

BAB I

PENDAHULUAN

I.1 Latar Belakang

Perkembangan dunia usaha di Indonesia dimulai semenjak pemerintah mulai memacu pertumbuhan perekonomian nasional dengan mengeluarkan berbagai kebijakan perekonomian. Salah satunya adalah kebijakan penanaman modal asing melalui Undang-undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing yang kemudian diadakan perubahan melalui Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal. Diundangkannya undang-undang tersebut berimplikasi pada dunia bisnis di Indonesia mengalami suatu masa keemasan, di mana banyaknya para investor asing yang datang ke Indonesia untuk menanamkan modalnya. Banyaknya pihak asing yang masuk ke Indonesia dalam rangka menjalankan praktek bisnisnya membuat banyaknya perubahan mengenai hal-hal baru yang terjadi di dalam praktek hukum bisnis di Indonesia. Hal ini terjadi pula dalam masalah kontrak bisnis. Pihak investor asing banyak menganggap bahwa di Indonesia masalah kontrak seringkali tidak memberikan kepastian hukum terhadap kontrak-kontrak yang dibuat dengan pihak asing.

Pengaturan tentang kontrak di Indonesia juga kurang memadai. Ada banyak hal tentang kontrak yang tidak diatur dengan baik, dalam undang-undang maupun dalam yurisprudensi. Kalaupun diatur, tidak selamanya pengaturan itu bersifat memaksa, dalam arti para pihak dapat mengenyampingkannya dengan aturan yang dibuat sendiri oleh para pihak yang berkontrak. Pengaturan sendiri oleh para pihak ini dituangkan dalam kontrak tersebut berdasarkan prinsip kebebasan berkontrak yang terdapat dalam pasal 1338 *Burgerlijk Wetboek*

(selanjutnya disebut BW). Pasal 1338 BW menentukan bahwa : “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Dalam hal ini pengaturan sendiri dalam kontrak tersebut sama kekuatannya dengan ketentuan undang-undang. Para pihak dapat mengatur apapun dalam kontrak tersebut sebatas yang tidak dilarang oleh undang-undang, yurisprudensi dan kepatutan.

Suatu kontrak selalu diawali dengan tahap negosiasi. Sebelum transaksi bisnis berlangsung, biasanya terlebih dahulu dilakukan negosiasi awal. Negosiasi merupakan suatu proses upaya untuk mencapai kesepakatan dengan pihak lain. Dalam negosiasi inilah proses tawar menawar berlangsung. Rumusan yang berlaku umum adalah semakin banyak detail dimasukkan dalam suatu kontrak, maka akan semakin baik pula kontrak tersebut. Untuk itu disepakati dahulu prinsip-prinsip dasar dari suatu kesepakatan. Kesepakatan semacam ini sering disebut sebagai *Memorandum of Understanding* (Selanjutnya disingkat M.O.U). M.O.U merupakan pencatatan atau pendokumentasian hasil negosiasi awal tersebut dalam bentuk tertulis. M.O.U penting sebagai pegangan untuk digunakan lebih lanjut di dalam negosiasi lanjutan atau sebagai dasar untuk melanjutkan kontrak. M.O.U sebagai pegangan atau pedoman awal untuk melanjutkan kontrak transaksi bisnis tersebut.

Banyak hal yang melatarbelakangi dibuatnya M.O.U salah satunya adalah karena prospek bisnis suatu usaha dirasa belum jelas benar dan dengan negosiasi yang rumit dan belum ada jalan keluarnya, sehingga dari pada tidak ada ikatan apa-apa maka dibuatlah M.O.U. Banyak para pebisnis tidak menyadari bagaimana pentingnya mengatur tentang akibat-akibat hukum sebuah kontrak. Mereka baru

memikirkan akibat-akibat dan sanksi-sanksi setelah timbul sengketa terhadap kontraknya. Padahal dalam banyak hal, sengketa tersebut umumnya dapat dielakkan jika saja sejak permulaan proses pembuatan kontrak sudah di sepakati bersama mengenai akibat-akibat maupun sanksi-sanksi. Pada kontrak-kontrak yang bertaraf internasional dimana salah satu pihaknya adalah pihak asing, maka biasanya pihak asing akan meminta dibuatkan M.O.U terlebih dahulu. Hal tersebut sebagai bentuk ekstra kehati-hatian mereka, harapannya adalah dengan ditandatanganinya M.O.U yang berisikan tentang kesepakatan mereka pada saat negosiasi maka akan memberikan kekuatan yang sama dengan perjanjian sehingga kedudukannya dari segi hukum benar-benar aman dan kuat.

