

## KETENTUAN DAN PELAKSANAAN *BUSINESS JUDGEMENT RULE* DI AMERIKA, AUSTRALIA DAN INDONESIA

**Yafet Yosafet Wilben Rissy**  
Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana  
Jl. Diponegoro 52-60, Salatiga, 50711  
yafet.rissy@uksw.edu

### *Abstract*

*The purpose of this study is to discuss the provisions and implementation of business judgment rules (BJR) in the United States (US), Australia and Indonesia. This study shows that in the US and Australia the BJR element has become a statutory obligation. The business decisions of directors have been examined by the court in the common law tradition and they are now strictly regulated that a business decision can be examined if there is a violation of the director's duty of care and fiduciary duties. Indonesia also adopted the BJR in the 2007 Limited Liability Company Law, but the court rarely examined it. In terms of the adoption of the BJR, this study indicates that the adoption has a number of fundamental problems. Therefore, it is recommended that BJR arrangements need to be carried out more systematically.*

**Keywords:** *Business Judgment Rule; Directors; Business Decision; Directors' Duties; Courts*

### **Abstrak**

Tujuan studi ini ialah membahas ketentuan dan penerapan *business judgment rule* (BJR) di Amerika Serikat (AS), Australia dan Indonesia dimana secara khusus menganalisis bagaimana dan kapan pengadilan memeriksa BJR dan bagaimana BJR diatur dalam hukum perusahaan. Studi ini menunjukkan bahwa di AS dan Australia elemen BJR telah menjadi sebuah *statutory obligation*. Keputusan bisnis direktur telah diadili pengadilan dalam tradisi *common law* dan kini diatur secara tegas bahwa keputusan bisnis bisa diadili jika terdapat pelanggaran *duty of care* dan tugas fidusia direktur. Indonesia juga mengadopsi BJR dalam Undang-Undang Perseroan Terbatas 2007 namun pengadilan jarang menguji BJR. Terkait adopsi BJR, studi ini mengindikasikan bahwa adopsi tersebut masih menyisakan sejumlah persoalan mendasar. Oleh karena itu, direkomendasikan agar pengaturan BJR perlu dilakukan secara lebih sistematis.

**Kata Kunci:** Aturan Penilaian Bisnis; Direktur; Keputusan Bisnis; Tugas Direktur; Pengadilan

#### **A. Pendahuluan**

Direktur, ketika menjalankan tugasnya, diperhadapkan pada pilihan pengambilan keputusan bisnis yang bisa mendatangkan nilai tambah atau menguntungkan tapi pada saat bersamaan tidak jarang keputusan bisnis mendatangkan resiko, kewajiban/hutang atau kerugian dan kepailitan bagi perusahaan. Lalu dimana menilai batas pertanggungjawaban hukum dan pribadi

direktur jika sebuah keputusan bisnis tidak menghasilkan keuntungan?

Pergumulan untuk menguji keputusan atau tindakan bisnis direktur telah dilakukan dalam waktu yang panjang oleh pengadilan di Amerika dan Australia. Pada saat dimana BJR belum diatur secara tegas dalam Undang-Undang Perusahaan (UUP), praktek pengujian terhadap BJR oleh pengadilan di kedua negara tersebut didasarkan pada tradisi *common law* (hukum kebiasaan) yang juga diletakan fondasinya oleh pengadilan.

Sekalipun demikian, perdebatan diseputar aspek kepastian hukum penerapan BJR tetap saja mengemuka. Untuk itu, didahului Australia tahun 1999 lalu diikuti Amerika tahun 2016, prinsip-prinsip BJR yang dilahirkan oleh pengadilan dikodifikasikan dalam UUP di kedua negara tersebut yakni the Corporation Act 1999 (The Australia Corporations Act 2011, 2011) (Australia) dan the Model Business Corporation Act 2016 (The Model Business Corporation Act 2016, 2016) (the MBCCA, Amerika).

Studi ini membahas isu penting yakni kapan dan bagaimana pengadilan menguji penerapan BJR oleh direktur dan bagaimana BJR dikodifikasikan dalam UUP di Amerika dan Australia. Ketentuan dan pelaksanaan BJR di Australia dan Amerika perlu dikaji karena UU Perusahaan terkini dari kedua negara tersebut telah mengkodifikasi prinsip-prinsip BJR yang dihasilkan oleh praktek pengadilan selama ini dimana elemen BJR diatur secara limitatif dalam UU Perusahaan dan disertai penjelasan konsep dari elemen inti BJR. Tujuannya ialah untuk menghindari bias interpretasi dan implementasi prinsip BJR oleh satu pengadilan dan pengadilan lainnya. Sementara itu, artikel ini juga mempersoalkan adopsi BJR dalam Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 (UU PT 2007) dengan menguraikan sejumlah kelemahan mendasarnya dan penerapannya oleh pengadilan. Akhirnya, artikel ini memberikan sejumlah rekomendasi konkrit bagi perubahan UU PT 2007 sepanjang terkait dengan adopsi BJR.

## B. Pembahasan

### 1. *Business Judgment Rule* di Amerika

BJR di Amerika adalah produk hukum kasus atau *case law* yang telah digumuli oleh pengadilan-pengadilan di Amerika dalam putusan-putusannya dalam satu abad terakhir. Tugas direktur, khususnya tugas untuk bertindak dengan penuh kepedualian (*duty of care*) dan tugas bertindak dengan itikad baik dan untuk kepentingan terbaik perusahaan (*good faith and in the best*

*interest of the company*) serta tugas direktur lainnya yang dirumuskan dalam the MBCA 2016 lebih merupakan hasil dari perjalanan panjang upaya untuk merumuskan BJR sebagai suatu kewajiban hukum (*statutory obligation*).

