

DILEMA PENERAPAN BUSINESS JUDGMENT RULE DALAM TRANSAKSI KOMERSIAL BUMN

Prasetio

Program Studi Magister Ilmu Hukum,
Pascasarjana, Universitas Al Azhar Indonesia,
Komplek Masjid Agung Al-Azhar, Jl. Sisingamangaraja,
Kebayoran Baru, Jakarta Selatan, 12110

pprasetio@gmail.com

Abstrak-Direksi BUMN dalam melakukan transaksi dan/atau investasi guna mencapai pendapatan (revenue) dan pertumbuhan (growth) Perseroan dapat dihadapkan kepada situasi yang dilematis yang menimbulkan keragu-raguan dalam mengambil keputusan. Hal ini diakibatkan karena tumpang-tindihnya pengaturan tentang keuangan negara dalam berbagai ketentuan perundang-undangan pada saat mengidentifikasi atau pun menafsirkan kerugian bisnis. UU Perseroan Terbatas melindungi direksi dari pertanggungjawaban atas setiap tindakan yang mengakibatkan timbulnya kerugian perseroan, sepanjang tindakan tersebut dilakukan dengan itikad baik, dengan kehati-hatian yang wajar, serta untuk kepentingan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan. Konsep ini dikenal sebagai doktrin Business Judgment Rule. Namun jika dihadapkan kepada fakta yang terjadi dalam tatanan praktis terkait tindak pidana korupsi, perlindungan kepentingan hukum direksi berdasarkan prinsip business judgment rule cenderung diabaikan dan tidak pernah diterapkan. Hasil penelitian adalah sebagai berikut: keputusan bisnis direksi persero untuk melakukan restrukturisasi transaksi komersial persero khususnya yang terkait dengan transaksi dan/atau investasi dilakukan berdasarkan fiduciary duty yang memenuhi unsur-unsur doktrin BJR dengan menerapkan sistim pengendalian internal (internal control-system) yang efektif, manajemen risiko yang mengutamakan kualitas proses kehati-hatian (prudent risk management) dan kebijakan akuntansi manajemen maupun keuangan yang konservatif, serta sistim pengawasan (audit) internal maupun eksternal persero yang independen. Kerugian persero atau corporate loss yang diakibatkan dari penerapan BJR tidak merupakan kerugian negara tetapi kerugian perusahaan yang lazim disebut risiko bisnis. Ketidakharmomonisan peraturan perundang-undangan saat ini menimbulkan ketidakpastian hukum dan risiko bagi para direksi persero untuk mengambil keputusan bisnis mengingat dalam praktiknya doktrin BJR telah diabaikan.

Kata kunci: BUMN, restrukturisasi, risiko bisnis, dan business judgment rule

Abstract-In performing transactions and/or investments in order to achieve company revenue and growth, directors for State Owned Enterprise might be facing a dilemmatic situation that raised hesitations in taking strategic decision. It is caused by an overlapping of state financial arrangements in various legislative provisions in identifying or interpreting, what the meaning of business loss or corporate loss and state loss are. Company law protected directors from liability in any actions resulting company loss, as long as all actions conducted goodwill, reasonable prudence and for the interest regarding the aims and objectives of the company as well. This concept is being acknowledged as a doctrine of business judgment rule (BJR). However, being confronted to the facts that occurred in the practical arrangements related to corruption act, the protection of the

legal interests of the directors under BJR principle was tending to be disregarded and never implemented in some cases. The result of the research are as follow: directors for State Owned Enterprise restructuring Persero commercial agreements particularly transaction and/or investment had to be conducted under fiduciary duty that comply to business judgment rule as doctrine which applying effective internal control, prudent risk management process, conservative management & financial accounting policy and independently internal and/or external audit system. A State Owned Enterprise loss or corporate loss resulting from the implementation of business judgment rule did not constitute a state loss, but a corporate loss which was commonly called as business risk. Existing legislation disharmony has led to legal uncertainty and risk for State Owned Enterprise directors when taking a business decision since in practice the implementation of BJR doctrine has been disregarded.

Keywords: BUMN (State Own Enterprises), restructuring, business risk, and business judgment rule

PENDAHULUAN

Menyimak UU Perseroan Terbatas, terdapat doktrin business judgment rule sebagai salah satu prinsip yang memberi perlindungan bagi direksi dari pertanggungjawaban atas setiap tindakan yang diambilnya yang mengakibatkan timbulnya kerugian perseroan, sepanjang tindakan tersebut dilakukan dengan itikad baik, dengan kehati-hatian yang wajar, untuk kepentingan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan. Doktrin business judgment rule tersebut dapat dijumpai dalam Pasal 97 ayat (5) UU Perseroan Terbatas yang menyatakan:

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

Namun jika dihadapkan kepada fakta yang terjadi dalam tatanan praktis terkait tindak pidana korupsi maka perlindungan kepentingan hukum direksi berdasarkan doktrin business judgment rule tersebut, cenderung diabaikan dan tidak diterapkan. Adanya tumpang tindih pengaturan

menyangkut keuangan negara dalam berbagai peraturan perundang-undangan menimbulkan suatu kerancuan dan kesenjangan nilai dalam pengukuran kinerja direksi, juga risiko hukum yang dihadapi dalam menjalankan fungsinya. Kerancuan dan kesenjangan norma dalam pengukuran kinerja direksi tersebut, jelas menjadi dilema atau pilihan antara dua soal yang sulit bagi direksi dalam melakukan berbagai transaksi untuk mencapai revenue dan growth perseroan. Dalam aspek hukum perseroan, pengukuran kinerja dan pertanggungjawaban direksi dalam menjalankan fungsinya sebagai pengelola atau pengurus perseroan, dilakukan melalui mekanisme dan lembaga RUPS, baik itu RUPS Tahunan maupun RUPS lainnya (sering disebut atau dikenal sebagai RUPS Luar Biasa, dilakukan sesuai dengan kebutuhan dan kepentingan perseroan).

