinsipnya direksi dibebani prinsip *Fiduciary Duty* terhadap perseroan, bukan terhadap pemegang saham. Karena itu, hanya perusahaanlah yang dapat memaksakan direksi untuk melaksanakan prinsip *Fiduciary Duty*. Akan tetapi, dalam menjalankan fungsinya sebagai direksi, secara umum ia juga harus memperhatikan kepentingan

pemegang saham. Meskipun menyanggah prinsip *Fiduciary Duty* sebagai direksi, ia tetap bebas dalam memberikan suara dan pendapat sesuai dengan keyakinan dan kepentingannya dalam setiap rapat yang dihadapinya. Direksi juga memiliki kebebasan dalam mengambil keputusan sesuai pertimbangan bisnis dan naluri bisnis yang dimilikinya selama keputusan itu tidak merugikan perseroan.

Berdasarkan prinsip *fiduciary duty* tersebutlah kemudian muncul kewajiban hukum Direksi kepada Perseroan. Kewajiban tersebut adalah kewajiban yang ditujukan kepada Perseroan, Pemegang Saham (*share holder*), dan pihak ketiga. Kepada Perseroan Direksi mempunyai kewajiban untuk menempatkan kepentingan Perseroan sebagai kepentingan yang lebih tinggi dari kepentingan pribadinya. Direktur harus mempunyai keyakinan bahwa transaksi yang dilakukannya atas nama Perseroan adalah transaksi yang paling menguntungkan bagi Perseroan. Kewajiban ini mengandung apa yang disebut sebagai *duty of care* dan *duty of loyalty*.

Kewajiban Direksi kepada pemegang saham adalah untuk menjamin ketersediaan informasi yang cukup bagi pemegang saham atas jalannya perusahaan termasuk laporan keuangan. Direktur dapat dipertanggungjawabkan secara pribadi apabila terjadi pelanggaran hak-hak pemegang saham, terutama pemegang saham minoritas. Kewajiban Direksi kepada pemegang saham ini berpusat pada kewajiban untuk meningkatkan nilai investasi yang telah ditanamkan oleh pemegang saham selaku investor dalam Perusahaan. Selanjutnya kewajiban Direksi kepada pihak ketiga muncul dari kontrak/perjanjian antara pihak ke tiga dimaksud dengan Perusahaan sehingga pihak ketiga tersebut berposisi sebagai kreditur perusahaan. Berdasarkan struktur perikatan tersebut, maka Direksi mempunyai kewajiban untuk memastikan bahwa kepentingan kreditur Perusahaan tersebut tetap terjamin dan tidak muncul adanya wanprestasi.

Lebih rinci kewajiban hukum Direksi dapat dijabarkan sebagai berikut:

1. *Duty of care*

Duty of care adalah kewajiban untuk untuk memberi perhatian dan berusaha mengambil keputusan yang baik dan tepat. *Duty of care* membutuhkan tindakan aktif dari Direksi. Direktur tidak boleh bersikap pasif dalam arti kata menunggu laporan ataupun masukan dari pihak lain seperti auditor, konsultan, dan/atau komisaris. Sebaliknya, Direksi wajib memberikan laporan dan meminta pendapat kepada para pihak dimaksud dalam mengambil suatu keputusan bisnis. Selain itu dalam pengambilan keputusan bisnis, Direksi harus melakukan analisa yang rasional dan dalam proses pengambilan keputusan tersebut Direksi harus mendapatkan informasi yang cukup misalnya dalam bentuk *legal due diligence* (LDD) atau *financial due diligence* (FDD). Menurut Randy J Holland, *duty of care* mengharuskan Direktur untuk mendapatkan informasi atas seluruh informasi material yang mungkin tersedia sebelum membuat keputusan atas suatu transaksi bisnis (Holland, 2009). Holland menyatakan:

The duty of care requires that directors inform themselves of all material information reasonably available before voting on a transaction. To become informed, a board can retain consultants or other advisors and can be protected by relying on statements, information, and reports furnished by those advisors, if their reliance is in good faith and the advisors were selected with reasonable care.

Dalam *duty of care* terkandung kewajiban:

- a. bertindak dengan iktikad baik dengan mengutamakan kepentingan perusahaan;
- b. melaksanakan pengelolaan dengan keahlian dan skill (*duty of skill*) yang masuk akal sesuai dengan standar yang dipakai oleh seorang ahli di bidangnya.

