



ACTA DIURNAL

Jurnal Ilmu Hukum Kenotariatan Fakultas Hukum Unpad

ISSN: 2614-3542 EISSN: 2614-3550

Volume 3, Nomor 2, Juni 2020

Artikel diterbitkan 29 Juli 2020

Halaman Publikasi: <http://jurnal.fh.unpad.ac.id/index.php/acta/issue/archive>

PENGEMBANGAN HUKUM PERJANJIAN DALAM PELAKSANAAN ASAS ITIKAD BAIK PADA TAHAP PRA KONTRAKTUAL

Deviana Yuanitasari, Universitas Padjadjaran, Bandung, email: deviana.yuanitasari@unpad.ac.id

Hazar Kusmayanti, Universitas Padjadjaran, Bandung, email: hazar.kusmayanti@unpad.ac.id

ABSTRAK

Sebagai perjanjian pendahuluan, MoU dibuat sebagai perjanjian awal yang dibuat oleh para pihak. Isi dari MoU mengenai hal-hal yang pokok saja, maksudnya substansi MoU itu nantinya akan menjadi substansi kontrak yang dibuat secara lengkap dan detail oleh para pihak. Penelitian ini bertujuan untuk menelaah mengenai praktik penerapan asas itikad baik pada tahap pra kontraktual di Indonesia dibandingkan dengan negara yang menganut sistem hukum *Common Law*, pertanggungjawaban pihak yang memiliki itikad tidak baik pada tahap pra kontraktual dalam *Memorandum of Understanding*, ditinjau dari Buku III KUH Perdata dan Prinsip Hukum UNIDROIT. Hasil dari penelitian ini adalah, **pertama** Praktik Penerapan Asas Itikad Baik pada Tahap Pra Kontraktual di Indonesia Dibandingkan dengan Negara yang Menganut Sistem Hukum Common Law adalah bahwa asas itikad baik (*good faith*) merupakan salah satu asas dalam hukum perjanjian yang bersifat universal. Indonesia sebagai negara yang menganut Sistem Hukum *Civil Law*, mengatur juga keberadaan asas itikad baik dalam hukum perjanjiannya. Asas itikad baik dalam hukum perjanjian di Indonesia tercermin dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata. **kedua** Pertanggungjawaban Pihak yang Memiliki Itikad Tidak Baik pada Tahap Prakontraktual dalam *Memorandum of Understanding* Ditinjau dari Buku III KUHPerdata dan Prinsip Hukum UNIDROIT adalah apabila salah satu pihak dianggap bertikad tidak baik misalnya membatalkan MoU, padahal pihak yang dirugikan tersebut sudah melakukan tindakan-tindakan yang mengeluarkan biaya besar dalam rangka melaksanakan MoU, maka pihak yang merasa dirugikan tersebut dapat menuntut pihak yang dirasa telah merugikannya berdasarkan ketentuan Pasal 1365 KUHPerdata tentang perbuatan melawan hukum.

Kata kunci: asas itikad baik; hukum perjanjian; MOU.

ABSTRACT

*The MoU is an initial agreement as a result of negotiations made in written form. The MoU only outlines fundamental matters, meaning that the substance of the MoU will later be the substance of the contract made comprehensively and in detail by the parties. This study aims to comprehensively examine the practice of applying a principle of good faith in the pre-contractual stage. Furthermore, this study investigates the liability for parties who entered into a pre-contractual stage with bad faith in the formulation of an MoU. This study results in the following, **firstly**, a practice of applying a good faith principle in the pre-contractual stage is that the principle of good faith is one of the universal principles in Contract Law. Indonesia, as a country that adheres to the Civil Law System, also regulates the principle of good faith in its Contract Law. The principle of good faith in Indonesian Contract Law is reflected in the provisions of Article 1338 Paragraph (3) of the Civil Code. **Secondly**, based on Book III of the Civil Code and UNIDROIT's Legal Principles, if one party is deemed entering a contract in bad faith, meanwhile another party has suffered losses for taking actions that incur large amount of costs in implementing the MoU, then the aggrieved party can sue the party deemed to have caused him/her losses based on the provisions of Article 1365 of the Civil Code on Tort (unlawful act).*

Keywords: contract law; MOU; principle of good faith.