Kegiatan transaksi dan/atau investasi yang dilakukan direksi untuk mendorong pertumbuhan dan kemajuan perseroan, tidak tertutup kemungkinan salah satu diantaranya tidak sesuai dengan apa yang direncanakan sebelumnya, dalam arti pada transaksi tersebut terjadi kerugian keuangan perseroan atau corporate loss yang dengan logika dan pengujian yang wajar dan patut, digolongkan sebagai kerugian bisnis. Namun kenyataannya dalam corporate loss tersebut tidak tertutup kemungkinan atau bahkan sering sekali menjadi objek pemeriksaan aparat penegak hukum dalam hal ini Kepolisian, Kejaksaan dan atau Komisi Pemberantasan Korupsi, serta kemungkinan pemeriksaan tersebut sampai kepada

tahap persidangan di pengadilan. Akibatnya peristiwa corporate loss yang tergolong sebagai kerugian bisnis tersebut, sering dianggap atau dapat dipersamakan sebagai kerugian negara atau state loss. Kerancuan dan ketidaksamaan pemahaman seperti ini, mengakibatkan risiko hukum yang timbul dan menimpa direksi, menjadi sesuatu hal yang sangat tidak dapat diperkirakan (unpredictable), termasuk kemungkinan berhenti atau diberhentikan dari jabatannya. Kondisi ini bukan saja memberi dilema bagi direksi, tetapi menimbulkan pengaruh yang negatif bagi pertumbuhan usaha atau corporate growth, khususnya apabila dihadapkan kepada kondisi persaingan dalam bisnis yang dikelola perseroan. Berdasarkan uraian tersebut di atas maka rumusan masalah yang dapat dikemukakan adalah sebagai berikut:

1. Apakah restrukturisasi transaksi komersial PT (Persero) khususnya yang terkait dengan transaksi dan/atau investasi memiliki karakter business judgment rule?
2. Apakah setiap "corporate loss" dari PT (Persero) yang diakibatkan dari business judgment rule harus digolongkan pada kerugian keuangan negara?
3. Apakah pemberlakuan business judgment rule dalam pengelolaan PT (Persero) sebagai kekuatan ekonomi nasional tergantung pada peraturan perundang-undangan lain?

TINJAUAN PUSTAKA

Business Judgment Rule (BJR) adalah salah satu dari beberapa doktrin dalam hukum perusahaan yang harus dijalankan oleh direksi perseroan terbatas guna memenuhi fiduciary duty. Doktrin ini pada awalnya digunakan dalam hukum perusahaan negara Amerika Serikat. Negara Amerika Serikat sebagai penganut sistem hukum common law, memiliki yurisprudensi sumber hukum utama. BJR, menurut Angela Scheeman, merupakan doktrin yang mengajarkan bahwa direksi perseroan tidak bertanggungjawab atas kerugian yang timbul dari suatu tindakan pengambilan keputusan, apabila tindakan tersebut didasarkan pada itikad baik dan hati-hati.

Jadi BJR adalah perlindungan hukum bagi direktur dan jajarannya dari pertanggungjawaban atas

setiap kebijakan atau keputusan bisnis atau transaksi yang mengakibatkan kerugian bagi perusahaan, selama kebijakan atau keputusan bisnis atau transaksi bisnis tersebut dilakukan dengan itikad baik, penuh kehati-hatian, kejujuran sejalan dengan tanggung jawab dan wewenangnya. Berdasarkan pengertian-pengertian tersebut di atas maka dapat disimpulkan bahwa pada prinsipnya BJR merupakan aturan (doctrine atau presumption) yang memberikan kekebalan atau perlindungan bagi manajemen perseroan (direksi) dari setiap tanggung jawab yang lahir sebagai akibat dari transaksi atau kegiatan yang dilakukan olehnya sesuai dengan batas-batas kewenangan dan kekuasaan yang diberikan kepadanya, dengan pertimbangan bahwa kegiatan tersebut telah dilakukan dengan memperhatikan standar kehati-hatian dan itikad baik serta bertanggungjawab.

Perhitungan direksi dalam melakukan restrukturisasi transaksi komersial persero harus didasarkan perhitungan yang cermat, matang dan hati-hati. Dalam mengambil keputusan, direksi harus mengumpulkan dan menganalisa semua informasi yang diperlukan serta memperhitungkan semua risiko yang mungkin timbul. Direksi harus mampu memberikan keputusan untuk bertindak apabila menghadapi pilihan apakah lebih baik menghadapi risiko yang mungkin timbul setelah mengetahui adanya kemungkinan tingkat pengembalian proyek (project financial return) yang menguntungkan ataukah lebih baik menghindari risiko. Karenanya direksi BUMN dituntut untuk dapat memahami manajemen risiko sebagai bentuk penerapan prinsip kehati-hatian serta tata kelola perusahaan yang baik.