Selain itu Direktur diwajibkan untuk menghindari kemungkinan kerugian yang dapat terjadi akibat keputusan bisnis yang dibuatnya. Yurisprudensi mengenai *standard of care* guna menghindari kerugian Perseroan dapat ditemukan dalam kasus ***Circle Petroleum (Qld) Pty Ltd v Greenslade*** di Queensland Australia. Dalam kasus tersebut *Circle Petroleum (Qld) Pty Ltd* (CP) melakukan gugatan kepada Direktur CP, Greenslade, dengan alasan bahwa Greenslade telah memperpanjang jangka waktu utang dari kreditur CP yakni Promco tanpa memperhatikan kondisi keuangan Promco yang terus merugi. Setelah Promco mendapatkan perpanjangan tenor tersebut, Promco dinyatakan pailit dan tidak mampu membayar utang-utangnya kepada CP. Dalam kasus tersebut, hakim menyatakan bahwa tindakan Direktur untuk memberikan perpanjangan tenor kepada Promco adalah tindakan yang mengandung resiko yang sangat tinggi. Kerugian tersebut dalam pandangan hakim sudah sangat bisa diprediksi oleh seorang Direktur yang mempunyai tingkat profesionalisme tertentu. Sehingga dalam hal ini hakim menyatakan bahwa Direktur tidak mengambil keputusan dengan iktikad baik serta tidak melaksanakan pengambilan keputusan berdasarkan keahlian dan skill (*duty of skill*) yang masuk akal sesuai dengan standar yang ia miliki. Kasusnya akan berbeda apabila kerugian tersebut memang sama sekali tidak dapat diprediksi akan terjadi oleh seorang Direktur dengan standar kemampuan profesional tertentu.

2. *Duty to Disclosure*

Duty to Disclosure adalah kewajiban Direksi untuk melakukan keterbukaan (*disclosure*) terhadap pihak ketiga atas setiap kegiatan perseroan yang dianggap dapat mempengaruhi kekayaan Perseroan. Tekanan utama yang diberikan atas kewajiban ini adalah perlindungan bagi kepentingan pemegang saham dan pihak ketiga. Pasal 68 UU PT mengatur kewajiban keterbukaan ini terutama berlaku untuk laporan keuangan khususnya bagi: Perseroan yang kegiatan usahanya adalah menghimpun dan/atau mengelola dana masyarakat; Perseroan yang menerbitkan surat pengakuan utang kepada masyarakat; Perseroan merupakan Perseroan Terbuka; Perseroan merupakan persero (BUMN); Perseroan mempunyai aset dan/atau jumlah peredaran usaha dengan jumlah nilai paling sedikit Rp50.000.000.000,00 (lima puluh miliar rupiah); atau diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan

Direksi wajib menyerahkannya kepada akuntan publik untuk diaudit.

Terdapat 2 alasan penting dalam pelaksanaan *duty to disclosure* ini baik bagi pemegang saham dan pihak ketiga maupun bagi Direksi sendiri. Bagi pemegang saham dan pihak ketiga akses informasi atas dokumen-dokumen Perusahaan bermanfaat dalam hal:

- a. untuk menilai kekuatan dan kelemahan Perusahaan dan kemudian dapat membuat keputusan untuk melanjutkan atau tidak melanjutkan investasinya dalam Perusahaan.

- b. untuk mendapatkan informasi yang akurat mengenai efektifitas kinerja dari Direktur demi mempertahankan hak mereka sebagai pemegang saham terhadap pelanggaran yang dilakukan Direktur.

Sedangkan bagi Direksi sendiri *duty to disclosure* memberikan manfaat dalam hal:

- a. melindungi Direktur dari keputusan bisnis yang dianggap merugikan bagi pemegang saham dengan menyediakan bukti berupa dokumen yang disediakan sebagai jaminan transparansi atas keputusan bisnis yang diambil oleh Direktur.
 - b. sebagai salah satu alat untuk menunjukan kinerja Direktur kepada pemegang saham.
3. *Duty of loyalty*

Duty of loyalty adalah kewajiban Direksi untuk bertindak berdasarkan iktikad baik dan semata mata untuk tujuan dan kepentingan Perseroan. Dalam *Duty of loyalty* ini maka terdapat larangan atas terjadinya benturan kepentingan antara Direksi dengan kepentingan Perseroan. Kewajiban ini bertujuan utama untuk mencegah apa yang disebut sebagai *self dealing transaction* dan *corporate opportunity*. Berdasarkan kewajiban ini maka Direksi bertanggung jawab untuk selalu berpihak kepada kepentingan perusahaan yang dipimpinnya. *Duty of loyalty* kepada perusahaan mencegah direksi mengambil kesempatan menguntungkan yang seharusnya dimiliki oleh perusahaan.

Dalam penggunaan properti misalnya komisaris secara tegas dilarang menggunakan aset perusahaan dalam membangun usahanya pribadi. Direksi yang diberikan kepercayaan oleh perseroan harus bertindak untuk kepentingan pemegang saham, bertindak untuk kepentingan dan tujuan perseroan, serta bertindak dengan mengutamakan kepentingan perseroan diatas kepentingan pribadi

Penerapan *Business Judgment Rules* Sebagai Paradigma Pengawasan Pengelolaan Badan Usaha Milik Negara Dapat Melindungi Keputusan Bisnis Direksi Badan Usaha Milik Negara

Hubungan antara *fiduciary duty* dengan doktrin *Business Judgment Rules* (BJR) sebagaimana dinyatakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan nomor 62/PUU-XI/2013 harus digunakan dalam mekanisme pengawasan dan pemeriksaan keuangan BUMN? Sebagaimana kita diskusikan di awal bahwa berdasarkan prinsip *fiduciary duty*, Direktur mempunyai kedudukan yang otonom dan mandiri di dalam Perseroan. Ia dapat bertindak secara bebas sesuai pertimbangannya untuk mengambil keputusan bisnis yang ia rasa terbaik bagi Perseroan. Lalu bagaimana mekanisme kontrol terhadap tindakan Direksi guna menghindarkan kerugian yang dapat saja muncul dalam pengelolaan Perusahaan? Di sinilah doktrin BJR memainkan perannya yang sangat vital.