Upaya ini dilakukan oleh pengadilan di Amerika, khususnya Pengadilan Delaware, yang terkenal dengan putusannya terkait dengan BJR, dan perjuangan sistematis (ilmiah) dari *the American Law Institute* (ALI) dalam upayanya merumuskan BJR untuk selanjutnya diadopsi dalam undang-undang baik di level negara bagian maupun federal sebagaimana terlihat dalam the MBCA 2016. Sebelum lebih lanjut membahas peran Pengadilan Delaware dan ALI dalam merumuskan BJR, akan terlebih dahulu melihat substansi tugas direktur dalam the MBCA 2016.

The MBCA 2016 mengatur dua tugas utama direktur yakni *duty of care* dan *duty of loyalty* (istilah yang dipakai untuk tugas fidusia di Amerika). Dalam *duty of care*, direktur harus bertindak dengan penuh kehati-hatian, kepedulian dan perhatian dan tindakan ini perlu didukung oleh informasi yang layak dipercaya (s 8.30 (b) the MBCA 2016). Dalam *duty of loyalty* (tugas fidusia), direktur diminta untuk bertindak dengan itikad baik (*good faith*) untuk kepentingan terbaik perusahaan (s 8.30 (a)) the MBCA 2016).

Ketentuan terkait dua tugas utama direktur di atas sebenarnya berbeda sangat tipis dengan BJR. Kalau seorang direktur telah menjalankan tugasnya di atas dengan itikad baik, penuh kepedulian dan informasi yang cukup, dan untuk kepentingan terbaik perusahaan, dalam konteks pengambilan keputusan bisnis di Amerika, sesungguhnya direktur tersebut telah melakukan tindakannya dalam kerangka BJR. Dengan kata lain, direktur yang bertindak sesuai dengan kedua tugas utama di atas, pada saat yang sama telah melaksanakan BJR dan atasnya, tindakan atau keputusan bisnis tersebut tidak dapat dituntut (The Model Business Corporation Act 2016, 2016).

Penjelasan s 8.31 the MBCA 2016 menegaskan kembali hubungan *duty of care* dan *duty of loyalty* dengan BJR. Dijelaskan bahwa pertanggungjawaban direktur dapat dihilangkan atau dibatasi oleh ketentuan dalam akta pendirian perusahaan. Tetapi terdapat sejumlah batasan dimana direktur tidak dapat dilindungi (dapat dituntut) dalam mengambil keputusan bisnis. Terdapat sejumlah tindakan dimana jika diambil seorang direktur, dia bisa dituntut karena melanggar BJR, antara lain ketika direktur a) mengambil sejumlah manfaat keuangan dimana seharusnya direktur tidak berhak atasnya; b) memiliki niat secara sengaja untuk merugikan perusahaan atau pemegang saham; c) secara sengaja melakukan tindakan kriminal (s 2.02(b)(4) the MBCA 2016); d) secara langsung atau tidak langsung mengambil kesempatan bisnis bagi dirinya atau memberikan kepada orang lain sebelum memberikan atau menawarkan terlebih dahulu kepada perusahaan (Ss 2.02(b) (6), 8.61 (a), 8.70 the MBCA 2016); e) melakukan transaksi yang didalamnya direktur memiliki konflik kepentingan (s 8.61 (b) the MBCA 2016); dan f) dengan sengaja melakukan distribusi aset atau saham secara melawan hukum (s 8.32 the MBCA 2016).

Selanjutnya dijelaskan bahwa jika BJR tidak membebaskan pertanggungjawaban direktur dari keputusan bisnisnya, ketentuan umum yang harus ditetapkan adalah bahwa segala kerugian keuangan atau kerusakan lainnya yang diderita perusahaan atau pemegang saham adalah merupakan hasil dari tindakan secara melawan hukum atau pembiaran yang dilakukan direktur (The Model Business Corporation Act 2016, 2016).

Ketentuan dan penjelasan terbaru dalam the MBCA 2016 di atas semakin memperkuat dan membuat jelas praktek BJR yang selama ini diinterpretasikan dan dilaksanakan oleh pengadilan di Amerika, khususnya Pengadilan Delaware. Dalam sejumlah kasus yang diputuskan oleh pengadilan di Amerika, dinyatakan bahwa BJR melindungi keputusan direktur yang

telah dibuat dengan basis informasi yang cukup, dengan itikad baik, dan dengan kepercayaan yang jujur dan keputusan bisnis dimaksud adalah untuk kepentingan terbaik perusahaan. Jika kriteria-kriteria di atas terpenuhi, direktur tidak bertanggungjawab atas kerugian yang dihasilkan dari kesalahan jujur dalam penilaian dan pengadilan tidak akan mengadili keputusan bisnis yang kompleks dari perusahaan. Secara tradisional, untuk membuktikan bahwa seorang direktur telah melanggar BJR adalah dengan membuktikan bahwa direktur tersebut telah bertindak dengan tidak tepat (*improper*) dan dengan itikad buruk (*bad faith*) (Berger, 1990).

Bahkan jauh sebelum dirincinya pedoman BJR seperti dalam the MBCA 2016 di atas, praktek terkait BJR di Amerika didasarkan pada rumusan Pengadilan Delaware mengenai BJR dan rumusan BJR yang dihasilkan oleh ALI, yang telah banyak diadopsi oleh sejumlah Pengadilan Tinggi di Amerika (Branson, 2002).