Untuk membantu memperhitungkan risiko ini, diperlukan adanya pihak yang menangani manajemen risiko, yang merupakan unit independen untuk membentuk business judgment yang baik. Pembentukan unit independen ini merupakan syarat utama untuk memitigasi kemungkinan terjadinya fraud di dalam perseroan sebagai bentuk penerapan six eyes principle (prinsip yang dikenal di dalam pengendalian intern perusahaan yang memisahkan antara unit pengusul transaksi komersial dengan unit independen sebagai pengkaji serta unit pemberi persetujuan yang dalam hal ini adalah direksi). Istilah lain dari

six eyes principle dalam terminologi pengendalian intern adalah segregation of dutie . Saat ini di beberapa persero telah terbentuk adanya tim yang menangani manajemen risiko tersebut. Dengan manajemen risiko dapat diketahui cara-cara/metode yang tepat untuk menghindari atau mengurangi kerugian yang diderita perseroan (risk mitigation), sebagai akibat ketidakpastian terjadinya peristiwa yang merugikan. Namun demikian, future can not be predicted, masa depan merupakan hak prerogative Tuhan. Tidak ada satu manusia pun yang dapat dengan penuh konsisten dan kebenaran mengetahui masa depan.

Dalam melakukan restrukturisasi transaksi komersial persero khususnya yang terkait dengan transaksi dan/atau investasi, maka direksi harus menerapkan prinsip good corporate governance sebagaimana dimaksud dalam UU BUMN. Fiduciary relationship antara direksi dengan perseroan membebankan kewajiban bagi direksi untuk melakukan usaha terbaiknya sehingga menghasilkan manfaat yang sebesar-besarnya bagi stakeholder, termasuk di dalamnya adalah pemegang saham (shareholders), yang dalam hal ini adalah Negara Republik Indonesia.

Dengan adanya doktrin business judgment rule bagi direksi dalam melaksanakan tugas dan tanggung jawabnya sebagai pengurus perseroan, maka pertimbangan dari direksi tidak dapat diganggu gugat atau ditolak oleh pengadilan atau oleh para pemegang saham. Direksi tidak dapat dibebani tanggung jawab atas akibat-akibat yang timbul karena telah diambilnya suatu keputusan bisnis dikarenakan dalam mengambil keputusan, direksi telah melakukan pertimbangan matang (pre-assessment). Hal ini didasarkan pada pemahaman bahwa, memperkirakan masa depan secara konsisten merupakan hal yang tidak mungkin, dan dunia bisnis penuh dengan ketidakpastian. Analisa pre-assessment tentunya sangat berbeda dengan analisa post-audit yang biasa dilakukan oleh badan pemeriksa atau auditor, mengingat pre-assessment berkaitan dengan masa depan yang merupakan misteri sementara post-audit berkaitan dengan peristiwa yang telah terjadi.

METODE PENELITIAN

Metode pendekatan yang digunakan dalam penulisan ini adalah pendekatan normatif empiris melalui penelitian kepustakaan (library research) serta penelitian lapangan (field research) yang terkait dengan aspek hukum perseroan dan BUMN (Persero).

HASIL DAN PEMBAHASAN

I. Karakter Business Judgment Rule dalam Restrukturisasi Transaksi Komersial PT (Persero)

Perhitungan direksi dalam melakukan restrukturisasi transaksi komersial persero harus didasarkan perhitungan yang cermat, matang dan hati-hati. Dalam mengambil keputusan, direksi harus mengumpulkan dan menganalisa semua informasi yang diperlukan serta memperhitungkan semua risiko yang mungkin timbul. Direksi harus mampu memberikan keputusan untuk bertindak apabila menghadapi pilihan apakah lebih baik menghadapi risiko yang mungkin timbul setelah mengetahui adanya kemungkinan tingkat pengembalian proyek (project financial return) yang menguntungkan ataukah lebih baik menghindari risiko. Karenanya direksi BUMN dituntut untuk dapat memahami manajemen risiko sebagai bentuk penerapan prinsip kehati-hatian serta tata kelola perusahaan yang baik.

Dengan adanya doktrin business judgment rule (BJR) bagi direksi dalam melaksanakan tugas dan tanggung jawabnya sebagai pengurus perseroan, maka pertimbangan dari direksi tidak dapat diganggu gugat atau ditolak oleh pengadilan atau oleh para pemegang saham. Direksi tidak dapat dibebani tanggung jawab atas akibat-akibat yang timbul karena telah diambilnya suatu keputusan bisnis dikarenakan dalam mengambil keputusan, direksi telah melakukan pertimbangan matang (pre-assessment). Hal ini didasarkan pada pemahaman bahwa, memperkirakan masa depan secara konsisten merupakan hal yang tidak mungkin, dan dunia bisnis penuh dengan

ketidakpastian. Analisa pre-assessment tentunya sangat berbeda dengan analisa post-audit yang biasa dilakukan oleh badan pemeriksa atau auditor, mengingat pre-assessment berkaitan dengan masa depan yang merupakan misteri sementara post-audit berkaitan dengan peristiwa yang telah terjadi. Apabila merujuk pada doktrin hukum business judgment rule, sepanjang transaksi komersial yang dilakukan para anggota direksi dalam melaksanakan pengurusan persero telah memenuhi prinsip-prinsip di atas, serta sesuai dengan maksud dan tujuan pembentukan persero, maka para anggota direksi tersebut secara umum telah terlindungi. Keputusan bisnis para anggota direksi itupun tidak dapat diperiksa pengadilan, terlepas dari hasil akhir yang didapatkan, apakah perseroan mengalami kerugian ataukah keuntungan. Namun demikian, business judgment rule juga tetap memberikan perlindungan hukum bagi pihak yang dirugikan untuk mengajukan tuntutan hukum kepada pengambil keputusan dalam hal keputusan tidak dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip di atas.