Permasalahannya, di negara Indonesia tidak ada suatu aturanpun yang dapat menjamin pelaksanaan sebuah M.O.U. Tidak ada jaminan perlindungan hukum Indonesia terhadap kepentingan bisnis pihak mitra Indonesia, hal ini merupakan akibat dari lemahnya sistem hukum kontrak yang berlaku di Indonesia di mana banyak hal-hal baru yang tidak diatur dalam sistem hukum di Indonesia terutama mengenai kontrak. Pengaturan tentang M.O.U dalam hukum kontrak juga tidak ditemukan secara pasti, hal ini merupakan praktek kebiasaan antar pelaku bisnis saja. Pihak mitra Indonesia harus mengusahakan perlindungan hukum sendiri, sementara ketentuan hukum nasional belum mengakomodasikan kebutuhan itu. Sebab-sebab lain yang berpengaruh terhadap lemahnya perlindungan hukum tersebut dikarenakan kurang progresnya Indonesia dalam memanfaatkan fasilitas-fasilitas perlindungan hukum yang disediakan oleh hukum internasional. Pasal 1339 BW menentukan bahwa : “suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga

untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang”. Pasal ini memberikan kemungkinan terhadap mengikatnya M.O.U bagi para pihak yang berkontrak.

M.O.U sebenarnya tidak dikenal dalam hukum konvensional di Indonesia, terutama dalam hukum kontrak di Indonesia. Tetapi dewasa ini sering dipraktekkan dengan meniru (mengadopsi) apa yang dipraktekkan secara internasional. Dengan tidak diaturnya M.O.U di dalam hukum konvensional kita, maka banyak menimbulkan kesimpangsiuran dalam prakteknya, misalnya apakah M.O.U sesuai dengan peraturan hukum positif di Indonesia, atau apakah M.O.U bisa dikategorikan setingkat dengan perjanjian yang diatur dalam BW dan siapa yang bertanggung jawab apabila terjadi suatu pengingkaran di dalam kesepakatan semacam ini, juga yang paling ekstrim adalah ada yang mempertanyakan apakah M.O.U merupakan suatu kontrak, mengingat M.O.U hanya merupakan suatu nota-nota kesepakatan saja, oleh karena itu penulis tertarik untuk mengkaji hal ini dalam tesis yang berjudul **“KEDUDUKAN HUKUM MEMORANDUM OF UNDERSTANDING SEBAGAI SALAH SATU BENTUK PRELIMINARY CONTRACT DITINJAU DARI HUKUM PERJANJIAN”**.

I.2. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian tersebut diatas maka permasalahan yang dikemukakan adalah:

1. Kedudukan hukum sebuah M.O.U di Indonesia ditinjau dari hukum perjanjian.
2. Akibat hukum dilakukannya pelanggaran terhadap klausul-klausul yang telah disepakati dalam M.O.U

I.3. Tujuan Penelitian

a) Tujuan Akademis

Tujuan akademis dari penelitian untuk memenuhi sebagian persyaratan akademik guna memperoleh gelar Magister Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan Surabaya.

b) Tujuan Praktis :

Tujuan praktis dari penelitian ini adalah :

1. Untuk menganalisa kedudukan hukum M.O.U sebagai perjanjian pendahuluan atau *preliminary contract* dalam hukum perjanjian yang berlaku di Indonesia.
2. Menganalisa dan mengetahui konsekuensi yuridis yang ditimbulkan sehubungan dengan penggunaan M.O.U dalam transaksi bisnis dan akibat hukum terhadap pengingkaran atau pelanggaran terhadap klausul yang dicantumkan dalam M.O.U sebagai sebuah bentuk kesepakatan.

I.4. Manfaat Penelitian

1. Memberikan masukan dan pengetahuan mengenai kedudukan M.O.U dalam sistem hukum di Indonesia sehingga dengan demikian masyarakat lebih memahami bagaimana konsekuensinya apabila terjadi pelanggaran terhadap M.O.U dan mendapatkan perlindungan hukum.
2. Memberikan masukan kepada dunia hukum mengenai eksistensi M.O.U yang walaupun tidak diatur dalam BW namun dalam praktek kebiasaan M.O.U tetap mengikat dan ditaati.