Cikal bakal BJR itu sendiri telah diintroduksi Mahkamah Agung Delaware sejak tahun 1927 ketika menagani kasus *Bodell v. General Gas & Electric Corp.* Dalam kasus ini Mahkamah Agung Delaware menyatakan bahwa tindakan direktur yang telah 'dilakukan dengan itikad baik, yang dilakukan dalam penilaian terbaik mereka, dan untuk apa yang mereka yakini menguntungkan perusahaan dan semua pemegang sahamnya' tidak dapat disalahkan (Supreme Court of Delaware, 1927).

Rumusan awal BJR ini yang kemudian ditegaskan lagi oleh Pengadilan Delaware dalam kasus *Aronson v. Lewis*, tahun 1984. Pernyataan dalam putusan ini adalah pernyataan yang paling banyak dirujuk oleh pengadilan lain dan berbagai kalangan; akademi dan praktisi, di Amerika. Dalam putusan ini, BJR didefinisikan sebagai:

BJR adalah sebuah praduga bahwa dalam membuat sebuah keputusan bisnis, direktur perusahaan bertindak berdasarkan informasi, dengan itikad baik dan dengan keyakinan jujur bahwa tindakan yang diambil adalah demi

kepentingan terbaik perusahaan. Jika tidak ada penyalahgunaan diskresi, keputusan itu akan dihormati oleh Pengadilan. Beban ada pada pihak yang menantang keputusan untuk menetapkan fakta yang membantah anggapan tersebut (Supreme Court of Delaware, 1984).

Mahkamah Agung Delaware, dalam kasus *Smith v. Van Gorkom*, menghubungkan BJR dengan keputusan yang didasarkan pada informasi yang cukup. Pengadilan berpendapat bahwa tindakan atau keputusan direktur yang tidak didasarkan pada informasi yang cukup merupakan pelanggaran atas tugas fidusia umumnya dan lebih khususnya *duty of care*. Para direktur, sebelum memutuskan untuk menjual saham Trans Union, seharusnya berkonsultasi terlebih dahulu dengan pihak ahli keuangan dari luar terkait harga saham. Faktanya para direktur ketika memutuskan menjual saham hanya mendapatkan nasihat dari kepala keuangan perusahaan (*chief financial officer*, CFO). Keputusan penjualan ini telah merugikan pemegang saham Trans Union. Keputusan Mahkamah Agung Delaware ini sekaligus membatalkan Putusan sebelumnya (*Trial Court/the Chancery Court*) dimana telah secara salah menerapkan BJR bagi para direktur (Supreme Court of Delaware, 1985).

Ketika menangani perkara *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* di tahun 1993, Mahkamah Agung Delaware juga menyatakan bahwa direktur dalam menjalankan *duty of care*-nya tidak boleh bertindak curang dan melakukan *unfair dealing*. Bahwa direktur oleh karenanya, dalam penjualan saham perusahaan misalnya, harus berperan langsung dalam konteks penjualan saham perusahaan dari awal hingga akhir, direktur tidak boleh menjadi pasif instrumentalis selama proses merger, dan direktur harus mencari semua informasi material yang masuk akal bagi mereka sebelum memutuskan tindakan

merger atau penjualan saham (Supreme Court of Delaware, 1993).

Mahkamah Agung Delaware juga memberikan petunjuk terkait dengan konsep direktur harus menginformasikan diri mereka sendiri terkait subjek yang dibuatkan keputusan (*to inform themselves all material information related to the subject matter*) yakni bahwa direktur harus melakukan sejumlah pencarian atau penelitian dan mengambil keputusan berdasarkan informasi yang ditelusuri tersebut. Proses ini harus dilaksanakan sebelum keputusan atau penilaian bisnis dilakukan (Supreme Court of Delaware, 1993).

Sementara itu, harus diakui bahwa ALI berperan besar dalam merumuskan sebuah *common rule* bagi BJR, yang kemudian diadopsi secara meluas di Amerika. Dalam dokumennya, s 4 (c) (1) (2) (3), ALI (The American Law Institute, 1994) (1994) merumuskan BJR sebagai berikut:

(c) *A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the [duty of care] if the director or officer:*

- (1) *is not interested in the subject of his business judgment;*
- (2) *is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and*
- (3) *rationaly believes that the business judgment is in the best interests of the corporation.*

Atas pendapat Mahkamah Agung Delaware, ALI (The American Law Institute, 1994), dan dibandingkan dengan pendapat Branson (Branson, 2002), Weinberger (Weinberger, 2010), Hensey IV (Hinsey IV, 1984), Block, Barton, dan Radin (Block, D.J.; Barton, N.E.; Radin, 1987), dan McMillan (McMillan, 2013) dicatat setidaknya delapan unsur utama dari BJR di Amerika: (a) adanya keputusan bisnis; (b) keputusan didasarkan pada informasi yang dapat dipercaya; (c) keputusan dilakukan

dengan itikad baik (jujur); (d) keputusan dilakukan dengan penuh kepedulian dan kehati-hatian; (e) keputusan bebas dari konflik kepentingan; (f) keputusan tidak mengandung unsur curang atau melawan hukum; (g) keputusan tersebut rasional (tidak menyalahgunakan diskresi); dan (h) tidak ada *unfair dealing*.