Dalam praktiknya negara selaku pemegang saham pada PT (Persero) merasa dirugikan, karenanya melalui Jaksa Penuntut Umum, dilakukan penuntutan atas pelaku perbuatan maupun pengambilan keputusan yang dianggap menyebabkan terjadinya kerugian di pihak pemegang saham tersebut. Karena kerugian yang ditimbulkan tersebut dianggap sebagai kerugian negara, maka terhadap pribadi pelaku terkait diajukan tuntutan tindak pidana korupsi. JPU telah mencampuradukkan kasus dalam ranah perdata ke dalam kasus pidana korupsi. JPU berlandaskan hasil audit dari BPK secara sepihak telah menyimpulkan bahwa negara memiliki kewenangan untuk ikut campur dalam pengelolaan dan pengurusan perseroan yang menurut hukum perusahaan dikategorikan sebagai hubungan keperdataan antara para pemegang saham dengan direksi dan komisaris perusahaan. Pemeriksaan laporan keuangan perusahaan tidaklah menjadi kewenangan BPK meskipun BPK dapat saja melakukannya sepanjang diminta oleh para pemegang saham melalui

persetujuan RUPS, dan melaporkan hasil auditnya hanya kepada RUPS pula.

Konsep kerugian menurut akuntansi dapat diketahui melalui penyusunan laba rugi dikenal adanya konsep penandingan (matching concept) yaitu membandingkan beban dengan pendapatan yang dihasilkan selama periode terjadinya beban dan pendapatan tersebut. Apabila jumlah beban yang terjadi dalam periode waktu tertentu lebih besar daripada jumlah pendapatan yang dihasilkan, maka perusahaan akan mengalami kerugian. Laba bersih merupakan jumlah dalam laporan laba rugi apabila pendapatan melebihi beban. Laba merupakan kelebihan pendapatan atas beban yang dikeluarkan dalam proses menghasilkan pendapatan. Laba juga bisa diartikan jumlah rupiah bersih yang diperoleh setelah semua pendapatan dan untung dikurangi dengan semua biaya dan rugi. Rugi bersih merupakan pengurangan bersih pada modal pemilik yang berasal dari kegiatan mencari laba. Rugi juga bisa diartikan sebagai jumlah dalam laporan rugi laba apabila pendapatan kurang dari beban.

Syarat adanya perbuatan melawan hukum dalam melakukan penyelidikan terhadap suatu transaksi komersial atas dugaan tindak pidana korupsi pada dasarnya tidak memiliki landasan yuridis serta meniadakan doktrin BJR. Tanpa adanya bukti bahwa telah terjadi kecurangan dalam perseroan atau yang lebih dikenal dengan sebutan piercing the corporate veil maka sulit untuk mengajukan tuntutan secara pribadi kepada para direksi dan atau komisaris. Dengan demikian pengambilan keputusan direksi sepanjang telah dilakukan sesuai dengan governance yang berlaku (sesuai anggaran dasar, penerapan risk management berupa six eyes principle, serta pengendalian intern yang konservatif dan efektif) maka pengambilan keputusan direksi tersebut bukanlah merupakan pelanggaran hukum.

II. Penggolongan "Corporate Loss" Dari PT (Persero) yang Diakibatkan dari Business Judgment Rule Menjadi Kerugian Keuangan Negara

Lingkup norma hukum perbuatan "mengurus" Perseroan itu pada dasarnya ada dua yaitu: *beheer van daden* dan *beschikking van daden*. Yang biasanya dirumuskan dalam Anggaran Dasar PT adalah kaedah "beschikking daden" dengan kaedah "larangan". Di dalam UU Perseroan Terbatas juga terdapat rumusan "beschikking daden" sebagaimana dapat dilihat di dalam ketentuan Pasal 102 ayat (1) yang mengatakan bahwa Direksi wajib meminta persetujuan RUPS untuk: a. mengalihkan kekayaan Perseroan; atau b. menjadikan jaminan utang kekayaan Perseroan, yang merupakan lebih dari 50 % (lima puluh persen) jumlah kekayaan bersih Perseroan dalam 1 (satu) transaksi atau lebih, baik yang berkaitan satu sama lain maupun tidak. Perbuatan "mengalihkan dan menjadikan jaminan utang kekayaan PT" adalah contoh perbuatan *beschikking* dalam hukum PT. Secara *a contrario*, kaedah yang tidak dirumuskan di dalam Anggaran Dasar dengan ketentuan harus mendapat persetujuan RUPS atau Dewan Komisaris, perbuatan tersebut masuk dalam lingkup perbuatan pengurusan. Perbuatan itu adalah perbuatan yang biasa sehari-hari dilakukan oleh Direksi dalam mengurus PT.