Beberapa pengertian mengenai BJR yang ada dalam literatur adalah sebagai berikut:

Black's Law Dictionary

"The the presumption that in making business decision not involving direct self interest or self dealing, corporate directors act on an informed basis, in good faith, and in the believe that their actions are in the corporation's best interest. The rule shields directors and officers from liability for unprofitable or

harmful corporate transactions if the transactions were made in good faith, with due care, and within director's or officer's authority".

Delaware Supreme Court

"A presumption that in making business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company. Absent an abuse of direction, that judgment will be respected by the courts, with the burden being on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption".

Doktrin BJR seolah-oleh berfungsi ganda sebagai mekanisme kontrol bagi pemegang saham dan pihak ketiga (termasuk pengadilan) kepada Direksi sekaligus melindungi Direksi atas kesalahan yang dapat ditimpakan kepadanya apabila ternyata dalam menjalankan kegiatan bisnis Perusahaan muncul kerugian. Dengan standar BJR ini maka mekanisme pengambilan keputusan dapat dinilai apakah keputusan yang diambil oleh Direksi telah melewati prosedur yang benar sehingga akhirnya dapat dinilai pula apakah kerugian yang terjadi adalah murni *business loss* ataukah memang ada unsur kesalahan yang dilakukan oleh Direksi sehingga ia dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian tersebut. Dalam bahasa Stephen M. Bainbridge doktrin BJR berfungsi untuk menentukan keseimbangan antara kewenangan/otoritas dan akuntabilitas Direksi dalam menjalankan pengurusan Perseroan (*the tension of authority and accountability*) (Bainbridge, 2004). BJR adalah sebuah prinsip dalam kepemimpinan perusahaan yang lahir dan tumbuh di negara-negara penganut *Common Law* sejak 150 tahun yang lalu melalui putusan-putusan pengadilan (*case law*). Di Indonesia sendiri doktrin ini dituangkan secara formal dalam Pasal 97 ayat (5) UU PT yang berbunyi:

Anggota Direksi tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian Perseroan apabila dapat membuktikan: "kerugian tersebut bukan karena kesalahan atau kelalaiannya; telah melakukan pengurusan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan; tidak mempunyai benturan kepentingan baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan yang mengakibatkan kerugian; dan telah mengambil tindakan untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian tersebut".

Sebelumnya ayat (3) Pasal yang sama menyatakan bahwa:

Setiap anggota Direksi bertanggung jawab penuh secara pribadi atas kerugian Perseroan apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya.

Dalam Pasal-Pasal tersebut dinyatakan bahwa jika terjadi kerugian Perseroan maka Direksi harus bertanggung jawab secara pribadi atas kerugian tersebut. Pasal inilah yang secara tersurat berfungsi sebagai pelaksanaan dari doktrin "*piercing corporate veil*", yakni doktrin pengecualian dari tanggung jawab terbatas dalam pengelolaan Perseroan. Namun demikian doktrin "*piercing corporate veil*" ini diimbangi dengan doktrin BJR yang pada intinya menyatakan bahwa Direksi tidak dapat dipertanggungjawabkan secara pribadi atas kerugian Perseroan jika dalam melaksanakan pengurusan Perseroan ia telah menjalankan fungsi *fiduciary duty*nya dengan benar, yakni dengan cara pengambilan keputusan yang prudent, berdasarkan prinsip kehati-hatian, dan tidak mempunyai benturan kepentingan dengan kepentingan Perseroan. Di sinilah doktrin BJR ini berfungsi layaknya "*as a shield from piercing corporate veil*". Dalam doktrin BJR terdapat 3 (tiga) standar hukum dalam

pengambilan keputusan bisnis oleh Direksi, yakni keputusan bisnis tersebut harus diambil berdasarkan iktikad baik, dilakukan dengan penuh tanggung jawab, dan tidak mengandung benturan kepentingan/*conflict of interest* (COI). Penjelasan atas 3 (tiga) standar hukum tersebut adalah sebagai berikut:

a. Keputusan berdasarkan iktikad baik

Prinsip iktikad baik merupakan salah satu prinsip tertua dalam sistem hukum manapun di dunia. Dalam setiap perjanjian juga disyaratkan adanya prinsip iktikad baik, baik dalam pembuatan perjanjian maupun dalam pelaksanaannya. Akan tetapi standar iktikad baik ini juga sangat sulit untuk ditetapkan berlaku secara universal. Namun demikian pada intinya iktikad baik dapat dilihat dari tindakan *reasonable* yang diambil oleh seseorang sehingga hakim yakin bahwa seseorang itu telah bertindak dengan iktikad baik. Dalam sistem hukum AS, Annette Greenhow menyatakan bahwa seorang Direktur dapat dikatakan mengambil keputusan bisnis dengan iktikad baik apabila:

- 1) Tidak mempunyai kepentingan pribadi dalam keputusan bisnis tersebut;
- 2) Memperoleh informasi yang cukup atas subjek keputusan bisnis untuk meyakinkannya bahwa keputusan bisnis tersebut adalah keputusan bisnis yang tepat.
- 3) Secara rasional Direktur percaya bahwa keputusan bisnis tersebut adalah yang terbaik bagi kepentingan Perusahaan.

Dari berbagai *case law* yang berkembang di negara common law, dapat dilihat beberapa prinsip iktikad baik diantaranya adalah kasus *Re Walt Disney Co.* Kasus posisi dalam kasus tersebut adalah *Walt Disney Co (Disney)* adalah perusahaan yang bergerak di dunia hiburan. Pada tahun 1995 Disney yang dipimpin CEO, Michael Eisner (Eisner) memecat Michael Ovitz (Ovitz) dengan perjanjian akan diberikan kompensasi yang sangat tinggi jika diberhentikan tanpa alasan yang jelas. Ovitz adalah sosok yang terkenal atas reputasi baiknya di Hollywood dan merupakan rekanan lama Eisner. Sayangnya sekitar 14 bulan dari waktu kontrak pekerjaannya, Ovitz diberhentikan karena dianggap gagal mengemban tugasnya di Disney.

Berdasarkan kontrak pekerjaannya, atas pemberhentian tersebut, Ovitz berhak atas uang sebesar \$ 38 Juta dan 3 juta saham Disney. Karena kompensasi yang sangat tersebut sejumlah pemegang saham Disney mengajukan gugatan kepada Direksi Disney karena menilai keputusan Direksi memecat Ovitz tidak berdasarkan iktikad baik, yakni keputusan tersebut tidak independent dan menguntungkan Eisner karena Eisner dan Ovitz adalah rekanan lama. Dalam putusan atas kasus tersebut, hakim menyatakan bahwa Direktur Disney tidak *melanggar fiduciary duty*nya dengan pertimbangan bahwa tidak ada seorang Direktur Disney yang mempunyai kepentingan finansial dengan dipekerjakannya Ovitz. Selain itu Direktur telah meminta pertimbangan kepada konsultan sebelum memecat Ovitz. Kompensasi sangat besar yang diterima Ovitz disebabkan karena Direktur Disney percaya bahwa Ovitz merupakan figur yang sangat handal dalam dunia hiburan di Hollywood. Dalam hal ini Direktur Disney dilindungi doktrin BJR sehingga tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian Disney.

Dari kasus Disney tersebut maka dapat disimpulkan bahwa BJR dapat diterapkan dalam keputusan bisnis yang diambil oleh Direksi dalam hal Direksi telah melakukan sebagai hal yakni Direktur harus bersikap pro aktif dalam menggali informasi sebelum mengambil keputusan dan Direktur harus menggunakan segala sumber daya yang dimilikinya untuk mendapatkan dan menganalisa segala informasi yang diterima sebelum mengambil keputusan. Dengan demikian jelas bahwa dalam penerapan BJR yang dinilai adalah proses pengambilan keputusannya bukan hasil dari keputusan tersebut.

b. Keputusan dilakukan dengan penuh tanggung jawab

Dalam pengelolaan Perusahaan Direksi harus sanggup bertindak sebagai orang yang prudent dalam keadaan sehari-hari karena posisinya sebagai Direktur. Direktur harus paling sedikit memiliki pengetahuan yang bersifat elementer dari bisnis Perusahaan. Kasus yang menunjukkan perlunya keputusan yang bertanggung jawab dari Direksi adalah *Francis v United Jersey Bank* di USA. Pritchard & Baird (P&B) adalah perusahaan yang berkedudukan di New Jersey yang dimiliki oleh Mr. Charles Pritchard, Francis Pritchard, istrinya, dan kedua anaknya. Selama hidupnya Mr. Charles sering meminjam uang dari P&B untuk kepentingan pribadinya, namun setiap tahun uang itu dikembalikan kepada P&B. Setelah Mr. Charles meninggal P&B diwariskan kepada Mrs. Francis dan kedua anaknya di mana ketiganya menjabat sebagai direktur di P&B. Kedua anak Mr. Charles mengikuti praktek yang dijalankan Mr. Charles yakni sering meminjam uang kepada P&B. Lama kelamaan Perusahaan mengalami banyak kerugian sehingga akhirnya dilikuidasi. Atas kejadian tersebut, salah satu kreditur P&B, United Jersey Bank mengajukan gugatan kepada Mrs. Francis dengan mendalilkan bahwa Mr. Francis dianggap tidak menjalankan tanggung jawabnya sebagai Direksi P&B dengan tidak mengawasi perbuatan kedua anaknya. Dalam pembelaannya Mrs. Francis menyatakan bahwa kelalaiannya untuk memonitor perbuatan kedua anaknya disebabkan karena dirinya tidak ikut secara aktif dalam pengurusan P&B. Ia tidak pernah hadir dalam rapat Direksi dan hanya datang apabila diperlukan saja.