## 2. *Business Judgment Rule* di Australia

Australia adalah negara pertama dari negara-negara yang berada dalam tradisi *common law* yang secara eksplisit memasukan BJR dalam amendemen UU Perusahaannya di tahun 1999, yang kemudian dipertahankan dalam amendemen UU Perusahaan di tahun 2001 (*The Australia Corporations Act 2011*, 2011). Jika dicermati, BJR sebenarnya merupakan perbaikan minor terhadap *duty of care* yang lahir dari aturan *common law* atau yang telah dikodifikasikan dalam karena undang-undang. Ketentuan ini berlaku dalam *common law* maupun dalam *equity principle*. S 180 (2) the *Corporations Act 2001* menyatakan sebagai berikut:

*180 Care and diligence—civil obligation only*

(2) *A director or other officer of a corporation who makes a business judgment is taken to meet the requirements of subsection (1), and their equivalent duties at common law and in equity, in respect of the judgment if they:*

- (a) *make the judgment in good faith for a proper purpose; and*
- (b) *do not have a material personal interest in the subject matter of the judgment; and*
- (c) *inform themselves about the subject matter of the judgment to the extent they reasonably believe to be appropriate; and*
- (d) *rationaly believe that the judgment is in the best*

*interests of the corporation. The director's or officer's belief that the judgment is in the best interests of the corporation is a rational one unless the belief is one that no reasonable person in their position would hold.*

Dengan demikian BJR harus memenuhi empat syarat mutlak yakni keputusan tersebut harus a) dibuat dengan itikad baik untuk tujuan yang layak; b) tidak memiliki kepentingan material pribadi terkait subjek yang diputuskan; c) telah memiliki informasi yang cukup terkait subjek yang diputuskan yang pada tingkat tertentu dapat dan layak dipercaya; dan d) dapat dipercaya bahwa keputusan tersebut adalah untuk kepentingan terbaik perusahaan.

Menurut penjelasan s 180 (2) the *Corporations Act 2001*, ketentuan the BJR ini hanya berlaku dalam hubungannya dengan tugas yang diatur secara tegas dalam s 180 (2) the *Corporations Act 2001* ini dan berlaku sama seperti tugas *common law* direktur dan dalam *equity principle*.

S 180 (3) the *Corporations Act 2001* juga memberikan definisi yang terang terkait *business judgment* yakni setiap keputusan untuk mengambil atau tidak mengambil tindakan terkait hal yang relevan dengan beroperasinya bisnis perusahaan. Jadi ada dua elemen tindakan dalam s 180 (3) the *Corporations Act 2001* ini yakni: keputusan untuk mengambil atau keputusan untuk tidak mengambil tindakan bisnis perusahaan.

Farrar (Farrar, 2001) mengatakan bahwa '*BJR is presumption of no liability*' dari direktur dan mencatat setidaknya terdapat sembilan hal yang harus digarisbawahi dalam BJR di Australia yaitu a) ketentuan BJR berlaku tidak hanya bagi direktur tetapi juga bagi pejabat perusahaan (*officer*); b) BJR berlaku terhadap *duty of care* and *diligence* menurut *Corporations Act* dan hukum umumnya, tetapi tidak untuk pelanggaran tugas wajib lainnya menurut undang-undang lainnya; c) ke-empat unsur

dalam s 130 ayat (2) the Corporations Act 2001 harus dipenuhi; d) sudah ada keputusan bisnis (untuk bertindak atau untuk tidak bertindak); e) keputusan harus didasarkan pada informasi yang dapat dipercaya; f) kebutuhan untuk rasionalitas terkait s 180 (2) (d) the Corporations Act 2001 tidak mencakupi keputusan yang tidak dapat dijelaskan secara koheren atau sembarangan atau pemborosan aset perusahaan; g) ketentuan BJR tidak dimaksudkan untuk meniadakan tanggungjawab pejabat menurut the Corporations Act 2001; h) BJR merupakan a safe harbour (pengaman/perlindungan) bagi direktur; dan i) BJR tidak dimaksudkan untuk diberlakukan bagi perdagangan dalam kebangkrutan (*insolvent trading*) atau kesalahan pernyataan dalam dokumen prospectus atau pengambilalihan (take over).

Pada kesempatan lainnya, Farrar (Farrar, 1989) menggrisi-bawahi lima bahan dasar dari BJR yakni a) adanya keputusan bisnis; b) ketidaktertarikan (*disinterestedness*) direktur terkait keputusan bisnis yang diambil yakni tidak memiliki kepentingan personal atau *self-dealing*; c) Adanya *due care*; d) Adanya *good faith* dan e) tidak ada penyalahgunaan diskresi.

Konsekuensi dari ketentuan BJR di atas adalah pemegang saham harus semakin teliti dan hati untuk memilih direktur, utamanya direktur non-eksekutif atau direktur independen. Mengapa? Jika ditelisik, direktur independen memiliki peran penting untuk memberikan pertimbangan yang obyektif bagi strategi dan tujuan perusahaan dan memberikan pengawasan yang efektif tanpa dipengaruhi oleh kepentingan pihak terafilisasi. Pertimbangan independen, rasional, dan obyektif dari direktur independen akan sangat menentukan kualitas BJR itu sendiri.

Bagaimana sikap pengadilan Australia terhadap BJR yang baru ini? Apakah pengadilan akan melaksanakannya dengan lebih kaku atau bahkan semakin jarang mengadili gugatan yang terkait dengan tindakan atau keputusan bisnis direktur yang

tidak mengandung pertimbangan yang cermat sebagaimana dimaksudkan dalam s 180 (2) the Corporations Act 2001? Farrar (Farrar, 2001) mengatakan bahwa indikasi awal menunjukkan bahwa pengadilan akan menangani perkara-perkara bermuatan BJR dengan pendekatan yang konservatif (ekstra hati-hati).

Terlepas dari pendekatan yang akan digunakan pengadilan di Australia terkait penerapan BJR setelah dimasukan pertama kalinya tahun 1999 dalam Australian Corporations Act, perlu dicatat bahwa telah terdapat kekuatiran mendasar terkait lemahnya *standard of care and diligence* dalam putusan pengadilan maupun undang-undang. Kegelisahaannya adalah direktur tidak mendapat perlindungan yang cukup dalam menjalankan tugasnya. Terdapat tiga alasan untuk menjelaskan situasi ini. Pertama, pengadilan yang harus bertanggungjawab dalam merumuskan BJR. Kedua, telah ada perlindungan yang cukup dalam UUP khususnya ss1318 dan 1317A the Corporations Act 2001. Dan ketiga, pengadilan menolak mengawasi keputusan bisnis yang dibuat dewan direktur (Greenhow, 1999).