PENDAHULUAN

Di era Revolusi Industri 4.0 ini, bisnis di Indonesia tumbuh dengan pesat. Banyak pelaku-pelaku bisnis baru bermain di berbagai segmen pasar konsumen. Investor mulai melirik Indonesia dan bisnis-bisnis yang sebelum reformasi tidak berkembang kini menjadi ladang emas untuk berusaha. Seiring dengan perkembangan dunia bisnis baik di dunia maupun di Indonesia, banyak pelaku usaha baik dari dalam maupun luar negeri saling bekerjasama satu sama lain dan kerjasama tersebut terwujud dalam suatu bentuk perjanjian atau kontrak. Perjanjian yang dibuat beraneka ragam tergantung kebutuhan masing-masing pihak yang membuatnya, dapat berupa kontrak kerjasama dalam pengadaan barang dan jasa, kontrak bisnis hingga kontrak kerja.

Menurut Erman Rajagukguk, pada dasarnya suatu kontrak merupakan dokumen tertulis yang memuat keinginan-keinginan para pihak untuk mencapai tujuan-tujuan komersialnya dan bagaimana pihak-pihaknya diuntungkan, dilindungi atau dibatasi tanggungjawabnya dalam mencapai tujuan-tujuan tersebut.¹

Penjelasan tersebut mengisyaratkan bahwa suatu kontrak merupakan hal yang sangat diperlukan dalam hubungan bisnis. Kontrak bukan sekedar untuk kepastian dengan siapa kita berbisnis dan dalam hal apa saja kerjasama dilakukan namun juga untuk melindungi hak jika sewaktu-waktu terjadi hal yang tidak diinginkan. Oleh karena itu diperlukan pengetahuan dalam bidang hukum perjanjian yang memadai agar dapat membuat suatu kontrak yang baik dan benar. Hukum sendiri bukan hanya sekedar kaidah dan asas, melainkan pula meliputi proses dan lembaga dalam rangka mewujudkan kaidah tersebut dalam masyarakat.² Dalam hal ini hukum yang terkait dengan perjanjian pun bukan hanya sekedar kaidah yang tercantum dalam perundang-undangan melainkan pula segala unsur yang terkait dengan hal tersebut.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (yang selanjutnya akan disebut KUH Perdata) atau *Burgerlijk Wetboek* merupakan seperangkat aturan dari sistem hukum *civil law* yang diciptakan oleh pemerintah Belanda dan kemudian diberlakukan di Indonesia. Hukum Kolonial pemerintahan Hindia Belanda berlaku sebagai hukum nasional berdasarkan asas konkordansi melalui Pasal II Aturan Peralihan yang telah diamandemen menjadi Pasal I aturan Peralihan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Namun Peraturan tersebut disesuaikan dengan perkembangan situasi, kondisi dan kebutuhan yang nyata dalam kehidupan bernegara.³

¹ Erman Rajagukguk, *Kontrak Dagang Internasional Dalam Praktik di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Elips Project, Jakarta: 1994, hlm.1.

² Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan*, PT Alumni, Bandung: 2002, hlm 19.

³ Irfani Nurfaqih, *Revitalisasi Hukum Dasar Perekonomian Nasional Dalam Hukum Penanaman Modal Asing di Indonesia*, <http://irfaninurfaqih.wordpress.com/category/hukum-internasional/>, diakses pada tanggal 26 Mei 2019 pukul 10.03. WIB.

Itikad baik adalah salah satu asas klasik dalam hukum perjanjian yang terkandung pula dalam KUH Perdata. Asas ini bersumber dari konsep bona fides dalam hukum perjanjian Romawi. Teori hukum perjanjian yang modern yang mengedepankan asas itikad baik bahwa pelaksanaan asas itikad baik bukan baru mulai dilaksanakan setelah ditandatangani perjanjian dan pelaksanaan perjanjian, akan tetapi harus sudah dilaksanakan (ada) sejak tahap perundingan (pra perjanjian/kontrak). Teori hukum perjanjian yang modern ini sudah diberlakukan di negara-negara yang menganut sistim hukum "Civil Law" seperti Perancis, Belanda dan juga Jerman. Kita ketahui bersama bahwa *Code Civil* Perancis mempengaruhi *Burgelijk Wetboek* Belanda dan selanjutnya berdasarkan asas konkordansi maka *Burgelijk Wetboek* Belanda diadopsi dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) Indonesia.

Sebelum transaksi bisnis berlangsung dan kontrak dibuat, biasanya terlebih dahulu dilakukan negosiasi awal.