Dalam mengadili perkara tersebut hakim menyatakan menolak seluruh pembelaan Mrs. Francis. Hakim menyatakan bahwa Direktur tidak dapat mengajukan pembelaan dengan mengatakan ketiadaan pengetahuan untuk mengaplikasikan standar pengelolaan. Apabila dirinya merasa bahwa ia tidak dapat melaksanakan tanggung jawab sebagai Direksi maka seharusnya ia mundur dari jabatannya sebagai Direktur. Direktur tidak boleh menutup mata atas pelanggaran yang terjadi di dalam Perusahaan. Ia harusnya dapat bertindak aktif untuk mencegah pelanggaran itu terjadi. Dengan demikian, Mrs. Francis tidak melaksanakan keputusan yang bertanggung jawab sehingga nyata-nyata tidak melaksanakan *fiduciary duty* sehingga tidak dapat dilindungi oleh doktrin BJR. Mrs. Francis bertanggung jawab secara pribadi atas kerugian Perusahaan.

c. Keputusan Bisnis yang tidak mengandung benturan kepentingan/*conflict of interest* (COI).

COI muncul sebagai permasalahan karena adanya Direksi yang mempunyai posisi tertentu yang memungkinkan dirinya menyalahgunakan (*abuse*) posisi tersebut untuk kepentingan pribadinya atau afiliasinya. COI dapat muncul dalam kegiatan operasional Perusahaan

sehari-hari sehingga perusahaan-perusahaan besar menerapkan sebuah praktek pencegahan COI dengan cara menetapkan pedoman pencegahan secara tertulis dan dipublikasikan kepada masyarakat. Direksi perusahaan tersebut diwajibkan untuk menandatangani kontrak manajemen yang berisi kewajiban untuk menghindari COI dalam praktek pengurusan Perusahaan. COI dapat menyebabkan tanggung jawab pribadi Direksi atas kerugian Perseroan dalam hal terjadi unsur *self dealing transaction* atau pemanfaatan *corporate opportunity*. Dalam kaitannya dengan teori agen, COI muncul apabila seseorang berposisi sebagai *dual agent*, yakni keadaan di mana seseorang bertindak sebagai agen dari dua principal yang mempunyai kepentingan yang berbeda atau bahkan saling bertentangan. Sebagai contoh adalah apabila A dibayar oleh B untuk membelikan tanah sementara pada saat yang sama A juga dibayar oleh C untuk menjualkan tanahnya. Dalam posisi ini A menghadapi COI karena sebagai agen B ia harus mencarikan tanah dengan harga yang semurah mungkin sementara di sisi lain, sebagai agen C, A harus menjual tanah C dengan harga setinggi mungkin. Kemungkinan yang dapat terjadi dalam kasus ini adalah A akan menjual tanah C dengan harga setinggi mungkin yang berarti ia mengkhianati fungsi keagenannya pada B atau sebaliknya ia menjual tanah C dengan harga serendah mungkin yang berarti ia mengkhianati fungsi keagenannya pada C. Kondisi inilah yang menimbulkan apa yang disebut sebagai unsur *self dealing transaction*.

1. *Self Dealing Transaction* (SDT)

Guna menganalisa kasus SDT perlu kiranya kita bahas kasus di Inggris yakni *Aberden Railway Co v Blaike Bross*. Dalam kasus ini Aberden Railway Co (ARC) sepakat untuk membeli furniture dari perusahaan yang dimiliki oleh Mr. Blaike Bross (Blaike), padahal Blaike adalah salah satu Direktur ARC. Harga yang ditawarkan oleh Perusahaan Blaike sangat tinggi dan melebihi harga wajar pada saat transaksi dilakukan. Atas transaksi tersebut, akhirnya pemegang saham ARC mengajukan gugatan SDT kepada Blaike dimana hakim mengabulkan gugatan tersebut karena berpandangan Blaike melanggar COI. Sebagai Direksi ARC, Blaike berkewajiban untuk mendapatkan harga yang termurah sedangkan sebagai pemilik perusahaan penjual furniture ia wajib menjual dengan harga yang tinggi. Dalam kasus ini hakim memandang ARC telah dirugikan karena transaksi tersebut. UU PT tidak mengatur sama sekali mengenai SDT.