Namun perlu diingat bahwa jauh sebelumnya hadirnya the Corporations Act 1999 dan 2001, yang mewajibkan BJR, dalam prakteknya, Pengadilan Tinggi Australia (MA Australia) dalam keputusannya telah mengakomodasi BJR. Putusan mana telah merupakan cikal bakal BJR di Australia. Dalam kasus *Harlowes Nominees Pty Ltd v. Woodsite (Lakes Entrance Oil Co)*, di tahun 1968, Pengadilan Tinggi Australia menyatakan sebagai berikut:

direktur yang memiliki hak dan kewajiban untuk memutuskan sesuai dengan kepentingan perusahaan dan bagaimana kepentingan perusahaan tersebut dilayani yang terkait dengan sejumlah pertimbangan praktis, dan penilaiannya, jika dilaksanakan dengan itikad baik atau tidak untuk tujuan yang tidak relevan, maka keputusan tersebut tidak terbuka untuk ditinjau oleh

pengadilan. (High Court Of Australia, 1968).

Terkait cakupan pengertian *business judgment*, dalam kasus ASIC v. Rich, Pengadilan di Australia, juga menawarkan cakupan *business judgment* yang luas, yang mencakupi keputusan privat perusahaan, keputusan untuk menghentikan litigasi dan membuat tujuan kebijakan dan pembagian tanggungjawab antara dewan direktur dan manajemen senior (Keay, A. ; Loughrey, 2019). Sekalipun demikian, keputusan di atas merupakan keputusan yang kurang eksplisit (Keay, A. ; Loughrey, 2019).

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa dengan dirumuskannya BJR dalam Australian Corporations Act 1999 dan 2001, BJR telah memiliki sebuah kekuatan hukum wajib (*statutory obligation*) di Australia dan direktur mendapat jaminan perlindungan yang lebih kuat dalam menjalankan tugasnya.

### 3. *Business Judgment Rule* di Indonesia

Indonesia juga mengadopsi BJR dalam Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 (UU PT 2007) untuk melindungi direktur dan komisaris. Terkait pertanggungjawaban direktur dan komisaris, diatur dengan tegas bahwa keduanya bertanggungjawab secara pribadi atau tanggung renteng jika direktur lalai atau tidak berhati-hati dalam menjalankan tugasnya dengan itikad baik dan penuh tanggungjawab ataupun komisaris lalai dan tidak berhati-hati dalam melakukan tugas pengawasan menimbulkan kerugian atau kepailitan bagi perusahaan (Pasal 97 ayat (3, 4), Pasal 104 ayat (2, 3), Pasal 108 (1), Pasal 114 ayat (2, 3, 4), Pasal 115 ayat (1, 2) UU PT 2007).

Namun demikian menurut Pasal 97 ayat (5), Pasal 104 ayat (4), Pasal 114 ayat (5) dan Pasal 115 ayat (3) UU PT 2007 direktur dan komisaris tidak dapat dimintai pertanggungjawabannya atas kerugian dan kepailitan yang diderita perusahaan jika direktur dan komisaris dapat membuktikan sebaliknya bahwa mereka tidak lalai dan tidak bersalah dalam menjalankan tugas-

tugasnya. Dengan demikian ketentuan-ketentuan di atas adalah konstruksi UU PT tentang BJR bagi direktur dan komisaris terkait kerugian dan kepailitan perusahaan.

Pasal 104 ayat (4) UU PT 2007 mengatur konsep BJR atas direksi dalam hal kepailitan, dimana selengkapnya ketentuan ini adalah:

- |  |   |       |
|--|---|-------|
| Anggota  | Direksi   | tidak |
| bertanggungjawab atas kepailitan Perseroan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) apabila dapat membuktikan: |   |       |
| a.   | kepailitan tersebut bukan karena kesalahan atau kelalaiannya;   |       |
| b.   | telah melakukan pengurusan dengan itikad baik, kehati-hatian, dan penuh tanggung jawab untuk kepentingan Perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan; |       |
| c.   | tidak mempunyai benturan kepentingan baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan yang dilakukan; dan   |       |
| d.   | telah mengambil tindakan untuk mencegah terjadinya kepailitan.  |       |

Sementara itu, Pasal 115 ayat (3) UU PT 2007 mengatur konsep BJR atas komisaris dalam hal kepailitan, dimana rumusan selengkapnya ketentuan sebagai berikut:

- Anggota Dewan Komisaris tidak dapat dimintai pertanggungjawaban atas kepailitan Perseroan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) apabila dapat membuktikan:
- kepailitan tersebut bukan karena kesalahan atau kelalaiannya;
  - telah melakukan tugas pengawasan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan Perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan;
  - tidak mempunyai kepentingan pribadi, baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan oleh Direksi yang mengakibatkan kepailitan; dan

- d. telah memberikan nasihat kepada Direksi untuk mencegah terjadinya kepailitan.