I.5. Kajian Teoritik

Hampir setiap aspek dari kehidupan manusia tidak dapat terlepas dari kontrak. Kontrak telah menjadi bagian yang penting didalam kehidupan manusia. Demikian halnya dalam dunia bisnis, kerja sama para pelaku bisnis biasanya dituangkan dalam suatu kontrak yang nantinya akan mendasari kerja sama bisnis tersebut. Kontrak dalam dunia bisnis lazimnya dilakukan secara tertulis.

Kontrak di Indonesia diikat melalui ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam hukum perjanjian. BW adalah merupakan sumber utama yang menguasai hukum perdata di Indonesia, yang mana salah satu bagian dari hukum perdata adalah hukum perjanjian. Buku III BW secara khusus mengatur mengenai perikatan, sebagaimana yang tertuang dalam Pasal 1233 BW bahwa perikatan lahir baik karena perjanjian maupun karena undang-undang. Menurut Pasal 1313 BW suatu perjanjian adalah : “suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”. Salim HS merumuskan perjanjian sebagai “suatu hubungan hukum antara dua pihak atau lebih

berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum”.¹ Dengan terbentuknya perjanjian, maka melahirkan hak dan kewajiban bagi para pihak yang membuatnya. Para pihak yang mengadakan perjanjian terikat untuk mematuhi syarat dan ketentuan yang tertuang dalam perjanjian tersebut.

Untuk sahnya suatu perjanjian BW memberikan 4 syarat utama yang harus dipenuhi, sebagaimana terdapat dalam pasal 1320 BW :

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan.
3. Suatu hal tertentu.
4. Suatu sebab yang halal.

Membicarakan kontrak sebagai suatu bentuk kesepakatan di antara para pihak, maka tidak bisa terlepas dari asas-asas yang menanungi sebuah kontrak antara lain :

1. Asas kebebasan berkontrak.
2. Asas konsensualisme.
3. Asas itikad baik.
4. Asas *Pacta Sunt Servanda*.
5. Asas personalitas.
6. Asas keseimbangan.

Kesepakatan dalam sebuah perjanjian merupakan syarat utama dan yang paling penting. Tidak akan ada suatu perjanjian tanpa adanya suatu kesepakatan. Secara internasional dalam hukum *contract* juga dikenal adanya asas konsensualisme. Di mana asas ini menentukan bahwa kesepakatan itu adalah

¹ Salim HS, *Hukum Kontrak : Teori & Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, h. 26 (selanjutnya disebut Salim HS I)

merupakan akar dari setiap perjanjian. Dalam kesepakatan intinya telah terjadi persesuaian kehendak antara para pihak. Persesuaian kehendak ini biasanya terjadi secara tersirat, sehingga pada akhirnya bisa terjadi kekeliruan kehendak.

Pada negara maju untuk membuktikan telah terjadi persesuaian kehendak, maka dibuatlah terlebih dahulu sebuah MOU, yang merupakan tahapan *preliminary contract*. Kontraknya belum terjadi tetapi masing-masing pihak memegang terlebih dahulu sebuah M.O.U. Indonesia yang banyak didatangi oleh pelaku bisnis dari mancanegara mau tidak mau mengikuti pula kebiasaan Internasional mengenai pembuatan M.O.U, walaupun di negara Indonesia sendiri belum ada aturan baku tentang M.O.U. MOU sebenarnya tidak dikenal dalam hukum konvensional di Indonesia, terutama dalam hukum kontrak di Indonesia. Di dalam peraturan perundang-undangan Indonesia, tidak ada ketentuan yang secara khusus mengatur mengenai MOU. Adapun dasar berlakunya di Indonesia adalah didasarkan pada asas kebebasan berkontrak sebagaimana Pasal 1338 BW.