Pasal 9 UUPT hanya menyatakan bahwa Direktur tidak dapat dipertanggungjawabkan secara pribadi atas kerugian Perusahaan apabila kerugian tersebut tidak disebabkan karena benturan kepentingan Direksi. Dengan demikian UU PT tidak memandang SDT sebagai persoalan *illegal per se* (tidak mutlak dilarang). SDT hanya dilarang ketika menimbulkan kerugian bagi Perusahaan. Hal ini selaras dengan perkembangan hukum korporat di negara *common law* yang menyatakan bahwa SDT tidak mutlak dilarang. SDT yang dilakukan secara fair dan tidak menimbulkan kerugian bagi Perusahaan serta tidak menindas pemegang saham terutama pemegang saham minoritas, tetap diperbolehkan sehingga Direksi tetap dilindungi dengan Doktrin BJR.

Di Indonesia SDT ini hanya diatur oleh OJK dengan mendasarkan pada Peraturan BAPEPAM Nomor: Kep-412/BI/2009 Tentang Transaksi Afiliasi Dan Benturan Kepentingan Transaksi Tertentu yang menyatakan bahwa 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. Mengingat pengaturan hanya dilakukan oleh OJK maka Perseroan yang terikat dengan *beleid* ini hanyalah Perusahaan Terbuka, sedangkan untuk Perusahaan tertutup hanya berdasarkan pada ketentuan BJR dalam Pasal 90 ayat (5) UU PT dan yurisprudensi yang sayangnya juga belum cukup berkembang di Indonesia.

2. *Corporate Opportunity* (CO)

Permasalahan CO muncul apabila seorang Direksi memanfaatkan peluang yang dimiliki oleh Perusahaan yang ia pimpin untuk kepentingan pribadinya. Sebagai contoh apabila sebuah Perusahaan A sedang melakukan negoisasi jual beli tanah dengan perusahaan B. Negoisasi berlangsung cukup lama karena Perusahaan B menawarkan dengan harga yang sangat murah. Melihat kesempatan ini salah satu Direksi A kemudian menawarkan kepada Perusahaan B tanah pribadinya dengan harga yang sangat murah dengan harapan ia mendapatkan kepentingan pribadi dari kesempatan bisnis ini. Menurut Paul Bork, dari Foley Hoag LLP Firm, beberapa kriteria yang melarang Direktur untuk mengambil oportunitas Perusahaan adalah:

- a) Keuangan Perusahaan mampu untuk mengambil oportunitas itu;
- b) Oportunitas tersebut berkaitan dengan bisnis inti Perusahaan; dan
- c) Perusahaan berkepentingan atas oportunitas itu.

Terhadap kriteria pertama di atas maka akan tercipta beberapa kemungkinan, yakni apakah Perusahaan akan mengambil oportunitas tersebut atau Perusahaan tidak mengambil oportunitas tersebut. Lalu pertanyaan muncul apakah Direksi dapat mengambil kesempatan dalam kondisi tersebut. Untuk kondisi pertama di mana Perusahaan mengambil opportunity tersebut maka jelas Direksi tidak boleh mengambil kesempatan Perusahaan mengingat dalam konsep *fiduciary duty*, Direktur wajib senantiasa mengutamakan kepentingan Perusahaan di atas kepentingan pribadinya. Tapi bagaimana jika Perusahaan tidak mengambil opportunity tersebut? Untuk menjawab pertanyaan ini maka perlu kiranya kita membahas kasus *Peso Siver Mines Ltd v Crooper*. *Peso Siver Mines Ltd* (Peso) adalah Perusahaan yang bergerak di bidang perdagangan. Peso terlibat dalam negoisasi bisnis untuk membeli sebuah tambang.

Menganalisa rencana transaksi ini, BOD Peso memandang bahwa pembelian tambang adalah keputusan yang buruk bagi kepentingan Peso. Oleh karena itu mereka memutuskan untuk tidak membeli tambang tersebut. Pada akhirnya salah satu anggota BOD Peso yang bernama Crooper ditawarkan untuk membeli tambang tersebut dan ia membelinya. Mengetahui transaksi ini, Direktur Peso selain Crooper menggugat Crooper atas pelanggaran COI. Dalam mengadili kasus tersebut hakim memutuskan bahwa Crooper tidak melanggar CO karena Peso telah menolak pembelian tambang dimaksud. Dengan demikian gugatan Direksi Peso ditolak oleh hakim. Hakim berpandangan bahwa Crooper tidak memanfaatkan posisinya sebagai Direktur Peso untuk mendapatkan

keuntungan Pribadi. Berdasarkan kasus di atas maka dapat kita simpulkan bahwa pelanggaran CO akan terjadi apabila Direksi memanfaatkan dan merebut oportunitas Perusahaan demi kepentingan pribadinya.

Jika kita kembali kepada pembahasan Pertanggungjawaban Tindak Pidana Korupsi yang mengancam Direksi BUMN dalam melaksanakan tugasnya, maka akan terlihat hubungan yang sangat erat antara teori kesalahan yang menjadi syarat pemidanaan dengan doktrin BJR. Sebagaimana kita telah diskusikan sebelumnya bahwa Doktrin BJR berfungsi sebagai pelindung bagi Direksi dari ancaman "*piercing corporate veil*". Begitu pula dalam konteks pidana maka sudah selayaknya BJR dipandang sebagai kualifikasi untuk menentukan ada atau tidaknya unsur kesalahan dalam pengelolaan Perusahaan.