Menurut *Oxford Dictionary*:

*"Negotiation is a dialogue between two or more people or parties, intended to reach an understanding"*⁴

Berdasarkan terjemahan bebas penulis, negosiasi berarti pembicaraan antara dua orang atau lebih dengan maksud untuk mencapai kompromi atau kesepakatan. Istilah-istilah lain yang kerap digunakan pada proses ini seperti: pertawaran, tawar-menawar, perundingan, perantaraan, atau barter. Negosiasi merupakan suatu proses upaya untuk mencapai kesepakatan dengan pihak lain.

Di Indonesia asas itikad baik tidak mengalami perkembangan pemahaman yang jauh berbeda dengan beberapa dekade sebelumnya. Globalisasi ekonomi telah mendorong perkembangan transaksi bisnis dan melahirkan banyak perjanjian baru, tetapi rupanya tidak pada asas-asas perjanjiannya. Di Indonesia perkembangan penerapan asas itikad baik dalam hukum perjanjian berfokus pada penerapan Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata dimana ruang lingkungannya masih diletakkan pada pelaksanaan perjanjian saja, dan seolah-olah KUH Perdata belum mengakui keberadaan itikad baik pada tahap pra kontraktual. Sebagai perbandingan, menurut teori perjanjian yang modern bahwa pihak yang menderita kerugian dalam tahap pra perjanjian/kontrak atau pada tahap perundingan, hak-haknya juga patut untuk dilindungi, sehingga janji-janji pra perjanjian/kontrak akan berdampak hukum bagi yang melanggarnya.

Pada negara-negara yang menganut sistim hukum "*Common Law*" seperti Amerika dan Inggris, juga telah melakukan pencegahan agar seseorang tidak menarik kembali janjinya, dengan teori hukum

⁴ A.S, Homby, *Oxford Advanced Learner Dictionary Of Current English* (p.136). Oxford University Press, New York: 1984, hlm. 293.

yang dikenal dengan istilah hukum "*doktrin promissory estoppel*".⁵ bahwa teori hukum "*doktrin promissory estoppel*" adalah suatu doktrin hukum yang mencegah seseorang (promisor) untuk menarik kembali janjinya, dalam hal pihak yang menerima janji (promisee) karena kepercayaannya terhadap janji tersebut telah melakukan sesuatu perbuatan atau tidak berbuat sesuatu, sehingga dia (promisee) akan menderita kerugian jika (promisor) yaitu pihak yang memberi janji diperkenankan untuk menarik janjinya. Jadi sebetulnya di negara-negara lain baik penganut sistem *Civil Law* maupun *Common Law*, kajian itikad baik justru memberikan ruang bagi hakim untuk menggali dan menimbang konsep kepatutan dan keadilan pada tahap pra kontraktual dan pada akhirnya mengakui ajaran itikad baik pada tahap pra kontraktual.

Dalam hal ini timbul banyak masalah hukum bagi perkembangan hukum perjanjian di Indonesia, yaitu kapan terjadinya situasi yang disebut kondisi "negosiasi prakontraktual", tolak ukur penghentian negosiasi yang disebut memenuhi unsur itikad tidak baik sehingga menimbulkan unsur tanggung jawab. Sebagai pembanding apabila melihat dari prinsip-prinsip yang digunakan dalam Prinsip Kontrak Komersial Internasional (UNIDROIT). The UNIDROIT *Principles of International Commercial Contract* merupakan salah satu upaya harmonisasi hukum atau pengaturan dalam hukum kontrak internasional. Prinsip UNIDROIT adalah hasil karya Working Group yang terdiri dari para ahli sebagai perwakilan dari sistem-sistem hukum dan ekonomi di dunia. UNIDROIT sendiri adalah *International Institute for the Unification of Private Law*⁶. Indonesia telah meratifikasi Konvensi UNIDROIT melalui Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 59 Tahun 2008 tentang Pengesahan *Statute of International Institute for The Unification of Private Law* (Statuta Lembaga Internasional Untuk Unifikasi Hukum Perdata).

Di dalam berbagai peraturan perundang-undangan tidak kita temukan ketentuan yang khusus mengatur mengenai MoU.⁷ MoU sebenarnya tidak dikenal dalam hukum konvensional di Indonesia, terutama dalam bidang hukum perjanjian di Indonesia, tetapi dengan semakin berkembangnya dunia bisnis di Indonesia, kerjasama bisnis yang terjalin tidak hanya diantara sesama pelaku bisnis dalam negeri tetapi juga antara pelaku saha dalam negeri dengan pihak asing. Dalam hubungan kerjasama ini dimungkinkan terjadi perbedaan sistem hukum yang dianut kedua belah pihak dimana terjadi pertemuan antara sistem hukum *Common Law* dan sistem Hukum *Civil law* yang mempengaruhi sistem hukum *Civil Law*, salah satunya adalah pembuatan MoU yang sering dipraktikkan dengan meniru apa yang dipraktikkan secara internasional. Sebagai dokumen yang disepakati oleh kedua belah

⁵ Paul Latimer, *Australian Business Law*, Sydney, CCH Australian Limited, 1998, dalam Suharnoko, SH., MLI, *Hukum Perjanjian, Teori dan Analisa Kasus*, Kencana, Jakarta: 2004, edisi pertama, cetakan ke-3, hlm 1.