Istilah M.O.U berasal dari dua kata, yaitu *memorandum* dan *understanding*. Secara gramatikal, M.O.U diartikan sebagai nota kesepahaman. Dalam Black's Law Dictionary, yang dimaksud *memorandum* adalah : "*Is to serve as the basis of future formal contract or deed*".² Yang artinya adalah dasar untuk memulai penyusunan kontrak atau akta secara formal pada masa datang. Dan yang dimaksud dengan *understanding* adalah : "*An implied agreement resulting from the express term of another agreement, wheter written or oral*".³ Yang artinya adalah pernyataan persetujuan secara tidak langsung terhadap hubungannya dengan persetujuan lain, baik secara lisan maupun tertulis. Dari terjemahan kedua

² Black Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*. Eighth Edition, West Publishing Company, St. Paul Minn, 2004, h. 1005

³ *Ibid.*, h. 1562

kata tersebut, dapat dirumuskan pengertian M.O.U adalah “dasar penyusunan kontrak pada masa datang yang didasarkan pada hasil permufakatan para pihak, baik secara tertulis maupun lisan”.⁴

Istilah-istilah lain yang biasanya digunakan untuk menunjukkan M.O.U adalah nota kesepahaman atau terkadang disebut sebagai nota kesepakatan. Tetapi, walaupun begitu istilah M.O.U tetap merupakan istilah yang paling populer dan lebih bersifat internasional dibandingkan dengan istilah-istilah lainnya. Istilah lain yang sering juga dipakai untuk M.O.U ini, terutama oleh negara-negara Eropa adalah apa yang disebut dengan *Head Agreement*, *Cooperation Agreement*, dan *Gentlement Agreement* yang sebenarnya mempunyai arti yang sama saja dengan arti yang dikandung oleh istilah M.O.U.⁵

Berdasarkan pengertian di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa pengertian M.O.U secara umum merupakan suatu nota / memo dimana masing-masing pihak melakukan penandatanganan M.O.U sebagai suatu pedoman awal tanda adanya suatu kesepahaman diantara mereka. M.O.U sengaja dibuat dan tidak formal karena biasanya hanya dilakukan di bawah tangan saja. M.O.U sengaja dibuat ringkas karena pihak yang menandatangani M.O.U tersebut merupakan pihak-pihak masih dalam negosiasi awal, akan tetapi daripada tidak ada ikatan apa-apa maka dibuatlah M.O.U.

Buku ke III BW yang mengatur tentang perikatan yang merupakan induk dari perjanjian adalah bersifat terbuka. Sifat terbuka ini mengandung pengertian bahwa masing-masing pihak yang melakukan perjanjian boleh menyimpangi

⁴ Salim HS. *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, h. 46 (selanjutnya disebut Salim HS II)

⁵ Munir Fuady, *Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek*, Citra Aditya Bakti Bandung, 2002, h. 90 (selanjutnya disebut Munir Fuady I)

ketentuan-ketentuan yang ada di dalam BW sepanjang ketentuan itu tidak bersifat memaksa. Banyak ketentuan-ketentuan dalam BW yang justru hanya bersifat mengatur saja bukan memaksa. Sehingga dalam prakteknya seringkali para pihak memiliki kebebasan, sepanjang mereka sepakati sendiri, menentukan tentang batas-batas perjanjian yang mereka buat.

M.O.U sering digunakan dalam praktek dan mengenai kekuatan mengikat M.O.U masih menjadi perbedatan dikalangan ahli hukum., tidak memiliki pemahaman yang sama sehingga ini akan menimbulkan kesimpangsiuran dan ketidakpastian hukum terhadap daya mengikat daripada M.O.U

I.6. Metode Penelitian

a. Tipe Penelitian

Sesuai dengan karakteristik ilmu hukum yang bersifat preskriptif dan terapan,⁶ maka tipe penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif yakni tipe penelitian melalui studi pustaka. Tipe penelitian yang bersifat normatif dalam bentuk mengkaji dan menganalisa aturan hukum, prinsip atau asas-asas hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang ada

b. Pendekatan masalah

Pendekatan masalah dalam penelitian ini menggunakan pendekatan konsep (*Conceptual Approach*), dan pendekatan undang-undang (*Statute Approach*). *Conceptual approach* adalah pengkajian pendapat-pendapat para ahli dan teori dari para pakar hukum dalam literatur sebagai landasan

⁶ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Media Kencana, Jakarta, 2010, h.

pendukung. Dalam pendekatan undang-undang dilakukan dengan mengkaji dan meneliti norma-norma hukum yang terdapat dalam ketentuan perundang-undangan yang berkaitan dengan tema yang sedang dibahas yakni tentang kekuatan mengikat dari M.O.U sebagai sebuah perjanjian pendahuluan dalam hukum kontrak.

c. Bahan hukum

Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini dapat dibedakan sebagai berikut:

- a. Bahan hukum primer, yang merupakan bahan hukum yang sifatnya mengikat, berupa peraturan perundang-undangan, dalam hal ini yakni Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (BW) dan peraturan lain yang terkait dengan isu yang dibahas dalam penelitian ini.
- b. Bahan hukum sekunder, yang erat kaitannya dengan bahan hukum primer karena bersifat menjelaskan, yang dapat membantu menganalisis dan memahami bahan hukum primer, antara lain literatur, asas-asas, konsep, doktrin dan ilmu hukum (*jurisprudence*)

d. Langkah penelitian

- a. Langkah Pengumpulan Bahan Hukum:

Penelitian dimulai dengan mengumpulkan bahan-bahan hukum (inventarisasi) yang berkaitan dengan M.O.U dilanjutkan dengan klasifikasi, dalam arti memilah-milah bahan hukum yang terkait dengan rumusan masalah. Kemudian bahan-bahan tersebut disusun secara sistematis untuk mempermudah dalam memahami substansi bahan hukum tersebut.

b. Langkah Analisa:

Sebagai tipe penelitian yuridis normatif, maka metode yang digunakan adalah metoda deduksi yaitu dimulai dari ketentuan atau hal-hal yang bersifat umum dalam hal ini adalah peraturan perundang-undangan, doktrin, serta teori-teori yang ditemukan dalam literatur yang diterapkan pada rumusan masalah untuk menghasilkan jawaban yang bersifat khusus. Untuk menjawab permasalahan tersebut, digunakan penafsiran otentik dan penafsiran sistematis. Penafsiran otentik adalah penafsiran terhadap arti kata yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan. Sedangkan penafsiran sistematis adalah penafsiran dengan cara melihat dan memperhatikan susunan pasal yang berhubungan dengan pasal lainnya yang ada di dalam undang-undang lain untuk memperoleh pengertian yang lebih dalam dan lengkap.

I.7. Pertanggungjawaban Sistematis

Penelitian ini terdiri dari 4 (empat bab), yakni **BAB I PENDAHULUAN**, yang terdiri dari latar belakang masalah, di sini penulis menguraikan mengenai isu hukum bahwa dalam kebiasaan masyarakat muncul *Memorandum of Understanding* sebagai bentuk *preliminary of contract*. M.O.U sering digunakan dalam praktek sebagai bentuk kesepakatan awal para pihak sebelum melangkah ke dalam tahap kontraktual, sedangkan hukum di Indonesia tidak mengenal mengenai M.O.U sehingga hal ini membawa ketidakpastian terhadap daya mengikat M.O.U. Pada bab ini juga dikemukakan rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka teoritik, metodologi penelitian dan pertanggungjawaban sistematis.

BAB II. TINJAUAN YURIDIS HUKUM KONTRAK DALAM SISTEM HUKUM INDONESIA. Bab ini terdiri dua sub bab. Sub bab pertama, Kontrak Sebagai Salah-Satu Bentuk Perjanjian Menurut *Burgerlijk Wetboek*. Sub bab ini akan menjelaskan mengenai hakekat perjanjian menurut BW beserta dengan asas-asas yang melingkupi hukum perjanjian. Sub bab dua, Daya Mengikat *Memorandum of Understanding* sebagai *preliminary of contract*. Sub bab ini akan memaparkan mengenai defenisi dan makna dari M.O.U, beserta kedudukan M.O.U dalam hukum perjanjian di Indonesia.

BAB III. PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PARA PIHAK YANG TERIKAT DALAM *MEMORANDUM OF UNDERSTANDING*. Bab ini terdiri dari dua sub bab. Sub bab pertama, Pelanggaran *Memorandum of Understanding* sebagai Salah-Satu Bentuk Wanprestasi. Sub bab ini menguraikan mengenai pelanggaran terhadap klausul M.O.U dikategorikan sebagai sebuah bentuk Wanprestasi sebagaimana yang diatur dalam BW. Sub bab dua, Akibat Tanggung Gugat Para Pihak Terhadap Pelanggaran Klausul M.O.U. Sub bab ini akan dijelaskan mengenai tanggung gugat terhadap pelanggaran klausul dalam M.O.U melalui gugatan ke pengadilan.

BAB IV. PENUTUP. Terdiri dari kesimpulan yang merupakan jawaban ringkas atas rumusan masalah sedangkan saran merupakan rekomendasi berupa preskripsi yang dapat diterapkan pada masa yang akan datang.