Dalam hukum pidana, pertanggungjawaban pidana, khususnya bagi para penganut asas dualistis, menganut asas culpabilitas. Dalam negara penganut sistem *civil law* berlaku asas *Geen Straf Zonder Schuld* (*no penalty without fault*) sedangkan pada negara *common law* terdapat adagium *Actus Non Facit Reum Nisi Mens Sit Rea* (*An Act Does Not Make Guilty, Unless the Mind Be Guilty*) yang bermakna bahwa suatu perbuatan tidak membuat orang bersalah kecuali dengan sikap batin yang salah. Hal ini berarti untuk dapat dipidananya seseorang maka harus terpenuhi 2 unsur yakni *actus reus* (*physical element*) dan *mens rea* (*mental element*). Dalam sistem hukum pidana Indonesia *actus reus* dapat dipersamakan dengan tindak pidana (*strafbaarfeit/delik*) sedangkan *mens rea* adalah kesalahan (*schuld*) yang merupakan bagian dari pertanggungjawaban pidana. Unsur *actus reus* kiranya cukup jelas dengan kita menengok kembali rumusan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 3 UU Tipikor. Hubungan erat antara teori pertanggungjawaban pidana dengan BJR akan lebih terlihat jika kita lihat unsur *Mens Rea* dalam keputusan bisnis Direksi.

Menurut Vos kesalahan dalam hukum pidana terdiri dari 3 (tiga) unsur yakni:

1. Adanya kemampuan bertanggung jawab pada si pelaku, dalam arti jiwa si pelaku dalam keadaan sehat dan normal.
2. Adanya hubungan batin antara si pelaku dengan perbuatannya, baik yang disengaja (*dolus*) maupun karena kealpaan (*culpa*)
3. Tidak adanya alasan pemaaf yang dapat menghapus kesalahan (Hamzah, 2017).

Dalam konteks keputusan bisnis Direksi tentu kita akan berfokus pada elemen kedua dari unsur kesalahan dimaksud. Hal ini dengan mengasumsikan bahwa Direksi tentulah sosok yang cakap hukum dan tidak terpaksa dalam mengambil keputusan bisnis tersebut. Pertanyaan yang perlu kita ajukan dalam menganalisa pertanggungjawaban pidana Direksi adalah apakah terdapat unsur sengaja (*dolus*) atau lalai (*culpa*) dalam pengambilan keputusan bisnis yang menimbulkan kerugian bagi Perseroan? Dalam hukum Pidana *dolus* bermakna *willen* (menghendaki) and *wetten* (mengetahui). Artinya pelaku menghendaki dan mengetahui dampak dari perbuatan pidananya. Dalam hal ini Direksi menghendaki dan mengetahui perbuatannya akan merugikan Perseroan sehingga merugikan keuangan negara karena modal Perseroan yang ia kelola merupakan bagian dari keuangan negara.

Culpa terletak antara sengaja dan kebetulan, sehingga culpa dipandang lebih ringan dibanding dengan sengaja. Syarat-syarat elemen yang harus ada dalam delik kealpaan yaitu:

1. Tidak mengadakan praduga-praduga sebagaimana diharuskan oleh hukum, adapun hal ini menunjuk kepada terdakwa berpikir bahwa akibat tidak akan terjadi karena perbuatannya, padahal pandangan itu kemudian tidak benar. Kekeliruan terletak pada salah pikir/pandang yang seharusnya disingkirkan. Terdakwa sama sekali tidak punya pikiran bahwa akibat yang dilarang mungkin timbul karena perbuatannya. Kekeliruan terletak pada tidak mempunyai pikiran sama sekali bahwa akibat mungkin akan timbul.
2. Tidak mengadakan penghati-hatian sebagaimana diharuskan oleh hukum, mengenai hal ini menunjuk pada tidak mengadakan penelitian kebijaksanaan, kemahiran/usaha pencegahan yang ternyata dalam keadaan yang tertentu/dalam caranya melakukan perbuatan.

Apa kemudian hubungan antara unsur kesalahan berupa *dolus* dan *culpa* ini dengan BJR?

Dalam konteks penegakan hukum pidana anti korupsi dalam kasus pengambilan keputusan bisnis oleh Direksi Perseroan maka doktrin BJR berfungsi sebagai standar ukuran untuk melihat apakah keputusan bisnis Direksi yang merugikan Perusahaan di dalamnya mengandung unsur kesalahan atau tidak. Doktrin BJR menyatakan bahwa kerugian perusahaan tidak serta merta mengakibatkan Direksi dapat dipertanggungjawabkan. Doktrin BJR menyatakan bahwa keputusan bisnis diukur bukan dari hasil yang diciptakan melainkan dari proses yang ditempuh. Jika dalam proses pengelolaan Perusahaan terdapat kerugian dan ketika dilihat lebih dalam proses pengambilan keputusan tersebut telah melalui proses yang proper maka kerugian Perusahaan tersebut selayaknya dipandang sebagai *business loss* semata. Dalam kasus seperti ini maka kembali kepada asas *Geen Straf Zonder Schuld* maka Direksi tidak dapat dipertanggungjawabkan secara pidana karena tidak ditemukan unsur kesalahan (*schuld*) di dalamnya.