⁶ Masimiliano Di Martino, *New edition of UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Adopted*, <http://www.internationalcommerciallawblog.com/2011/05/new-edition-of-unidroit-principles-of-international-commercial-contracts-adopted/> diakses pada 26 Mei 2019 pukul 11.41 WIB.

⁷ *Ibid*, hlm. 8.

pihak, MoU biasanya berisi kesepakatan-kesepakatan para pihak yang ditujukan untuk kepentingan para pihak yang terlibat di dalamnya⁸. MoU juga biasanya terlihat mirip dengan kontrak karena beberapa karakteristik yang juga menyerupai kontrak.⁹ Secara teoritis penggunaan MoU tidak mengikat secara hukum, karena agar dapat mengikat secara hukum harus ditindaklanjuti dengan perjanjian.¹⁰

Landasan hukum yang digunakan dalam praktik penggunaan MoU di Indonesia didasarkan pada Pasal 1338 (ayat 1) KUH Perdata. Pengaturan mengenai MoU yang tunduk kepada asas kebebasan berkontrak membawa konsekuensi terhadap keberlakuan MoU. Keberadaan MoU sering menimbulkan kesimpangsiuran dalam praktik, dan banyak kesalahpahaman persepsi mengenai esensi MoU sehingga pada praktiknya banyak pembuatan MoU yang cenderung tidak sesuai dengan teori dimana seharusnya MoU hanya merupakan perjanjian pendahuluan saja yang bertujuan untuk menjalin ikatan moral. Disini dapat dilihat kesenjangan antara *Das Sollen* (apa yang seharusnya) dengan *das sein* (fakta yang ada atau praktik). Dan yang seringkali menimbulkan permasalahan hukum adalah mengenai implikasi apabila dalam praktiknya ternyata ada pihak yang memiliki itikad tidak baik dalam tahap pra kontraktual dalam hal ini kaitannya adalah pada saat dibuatnya MoU mengikat sampai saat ini Indonesia belum memiliki aturan khusus mengenai MoU.

Berdasarkan latar belakang yang telah diuraikan di atas, maka penulis membatasi permasalahan-permasalahan yang akan diteliti sebagai berikut, yaitu bagaimanakah praktik penerapan asas itikad baik pada tahap pra kontraktual di Indonesia dibandingkan dengan negara yang menganut sistem hukum *Common Law* dan bagaimanakah pertanggungjawaban pihak yang memiliki itikad tidak baik pada tahap pra kontraktual dalam *Memorandum of Understanding*, ditinjau dari Buku III KUH Perdata dan Prinsip Hukum UNIDROIT.

PEMBAHASAN

Praktik Penerapan Asas Itikad Baik pada Tahap Pra Kontraktual di Indonesia Dibandingkan dengan Negara yang Menganut Sistem Hukum Common Law

Pada umumnya untuk melakukan suatu kontrak dengan baik, diperlukan beberapa tahapan sejak persiapan sampai pelaksanaan isi kontrak. Tahapan tersebut penting terutama untuk kontrak yang bernilai sangat tinggi atau beresiko besar. Sedangkan untuk kontrak yang sederhana, tahapan tersebut tidak begitu penting untuk diperhatikan. Akan tetapi keseluruhan tahapan tersebut harus

⁸ Zayanti Mandasari, Kedudukan MoU dan SKB ditinjau dari Teori Perundang-undangan, *Jurnal Ius Quia Iustum*, Vol. 2 No. 2 April Tahun 2013.

⁹ Gunawan Widjaja, "The Application and Implementtation of MOU in Indonesian Business Practices", *International Journal of Business Economics and Law*, Vol. 13 Issue 4, hlm. 60.