Ketentuan Pasal 92 ayat (2) UU Perseroan Terbatas mengatur bahwa direksi berwenang menjalankan pengurusan sesuai dengan kebijakan yang dipandang tepat dalam batas UU dan/atau Anggaran Dasar. Yang dimaksud dengan "kebijakan yang dipandang tepat" adalah kebijakan yang antara lain didasarkan pada keahlian, peluang yang tersedia, dan kelaziman dalam dunia usaha sejenis. Kebijakan yang dipandang tepat di dalam Pasal 92 ayat (2) UU Perseroan Terbatas ini secara teoritis masuk dalam kategori "blanket norm" (open norm). Apa yang dimaksud dengan "kebijakan yang dipandang tepat" hanya diberikan contoh secara demonstratif (tidak limitatif) dengan kata-kata "antara lain"

dan di dalam contoh itu ada kaedah yang mengatakan bahwa kebijakan secara tepat itu di dasarkan atas "kelaziman dalam dunia usaha sejenis". Kelaziman dalam dunia usaha sejenis ini secara teoritis sulit diberikan kriterianya atau ukurannya. Di dalam praktik tidak tertutup kemungkinan dapat diberikan tafsiran secara luas atau sempit. Oleh sebab itu perlu "kearifan" pengurus sebagai organ perseroan yang diberi tugas, wewenang dan tanggung jawab mengurus perseroan. Menurut hemat Penulis, kebijakan yang dipandang tepat adalah kebijakan yang dapat mendatangkan keuntungan bagi perseroan, kebijakan yang berguna bagi kepentingan PT. UU Perseroan Terbatas memberikan kelonggaran untuk dijabarkan sendiri dalam praktik asalkan hal itu sesuai dengan norma-norma kelaziman dalam dunia usaha sejenis.

Dalam perkembangan baru sekarang ini yang mulai memandang penting penerapan prinsip tata kelola perusahaan yang baik (Good Corporate Governance), disamping kepentingan pemegang saham dan kepentingan PT sendiri, masih ada kepentingan lain dalam PT, seperti kepentingan karyawan, kepentingan pihak ketiga atau kreditur, kepentingan negara dan sebagainya. Filosofi pengaturan demikian adalah bertujuan memberikan perlindungan hukum kepada Perseroan dan sekaligus kepada pemegang saham secara intern. Jika pemegang saham atau pihak ketiga atau orang di luar PT ada yang merasa dirugikan atas perbuatan Direksi, maka Pihak tersebut berdasarkan alas hak umum "perbuatan melawan hukum" menurut Pasal 1365 KUHPerdara dapat saja melakukan gugatan ke Pengadilan Negeri kepada Direksi yang bersangkutan.

Kerugian negara mempunyai implikasi korupsi jika kerugian negara tersebut disebabkan perbuatan melawan hukum atau penyalahgunaan wewenang. Disamping itu, kerugian negara dapat terjadi pula karena pertimbangan bisnis yang tidak tepat. Misal untuk keperluan stok BBM supaya tidak terjadi kekurangan, BUMN pada saat ini membeli solar sebanyak 1000 ton dengan

harga Rp. 600 juta/ton, keesokan harinya ternyata solar mengalami penurunan harga menjadi Rp. 500 juta/ton. Dalam situasi demikian Persero tersebut mengalami kerugian Rp. 100 juta/ton tetapi kerugian tersebut hanya semata-mata karena pertimbangan bisnis, tidak dapat dinyatakan melakukan perbuatan hukum yang merugikan keuangan negara. Langkah yang tepat harus dilakukan oleh aparat hukum adalah mengkaji apakah direksi dalam menjalankan kewenangannya telah memenuhi business judgment rule (Pasal 97 ayat (5) UU Perseroan Terbatas) ataukah tidak? Kerugian yang terjadi dalam pengambilan keputusan profesional (BUMN atau BUMD) tidak boleh dianggap sebagai suatu tindakan sengaja yang setara dengan melakukan financial fraud, melainkan masih dalam tataran kesalahan pengelolaan. Persero memang bertujuan profit oriented, namun demikian dalam prakteknya dapat juga mengalami kerugian. Jika kerugian tersebut masih dalam lingkup rule and regulation, maka perbuatan tersebut tidak berimplikasi pidana.

Richard Posner dalam teori economic analysis of law atau yang lebih dikenal sebagai teori analisa ekonomi dalam hukum. Posner menggambarkan analisis ekonomi dari hukum sebagai teori hukum, akan tetapi analisis ekonomi tersebut juga dapat dipandang sebagai teori keadilan ketika dia mengatakan bahwa "the most common meaning of justice is efficiency". Apabila dikaitkan dengan ketentuan Pasal 97 ayat (5) UU Perseroan Terbatas maka direksi dan manajemen perusahaan dalam pengambilan keputusan bisnis harus menerapkan itikad baik dan kehati-hatian. Itikad baik dan kehati-hatian ini diterjemahkan sebagai kesesuaian proses pengambilan keputusan dengan kebijakan dan proses bisnis (business process) yang telah ditetapkan oleh perusahaan. Kebijakan ini diterapkan dengan disiplin tinggi. Makna itikad baik dan kehati-hatian dalam Pasal 97 ayat (5) UU Perseroan Terbatas harus diartikan sebagai penerapan ilmu ekonomi yakni manajemen risiko dan akuntansi dalam setiap pengambilan keputusan bisnis.