Dalam pengelolaan Perusahaan, Direksi yang telah melaksanakan tugas pengurusan sesuai dengan prinsip *fiduciary duty* akan dilindungi dengan doktrin BJR. Dapat diilustrasikan doktrin BJR ini akan aktif bilamana dalam pengambilan keputusan bisnis, Direksi Perusahaan telah melakukan tindakan: Melaksanakan *fiduciary duty* berupa *duty of care*, *duty to disclosure*, dan *duty of loyalty*; Berdasarkan iktikad baik; Dilakukan dengan penuh tanggung jawab; dan Mencegah benturan kepentingan/conflict of interest baik berupa *self dealing transaction* maupun pemanfaatan *corporate opportunity*.

PENUTUP

Berdasarkan pembahasan di atas kiranya dapat dilihat bahwa penerapan BJR sebagai paradigma pengawasan dalam pengelolaan BUMN dapat menghindarkan ancaman pidana bagi Direksi dalam mengambil keputusan bisnis. Dengan demikian kiranya dalam pengurusan BUMN, Direksi hendaknya berpegang teguh pada *fiduciary duty* yang ia pegang agar terhindar dari ancaman pidana kerugian negara dengan mendasarkan pada doktrin BJR. Sepanjang prosedur pengambilan keputusan dilakukan dengan proper dan prosedural kiranya inovasi bisnis harus terus dikembangkan.

Selanjutnya dapat dikemukakan beberapa saran dalam proses pencegahan resiko pidana bagi Direksi BUMN sebagai berikut: Penegakan fungsi *good corporate governance* dalam Perusahaan, khususnya dalam menjalankan fungsi *Fudicary Duty* oleh Direksi Perusahaan. Misalnya dengan penyusunan pedoman dan standar dalam *Board Manual* bagi organ Perseroan. Perlunya koordinasi dalam peningkatan pemahaman bersama mengenai doktrin BJR antara pelaku bisnis, instansi Pemerintah, penegak hukum, dan pembentuk undang-undang. Mempertimbangkan corak legalis formal Negara Indonesia sebagai penganut *civil law system*, diperlukan pembentukan regulasi yang mengadopsi konsep BJR sesuai dengan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 62/ PUU-XI/ 2013, terutama bagi Perseroan yang berstatus tertutup. Perlunya pembagunan hukum melalui yurisprudensi terkait dengan perkembangan doktrin BJR di Indonesia melalui proses peradilan. Penegakan hukum anti korupsi sesuai dengan putusan Mahkamah Kosntitusi Nomor 25/PUU-XIV/2016 yang menyatakan delik korupsi dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor adalah delik materiil.

DAFTAR PUSTAKA

- Asikin Z & Suhartana WP (2016). *Pengantar Hukum Perusahaan*. Jakarta. Prenadamedia Group.
- Bainbridge SM (2004). The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine. *Vanderbilt Law Review*. Vol 57 No. 1. 83 – 130.
- Dharsana I M, Kresnadjaja, Jordi IG, & Dhananjaya (2021). Responsibility of The Board of Directors on Implementation of Company When Conflict With Commissioners. *Journal Equity of Law and Governance*. Vol 1. No.2. 89-94.
- Hadi SD, Suryamah A, & Afriana A (2021). Prinsip Business Judgement Rule Dalam Pertanggungjawaban Hukum Direksi BUMN Yang Melakukan Tindakan Investasi Yang Mengakibatkan Kerugian. *Jurnal Ilmu Hukum Kenotariatan Fakultas Hukum Unpad*. Vol 4 No. 2. 171-190.
- Hamzah A (2017). *Hukum Pidana Indonesia*. Jakarta. Sinar Garfika
- Holland RJ (2009). Delaware Directors' Fiduciary Duties: The Focus on Loyalty. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*. Vol. 11 No 3. 675-701.
- Rajagukguk E (2007). Pengelolaan Perusahaan Yang Baik: Tanggung Jawab Pemegang Saham, Komisaris, dan Direksi. *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 26 No. 3, 27.
- Prayoko R (2015). *Doktrin Business Judgment Rule; Aplikasinya dalam Hukum Perusahaan Modern*. Yogyakarta. Graha Ilmu.

Undang-undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme

Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 20 Tahun 2001

Undang-undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara

Undang-undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara

Undang-undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan

Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas

PP Nomor 45 Tahun 2005 tentang Pendirian, Pengurusan, Pengawasan dan Pembubaran Badan Usaha Milik Negara

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 77/ PUU-IX/2011

Putusan Mahkamah Kosntituti Nomor 62/PUU-XI/ 2013

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PUU-XIV/2016

Putusan Mahkamah Agung Nomor 417 K/Pid.Sus/2014

Putusan Mahkamah Agung Nomor 121 K/Pid.Sus/2020