Doktrin BJR juga diadopsi Otoritas Jasa Keuangan (OJK) bagi perusahaan publik melalui Peraturan OJK No. 33/PJOK.04/2014 tentang Direksi dan Dewan Komisaris Emiten atau Perusahaan Publik, khususnya terkait dengan kerugian perusahaan. Rumusan Pasal 13 ayat (2) No. 33/PJOK.04/2014 tidak jauh berbeda dengan konstruksi BJR bagi direktur dan komisaris dalam UU PT 2007, yakni bahwa:

Anggota direksi tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian Emiten atau Perusahaan Publik jika mampu membuktikan hal-hal berikut:

- a. kerugian terjadi bukan karena kesalahan atau kelalaiannya
- b. telah melakukan pengurusan dengan itikad baik, penuh tanggungjawab, kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Emiten/Perusahaan Publik;
- c. tidak memiliki benturan kepentingan baik langsung maupun tidak langsung; dan
- d. telah mengambil tindakan untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian.

Jika dicermati berbagai ketentuan dalam UU PT 2007 maupun Peraturan OJK No. 33/PJOK.04/2014 terkait BJR yang memberikan perlindungan bagi direktur dan komisaris dalam menjalankan tugasnya telah cukup memadai. Hanya saja, tidak sebagaimana yang diatur dalam the Corporations Act 2001 di Australia dan the MBCA 2016 di Amerika, UU PT 2007 dan POJK No. 33/PJOK.04/2014, tidak secara eksplisit menggunakan istilah BJR.

Pengaturan dan penjelasan elemen-elemen penting BJR dalam UU PT 2007 dan POJK No. 33/PJOK.04/2014 ditempatkan seolah terpisah dari pelaksanaan tugas untuk bertindak dengan kepedulian dan keahlian (tugas *common law* direktur) dan tugas untuk bertindak dengan itikad baik dan

untuk kepentingan terbaik perusahaan (tugas fidusia direktur). Seharusnya, sebagaimana di AS dan Australia, elemen-elemen penting BJR perlu dijelaskan dengan menghubungkannya dengan tugas *common law* dan tugas fidusia direktur. Oleh karena itu, dalam perubahan UU PT 2007 yang akan datang, istilah BJR perlu secara tegas dipakai dan penjelasan elemen-elemen penting BJR perlu dikaitkan dengan tugas *common law* dan tugas fidusia direktur.

Selain itu, empat elemen penting BJR dalam UU PT 2007 dan POJK No. 33/PJOK.04/2014 belum cukup menggambar konsep BJR. Oleh karenanya element BJR perlu ditambahkan lagi yakni bahwa direktur dan komisaris tidak dapat dituntut jika a) keputusan bisnis yang diambil telah dilakukan berdasarkan informasi dan data yang cukup, dapat dipercaya dan rasional; b) tidak mengandung unsur kecurangan; c) tidak mengandung unsur penyalahgunaan kedudukan sebagai direktur atau komisaris; dan d) direktur dan komisaris tidak mengambil keuntungan pribadi dari keputusannya.

Bagaimana BJR diterapkan di Indonesia? Gugatan derivatif bisa digunakan pemegang saham minoritas untuk meminta pertanggungjawaban hukum direktur sebagaimana dimaksud dalam Pasal 97 (6) UU PT 2007 yakni:

Atas nama Perseroan, pemegang saham yang mewakili paling sedikit 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara dapat mengajukan gugatan melalui pengadilan negeri terhadap anggota Direksi yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada Perseroan.

Penjelasan Pasal 97 ayat (6) UU PT 2007 menyatakan bahwa:

Dalam hal tindakan Direksi merugikan Perseroan, pemegang saham yang memenuhi persyaratan sebagaimana ditetapkan pada ayat ini dapat mewakili Perseroan untuk melakukan tuntutan

atau gugatan terhadap Direksi melalui pengadilan.

Namun catatan kritis perlu diberikan terkait penggunaan gugatan derivatif oleh pemegang saham minoritas terkait dengan pelanggaran BJR. Ketentuan di atas menegaskan bahwa gugatan terhadap direktur dan komisaris yang bertanggungjawab atas kerugian ataupun kebangkrutan perusahaan hanya semata bisa dilakukan oleh pemegang saham minoritas (PSM). Tentu, ketentuan di kurang tepat karena telah membatasi gugatan terkait BJR hanya semata bisa dilakukan oleh PSM. Ini suatu kelemahan konstruksi BJR dalam UU PT 2007. Mengapa demikian? Karena untuk menilai dan menentukan pelanggaran *duty of care and skill* maupun tugas fidusianya, sepanjang terkait penerapan BJR, seharusnya, sebagaimana berlaku di Australia dan di Amerika, pemegang saham, baik minoritas maupun pengendali (*controlling shareholders*) ataupun individu pemegang saham tanpa melihat porsi kepemilikan saham, termasuk kreditur, dapat mengajukan gugatan ke pengadilan jika merasa telah dirugikan oleh tindakan atau keputusan bisnis direktur.

Kelemahan signifikan lainnya yang ada dalam UU PT ialah tidak ada suatu definisi dan uraian terkait *business judgment* ataupun *business decision* (keputusan bisnis). Sebaiknya, perubahan UU PT 2007 yang akan datang perlu mendefinisikan konsep *business judgment* atau *business decision*. Mengapa? Jika dicermati,

utamanya di Amerika, dan Australia, doktrin BJR ataupun *statutory obligation* terkait BJR, merujuk kepada keputusan bisnis (*business decision*). Atas alasan tersebut, pengadilan dan undang-undang di kedua negara ini mendefinisikan dan menjelaskan *business decision* dengan sistematis dan jelas.