Manajemen risiko dipersamakan perannya sebagai bentuk dari perencanaan (planning), sedangkan akuntansi diartikan sebagai bentuk pengendalian dari rencana, yaitu organizing, actuating, dan controlling. Dalam fungsi pengawasan termasuk di dalamnya adalah audit, baik internal maupun eksternal. Apabila seluruh rangkaian tersebut telah dijalankan oleh direksi atau pun pimpinan manajemen perusahaan maka kepadanya diberikan pembebasan tanggung jawab atas potensi risiko bisnis dan risiko hukum yang terjadi di masa depan.

III. Ketergantungan Pemberlakuan Business Judgment Rule Dalam Pengelolaan PT (Persero) Terhadap Peraturan Perundang-undangan Lain.

Sebagaimana telah dijelaskan pada bagian sebelumnya mengenai keberadaan doktrin business judgment rule di Indonesia, UU Perseroan Terbatas tidak menyebutkan secara tegas tentang pengaturan business judgment rule maupun fiduciary duty. Namun para ahli berpendapat bahwa doktrin business judgment rule dianut oleh ketentuan Pasal 97 Ayat (5) UU Perseroan Terbatas. Direksi tidak bertanggung jawab atas kerugian yang dialami perseroan apabila dapat membuktikan bahwa:

1. Kerugian tersebut bukan merupakan kesalahan atau kelalaiannya;
2. Telah melakukan pengurusan dengan itikad baik dan hati-hati untuk kepentingan perseroan semata, serta sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan;
3. Tidak mempunyai benturan kepentingan;
4. Telah mengambil tindakan yang diperlukan untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian tersebut.

Ketentuan Pasal 11 UU BUMN mengatur bahwa pengelolaan Persero dilakukan berdasarkan UU Perseroan Terbatas. Ratio legis-nya, apabila terjadi kerugian Persero atau corporate loss yang diakibatkan dari penerapan business judgment rule maka kerugian tersebut tidak merupakan kerugian negara tetapi kerugian perusahaan sebagai konsekuensi terhadap adanya risiko bisnis.

Adapun kerugian suatu Persero merupakan bentuk kerugian yang sering terjadi dalam dunia usaha, khususnya dalam kondisi dunia usaha saat ini yang sangat kompetitif. Persero tunduk kepada rezim hukum keperdataan khususnya UU BUMN dan tidak berada di bawah rezim hukum pidana khususnya UU No. 31 Tahun 1999 yang telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, meskipun telah terjadi kerugian pada Persero tersebut.

Apabila kekayaan negara dipisah lalu diserahkan kepada BUMN selaku korporasi yang tunduk pada aturan Hukum Perdata (UU Perseroan Terbatas), berarti hak milik sudah berpindah kepada BUMN, selanjutnya risiko pun juga berpindah. Saat menerima penyerahan benda kekekayaan negara, lalu menjadi pemilik, maka demi menangkai risiko yang muncul di belakang hari BUMN yang diwakili oleh Direksi, akan secara hati-hati, jujur, dan cermat akan mengelola aset miliknya dengan seksama. Dalam bisnis meskipun misalnya sudah berhat-hati dan jujur namun tetap rugi, maka ini memang risiko bisnis. Artinya jika dalam korporasi timbul kerugian maka hal tersebut merupakan risiko bisnis, dan yang menanggung adalah korporasi sebagai pemilik aset yang dijadikan transaksi saat melaksanakan bisnis. Berarti kerugian yang timbul itu adalah kerugian BUMN sebagai korporasi, sedangkan negara yang sudah menyerahkan kepemilikan asetnya, tidak dapat mengklaim kerugian korporasi itu sebagai kerugian negara, mengingat negara bukan lagi pemilik benda/aset tersebut, yang berarti juga tidak lagi harus memikul risiko. Disinilah adagium hukum berlaku bahwa pemiliklah yang memikul risiko atas benda miliknya, bukan negara yang sudah melepaskan kepemilikannya lewat levering/penyerahan yang sudah dilakukannya dari awal pemisahan.

Erman Rajagukguk menambahkan, dalam kenyataannya sekarang ini tuduhan korupsi juga dikenakan terhadap tindakan direksi BUMN dalam transaksi-transaksi yang

didalilkan dapat merugikan kerugian negara. Dapat dikatakan telah terjadi salah pengertian dan penerapan apa yang dimaksud dengan keuangan negara. Begitu juga tidak ada yang salah dengan pengertian keuangan negara dalam UU Keuangan Negara. Pasal 1 Angka 1 UU Keuangan Negara menyatakan keuangan negara adalah semua hak dan kewajiban negara yang dapat dinilai dengan uang, serta segala sesuatu baik berupa uang maupun barang yang dapat dijadikan milik negara berhubung dengan pelaksanaan hak dan kewajiban tersebut.