Bagaimana pengadilan di Indonesia menginterpretasi dan melaksanakan BJR dalam putusannya? Sejauh ini, sepanjang pengetahuan penulis, sejak berlakunya UU PT tahun 1995 dan tahun 2007, belum ada kasus gugatan derivatif (perdata) yang sejak awal memang dimaksudkan untuk membuktikan kesalahan direktur dan komisaris terkait BJR. Namun demikian, yang menarik adalah dalam hal kasus pidana (korupsi) yang dituduhkan kepada Karen Agustiawan (Mantan Direktur Utama Pertamina), Mahkamah Agung (yang diumumkan Juru Bicaranya, Andi Samson Nganro, 9 Maret 2020) memutuskan melepaskan Karen Agustiawan dari segala tuntutan dengan menggunakan pertimbangan BJR (Detik., 2020). Putusan MA ini, jika kelak putusannya resmi dikeluarkan MA, menarik untuk dikaji lebih lanjut terkait konstruksi dan penerapan BJR di Indonesia.

Setelah membahas BJR di Amerika Serikat, Australia dan Indonesia di atas dilakukan perbandingan ketentuan dan pelaksanaan BJR ketiga negara ini sebagaimana terlihat dalam Tabel 1 sebagai berikut:

**Tabel 1.**  
**Perbandingan Ketentuan dan Pelaksanaan BJR**  
**di Amerika Serikat, Australia dan Indonesia**

Negara	Elemen BJR dan sumber hukum	Pelaksanaan BJR oleh pengadilan/ tradisi hukum
Amerika Serikat	<ul style="list-style-type: none"> <li>• keputusan bisnis direktur</li> <li>• tidak mengambil manfaat keuangan dimana seharusnya direktur tidak berhak atasnya</li> <li>• tidak memiliki niat secara sengaja untuk merugikan perusahaan atau pemegang saham;</li> <li>• tidak secara sengaja melakukan tindakan kriminal (s 2.02(b)(4) the MBCA 2016);</li> <li>• tidak secara langsung atau tidak langsung mengambil kesempatan bisnis bagi dirinya atau memberikan kepada orang lain sebelum memberikan atau menawarkan terlebih dahulu kepada perusahaan (Ss 2.02(b) (6), 8.61 (a), 8.70 the MBCA 2016);</li> <li>• tidak melakukan transaksi yang memiliki konflik kepentingan (s 8.61 (b) the MBCA 2016); dan</li> <li>• tidak dengan sengaja melakukan distribusi aset atau saham secara melawan hukum (s 8.32 the MBCA 2016).</li> </ul>	Ya/sering  Kombinasi <i>statutory obligation</i> dan tradisi <i>common law</i>
Australia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• keputusan bisnis direktur</li> <li>• dibuat tidak dengan itikad baik untuk tujuan yang layak</li> <li>• tidak memiliki kepentingan material pribadi terkait subjek yang diputuskan</li> <li>• tidak memiliki informasi yang cukup terkait subjek yang diputuskan yang pada tingkat tertentu dapat dan layak dipercaya (S 180 (2) the Corporations Act 2001).</li> </ul>	Ya/sering  Kombinasi <i>statutory obligation</i> dan tradisi <i>common law</i>
Indonesia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• keputusan bisnis direktur dan komisaris yang tidak menimbulkan kerugian dan kepalitan</li> <li>• keputusan bisnis tersebut tidak mengandung kesalahan atau kelalaian direktur dan komisaris;</li> <li>• melakukan pengurusan (bagi direktur) dan pengawasan (bagi komisaris) tidak dengan itikad baik, kehati-hatian, dan penuh tanggung jawab untuk kepentingan Perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan;</li> <li>• direktur dan komisaris tidak mempunyai benturan kepentingan baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan yang dilakukan;</li> <li>• direktur tidak mengambil tindakan untuk mencegah terjadinya kerugian dan kepailitan;</li> <li>• komisaris tidak memberikan nasihat kepada direktur untuk mencegah terjadinya kerugian dan kepailitan (Pasal 97 ayat (5), Pasal 104 ayat (4), Pasal 114 ayat (5) dan Pasal 115 ayat (3) UUPT 2007).</li> </ul>	Tidak/jarang  <i>Statutory obligation</i> dalam tradisi <i>civil law</i>

Diolah Penulis dari the US CBCA 2016, the Australian Corporations Act 2001, dan UUPT 2007.

### C. Simpulan

Pengadilan di Amerika Serikat dan Australia, sekalipun BJR telah dikodifikasikan dalam undang-undang perusahaan dan menjadi sebuah *statutory obligation*, dalam menerapkan BJR untuk menguji keputusan bisnis direktur, tetap harus memperhatikan tradisi *common law*. BJR di Amerika Serikat dan Australia pada intinya menggariskan bahwa baik direktur dan keputusan bisnis yang diambilnya dilindungi. Pengadilan tidak diperbolehkan melakukan *second guest* atas sebuah keputusan bisnis karena memang pengadilan tidak memiliki kapasitas untuk itu. Tetapi pengadilan dapat melakukan penilaian atas tindakan bisnis yang dilakukan direktur jika terdapat kelalaian dan kesalahan direktur dalam menjalankan *duty of care* dan tugas fidusianya.

Kelalaian dan kesalahan direktur di Amerika dan Australia yang dapat membuat keputusan bisnisnya diuji pengadilan atau yang membuat BJR diangkat pengadilan adalah jika keputusan bisnis tersebut tidak dibuat dengan itikad baik dan untuk tujuan yang layak, direktur memiliki kepentingan material pribadi terkait subjek yang diputuskan baik *self-dealing* maupun *conflict of interest* termasuk mengambil manfaat keuangan dan kesempatan bisnis dari keputusan tersebut, keputusan dilakukan atas dasar informasi yang tidak cukup, tidak dapat dan tidak layak dipercaya; keputusan tidak mengabdikan kepada kepentingan terbaik perusahaan, sejak awal terdapat niat mengambil keputusan bisnis yang secara nyata merugikan perusahaan, dan keputusan mengandung unsur melawan hukum dan tindakan kriminal.