Konsisten dengan konsep pemisahan kekayaan di atas, Erman Rajagukguk juga berpendapat bahwa kekayaan negara yang dipisahkan dalam BUMN dalam lahirnya berbentuk saham yang dimiliki negara, bukan harta kekayaan BUMN tersebut. Menurut Erman Rajagukguk, kerancuan mulai terjadi dari Penjelasan UU Keuangan Negara berkaitan dengan pengertian dan ruang lingkup keuangan negara yang menyatakan:

“Pengertian yang digunakan dalam merumuskan Keuangan Negara adalah dari sisi obyek, subyek, proses, dan tujuan. Dari sisi obyek yang dimaksud dengan Keuangan Negara meliputi semua hak dan kewajiban negara yang dapat dinilai dengan uang, termasuk kebijakan dan kegiatan dalam bidang fiskal, moneter dan pengelolaan kekayaan negara yang dipisahkan, serta segala sesuatu baik berupa uang, maupun berupa barang yang dapat dijadikan milik negara berhubung dengan pelaksanaan hak dan kewajiban tersebut. Dari sisi subyek dimaksud dengan keuangan negara meliputi seluruh obyek sebagaimana tersebut di atas dimiliki negara, dan/atau dikuasai oleh Pemerintah Pusat, Pemerintah Daerah, Perusahaan negara/daerah, dan badan lain yang ada kaitannya dengan keuangan negara. Dari sisi proses, Keuangan Negara mencakup seluruh rangkaian kegiatan yang berkaitan pengelolaan obyek sebagaimana tersebut di atas mulai dari perumusan kebijakan dan pengambilan keputusan sampai dengan pertanggungjawaban. Dari sisi tujuan,

Kuangan Negara meliputi seluruh kebijakan, kegiatan dan hubungan hukum atau penguasaan obyek sebagaimana tersebut di atas dalam rangka pemerintahan negara. Bidang pengelolaan Keuangan Negara yang demikian luas dapat dikelompokkan dalam sub bidang pengelolaan fiskal, sub bidang pengelolaan moneter, dan sub bidang. Pengelolaan kekayaan negara yang dipisahkan”.

Dalam pengamatan Nindyo Pramono, dari definisi keuangan negara yang dirumuskan kedua undang-undang di atas dapat dilihat adanya definisi keuangan negara yang di dalamnya memasukkan kekayaan negara sebagai bagian keuangan negara, namun kedua undang-undang itu tidak memberikan tolok ukur yang sama tentang unsur-unsur apa dari keuangan negara. UU No. 31 Tahun 1999 memberikan batasan atau tolok pengertian yang sangat luas yaitu meliputi seluruh kekayaan negara dalam bentuk apapun, sedangkan UU Keuangan Negara memberikan batasan keuangan negara yang lebih sempit yaitu semua hak dan kewajiban negara yang dapat dinilai dengan sejumlah uang.

Dari dua definisi itu saja orang dapat berdebat. Jika mengacu kepada UU No. 31 Tahun 1999, keuangan negara berarti seluruh keuangan negara, sedangkan jika mengacu kepada UU Keuangan Negara, keuangan negara berarti hak dan kewajiban negara. Samakah makna hukumnya “seluruh kekayaan negara” dengan “hak dan kewajiban negara”? Jawabannya pasti beda. Di satu sisi wujudnya atau unsurnya adalah seluruh kekayaan atau dapat diperluas dengan istilah seluruh harta kekayaan negara. Di sisi yang lain wujud atau unsurnya adalah hak dan kewajiban. Jika dikaji lebih lanjut, hak dan kewajiban itu erat kaitannya dengan subjek hukum. Menurut hukum, hanya subjek hukum menyandang hak dan kewajiban. PT (Persero) adalah subjek hukum, karena PT (Persero) adalah badan hukum. Harta kekayaan adalah sesuatu atau objek yang dapat dimiliki atau dikuasai oleh subjek hukum yang menyandang hak dan kewajiban itu. Dari uraian di atas dapat

disimpulkan bahwa UU 31 Tahun 1999 mengartikan keuangan negara dari sudut objeknya, sedangkan UU Keuangan Negara mengartikan keuangan negara dari subjeknya. Dari sisi ini siapapun yang terlibat dalam pelaksanaan hukum tidak menggunakan pendekatan atau kriteria yang sama, dapat dipastikan dalam pelaksanaannya akan menimbulkan permasalahan.

Menurut Ridwan Khairandy, jika aparat penegak hukum masih menganut paham kekayaan BUMN adalah kekayaan negara, negara juga harus bertanggungjawab terhadap seluruh utang yang dimiliki BUMN. APBN akan terkuras untuk membayar utang-utang BUMN yang begitu besar. Sangat disayangkan dalam perkembangan hukum di Indonesia saat ini, telah terjadi ketidakharmonisan diantara peraturan perundang-undangan yang berlaku. Menurut Nindyo Pramono, ketidakharmonisan ini antara lain terjadi pada peraturan perundangan sebagaimana dijelaskan di atas, yaitu UU Perseroan Terbatas dengan undang-undang lain tentang Tipikor, BPK, Keuangan Negara, Perbendaharaan Negara, Pasar Modal, atau BUMN. Peraturan yang masuk lingkungan hukum bisnis itu kadang saling bertentangan pada segi tertentu. Ketidakharmonisan acapkali terjadi saat penggabungan rezim hukum perdata dengan rezim hukum pidana. Beberapa perbuatan yang sifatnya perdata ditarik-tarik untuk masuk ke ruang pidana. Akibatnya, muncul perbedaan persepsi ketika normanya diterapkan dalam praktik. Selain itu tidak sedikit peraturan yang terkesan mengabaikan doktrin *business judgment rule*. Karenanya diperlukan suatu reformasi hukum segera.