UU PT 2007 dan Peraturan OJK di tahun 2014 juga mengadopsi BJR dimana dinyatakan bahwa keputusan bisnis direktur dan komisaris bisa diadili jika keputusan bisnis menimbulkan kerugian dan kepailitan karena kesalahan atau kelalaian direktur atau komisaris, direktur telah melakukan pengurusan atau komisaris telah melakukan pengawasan tidak dengan itikad baik, tidak dengan penuh tanggungjawab, tidak dengan

penuh kehati-hatian, dan tidak sesuai maksud dan tujuan perusahaan, direktur dan komisaris memiliki benturan kepentingan dan direktur tidak mengambil tindakan untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian atau kepailitan. Namun pengadilan di Indonesia jarang menerapkannya; dan komisaris tidak memberi nasihat kepada direktur untuk menghentikan kerugian dan kepailitan perusahaan.

Terkait adopsi BJR, terdapat sejumlah rekomendasi bagi perumusan BJR dalam UU PT yang akan datang. Pertama, perlu secara tegas membuat pasal-pasal khusus terkait BJR dan menggunakan istilah BJR secara eksplisit. Kedua, perlu mendefinisikan secara terang konsep keputusan bisnis. Ketiga, unsur BJR dalam UU PT perlu ditambahkan yakni bahwa direktur dan komisaris tidak dapat dituntut jika keputusan bisnisnya telah dilakukan berdasarkan informasi yang cukup, data yang dapat dipercaya dan rasional, tidak mengandung unsur kecurangan, dan tidak mengandung unsur penyalahgunaan kedudukan sebagai direktur atau komisaris, dan direktur tidak memperoleh keuntungan pribadi dari keputusannya. Keempat, perlu memperluas pihak yang dapat atau berhak mengajukan gugatan kepada direktur dalam hal pelanggaran unsur-unsur BJR yakni pemegang saham baik minoritas, pengendali atau individu, termasuk kreditur, pekerja atau pelanggan, atau siapapun yang memiliki kepentingan dengan perusahaan.

### DAFTAR PUSTAKA

- The Australia Corporations Act 2011, (2011).
- Berger, D. J. (1990). Exporting the Twin Towers: The Development Of Transnational Business Judgment Rule. *Saint Louis University Public Law Review*, 9(1), 169–189.
- Block, D.J.; Barton, N.E.; Radin, S. E. (1987). *The Business Judgment Rule - Fiduciary Duties of Corporate Directors and Officers*. Prentice Hall.

- Branson, D. M. (2002). The Rule at Isn't a Rule - e Business Judgment Rule. *Alparaiso University Law Review*, 36(34), 631–654.
- Detik. (2020). *MA Lepaskan Eks Dirut Pertamina Karen di Kasus Korupsi Rp 568 M*. [https://news.detik.com/berita/d-4931904/ma-lepaskan-eks-dirut-pertamina-karen-di-kasus-korupsi-rp-568-m?\\_ga=2.21407481.332223227.1583567161-84216239.1549435714](https://news.detik.com/berita/d-4931904/ma-lepaskan-eks-dirut-pertamina-karen-di-kasus-korupsi-rp-568-m?_ga=2.21407481.332223227.1583567161-84216239.1549435714)
- Farrar, J. H. (1989). Business Judgment And Defensive Tactics In Hostile Takeover Bids. *Canadian Business Law Journal*, 15(1), 15–42.
- Farrar, J. H. (2001). *Corporate Governance Theories, Principles, and Practices* (2nd (ed.)). Oxford University Press.
- Greenhow, A. (1999). The Statutory Business Judgment Rule: Putting The Wind Into Directors' Sails. *Bond Law Review*, 11(1), 33–38. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/BondLawRw/1999/3.html>
- High Court Of Australia. (1968). *Harlowe's Nominees Pty Ltd V Woodside (Lakes Entrance) Oil Co NL, [1968] HCA 37; 121 CLR 483. Decided 21 June 1968*. Jade.io. <https://jade.io/article/66053>
- Hinsey IV, J. (1984). Business Judgment and the American Law Institute's Corporate Governance Project: The Rule, The Doctrine and the Reality. *George Washington Law Review*, 15(4–5), 609–623.
- Keay, A. ; Loughrey, J. (2019). The Concept of Business Judgment. *Legal Studies*, 39(1), 36–55.
- McMillan, L. (2013). The Business Judgment Rule As An Immunity Doctrine. *William and Mary Business Law Review*, 4(2), 521–574.
- Supreme Court of Delaware. (1927). *Supreme Court of Delaware, Bodell v. General Gas Electric Corporation* 140 A. 264 (Del. 1927) 159 A. 376 Decided Feb 22, 1927, *Cesetext*, 6.
- Supreme Court of Delaware. (1984). *Supreme Court of Delaware Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984) Decided: March 1, 1984, IV. <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1984/473-a-2d-805-4.html>
- Supreme Court of Delaware. (1985). *Supreme Court of Delaware Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858 (Del. 1985) Decided Jan 29, 1985. <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1985/488-a-2d-858-4.html>.
- Supreme Court of Delaware. (1993). *Supreme Court of Delaware, Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* 634 A.2d 345 (1993) Decided: October 22, 1993. <https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1994/634-a-2d-345-1.html>
- The American Law Institute. (1994). *Principles Of Corporate Governance: Analysis And Recommendations*. The ALI.
- The Model Business Corporation Act 2016, (2016).
- Weinberger, L. . (2010). The Business Judgment Rule And Sphere Sovereignty. *Cooley Law Review*, 27(2), 279–319.