KESIMPULAN

Pertama, keputusan bisnis direksi persero untuk melakukan restrukturisasi transaksi komersial persero khususnya yang terkait dengan transaksi dan/atau investasi dilakukan berdasarkan fiduciary duty yang memenuhi unsur-unsur doktrin BJR dengan menerapkan sistem pengendalian internal (internal control-system) yang efektif, manajemen risiko yang mengutamakan kualitas proses kehati-hatian (prudent risk management) dan kebijakan akuntansi manajemen maupun keuangan yang konservatif, serta sistem pengawasan (audit) internal maupun eksternal persero yang independen. Direksi dalam mengambil keputusan harus sudah memperoleh masukan yang selayaknya diperlukan terkait dengan keputusan yang akan diambil dan pula telah menempuh proses atau langkah-langkah yang sewajarnya dalam pengambilan keputusan bisnis berdasarkan pada itikad baik, dengan pengertian bahwa tidak ada seorang pun dari anggota direksi yang mengetahui bahwa akibat dari keputusan tersebut akan menimbulkan kerugian bagi perseroan secara nyata, yang diakibatkan dari suatu perbuatan curang atau melawan hukum. Kedua, kerugian persero atau corporate loss yang diakibatkan dari penerapan BJR tidak merupakan kerugian negara tetapi kerugian perusahaan yang lazim disebut risiko bisnis. Persero tunduk kepada rezim hukum keperdataan khususnya UU BUMN dan tidak berada di bawah rezim hukum pidana khususnya UU No. 31 Tahun 1999 yang telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, meskipun telah terjadi kerugian pada Persero tersebut. Kerugian yang timbul tidak secara otomatis menjadi kerugian Persero mengingat ada dana cadangan perusahaan yang bisa digunakan untuk menutupnya. Ketiga, masalah penyelesaian kasus Persero yang telah mengalami kerugian bisnis bukanlah semata-mata merupakan masalah hukum melainkan masalah pendekatan dari sudut ekonomi terhadap hukum (economic analysis of law) sebagaimana yang dikemukakan oleh Richard Posner. Ketidakharmonisan peraturan perundang-undangan saat ini menimbulkan ketidakpastian hukum dan risiko bagi para direksi persero untuk mengambil keputusan bisnis mengingat dalam praktiknya doktrin BJR telah diabaikan.

Kekhawatiran ini dapat berujung pada penundaan bahkan peniadaan pengambilan keputusan yang dapat menyebabkan terhentinya perkembangan Persero dan menyebabkan Persero menjadi stagnan bahkan mundur dalam sistem perekonomian Indonesia yang pada gilirannya akan menghambat tujuan didirikannya Persero sebagai salah satu pelaku ekonomi dalam sistem perekonomian nasional, disamping usaha swasta dan koperasi.

DAFTAR PUSTAKA

- Ali, Masyhud, Manajemen Risiko, Strategi Perbankan dan Dunia Usaha Menghadapi Tantangan Globalisasi Bisnis, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006.
- Erman Rajagukguk, Nyanyi Sunyi Kemerdekaan Menuju Indonesia Negara Hukum Demokratis, Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi Universitas Indonesia, Depok, 2006
- Khairandy, Ridwan, Perseroan Terbatas: Doktrin, Peraturan Perundang-undangan, dan Yurisprudensi, Edisi Revisi, Total Media, Yogyakarta, 2009
- Man Sastrawidjaja, Kedudukan Kekayaan PT (Persero) Dalam Rezim UU No. 17 Tahun 2003 Tentang Keuangan Negara Sebuah Pemikiran dari Sisi Hukum Bisnis, Komplasi Hukum Bisnis, CV Keni bekerjasama dengan FH Unpad, Bandung, 2012
- Romli Atmasasmita, Globalisasi dan Kejahatan Bisnis, Cetakan ke-1, Kencana, Jakarta, 2010
www.hukumonline.com, "Tanggulangi Krisis Eks Dirut Merpati Dipidana", 2012. (Diakses pada 30 Juli 2012)
- Carl S. Warren, (et al), Accounting Principle, South-Western of Thomson Learning, 2005
Suwardjono, Akuntansi Pengantar, BPFE, Yogyakarta
- Philips E. Fees, (et al), 1997, Accounting Principle, South-Western Publishing Co.

Pitlo, Het Verbintenissen Recht naar het Nederland Burgerlijk Wetboek, Gouda Quint, Arnhem, 1964

Nur Basuki Minarno, dalam Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung Republik Indonesia, dengan Iqbal, Moch, sebagai Koordinator Peneliti, Laporan Penelitian, Makna “uang Negara” dan “Kerugian Negara” dalam Putusan Pidana Korupsi Kaitannya Dengan BUMN/Persero, Penerbit Balitbang Pendidikan dan Pelatihan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta, 2010

Isnaeni, “Hukum Sebagai Bingkai Bisnis”, Artikel, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2012

Nindyo Pramono, Kekayaan Negara Yang Dipisahkan Menurut UU Nomor 19 Tahun 2003 tentang BUMN, dalam Sri Rejeki Hartono, et.al, ed, Permasalahan Seputar Hukum Bisnis: Persembahan kepada Sang Maha Guru, Tanpa Penerbit, Yogyakarta, 2006

<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4f4af449cbb9b/prof-dr-nindyo-pramono-sh--ms-brancaman-pidana-dalam-hukum-bisnis>, 2012. (Diakses pada 30 Desember 2012)

Posner, Richard A., Economic Analysis of Law, Fourth Edition, Little, Brown And Company, Boston Toronto London, 1992