¹⁰ Surya Darma, et al., "Status Hukum MoU dalam Hukum Perjanjian di Indonesia", *Kertha Semaya: Journal Ilmu Hukum*, Vol. 4 No. 3 Tahun 2016.

dilaksanakan dengan itikad baik dari para pihak yang membuatnya. Tahapan-tahapan tersebut antara lain;

1. Tahap pra kontraktual, yaitu para pihak akan mengikatkan diri dalam kontrak pada umumnya melakukan proses tawar menawar (*bargaining process*). Salah satu pihak memberikan penawaran (*offer*) sedang pihak yang lain akan memberikan penerimaan (*acceptance*) manakala ia menerima syarat-syarat yang diajukan oleh pihak pertama. Lazim juga proses ini disebut sebagai proses negosiasi untuk menuju terciptanya kata sepakat (*mutual consent*).¹¹
2. Tahap Kontraktual, yaitu adanya persesuaian pernyataan kehendak antara para pihak. Pada tahap ini juga terdapat kewajiban hukum atas itikad baik yang akan ditandatangani yang biasa disebut "*the obligation to exercise due diligence*"¹²
3. Tahap Pelaksanaan Kontrak, yaitu pelaksanaan perjanjian.

Asas itikad baik (*good faith*) merupakan salah satu asas dalam hukum perjanjian yang bersifat universal. Keberadaan asas itikad baik dikenal baik di negara-negara yang menganut Sistem Hukum *Civil Law/Eropa Kontinental*, maupun negara-negara yang menganut Sistem Hukum *Common Law/Anglo Saxon*.

Indonesia sebagai negara yang menganut Sistem Hukum *Civil Law*, mengatur juga keberadaan asas itikad baik dalam hukum perjanjiannya. Asas itikad baik dalam hukum perjanjian di Indonesia tercermin dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara, yang berbunyi: "Persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik."

Penerapan asas itikad baik yang terdapat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara, harus dilaksanakan oleh para pihak baik dalam tahap pra kontraktual, tahap kontraktual dan tahap pos kontraktual. Dengan demikian, pada setiap tahap dalam perjanjian para pihak yang membuat perjanjian harus selalu menjalankan asas atau prinsip itikad baik.

Tahap pra kontraktual merupakan tahap sebelum ditandatanganinya suatu perjanjian. Dalam tahap ini, para pihak yang akan membuat suatu perjanjian dapat melakukan tindakan-tindakan persiapan sebelum membuat suatu perjanjian. Hal atau tindakan yang dapat dilakukan oleh para pihak pada tahap pra kontraktual antara lain:

1. Melakukan negosiasi
2. Melakukan *legal audit*
3. Membuat *Memorandum of Understanding*
4. Meminta *legal opinion* kepada advokat

¹¹Niewenhuis, JH, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Terjemahan Djasadin Saragih, Surabaya: 1985, hlm. 28.

¹²Kartini Muljadi, *Hukum Kontrak Internasional dan Pengaruhnya Terhadap Perkembangan Hukum Nasional*, BPHN, Jakarta: 1994, hlm. 16.

5. Melakukan pengakajian dari segi bisnis, sosial, teknis, dll.

Banyaknya kegiatan dalam tahap pra kontraktual sangat tergantung dari segi urgensinya kegiatan tersebut bagi perjanjian yang akan dibuatnya.

Dalam melakukan hal atau tindakan-tindakan dalam tahap pra kontraktual tersebut, meskipun para pihak belum membuat atau menandatangani perjanjian, tetapi para pihak tetap harus menjunjung itikad baik. Apabila salah satu pihak tidak menjunjung itikad baik dalam tahap pra kontraktual tersebut, sangat mungkin akan menimbulkan kerugian bagi pihak lainnya.

Contoh penerapan asas itikad baik pada tahap pra kontraktual misalnya, pada saat para pihak mengadakan negosiasi. Isi dari perjanjian pada dasarnya berupa hasil kesepakatan para pihak yang membuatnya. Kesepakatan tersebut, dapat dilahirkan diantara melalui proses negosiasi. Jadi tujuan dilaksanakannya negosiasi pada dasarnya untuk mencapai kesepakatan diantara para pihak terhadap suatu hal yang akan dituangkan dalam perjanjian.

Dalam proses negosiasi, hendaknya para pihak menjunjung tinggi asas itikad baik. Salah satu bentuk penerapan asas itikad baik dalam melakukan negosiasi misalnya, salah satu pihak tidak memaksakan kehendaknya terhadap pihak untuk mencapai suatu kesepakatan. Tindakan pemaksaan yang dilakukan oleh salah pihak tersebut dapat disebabkan karena kedudukan salah satu pihak "lebih tinggi" dari pihak lainnya, misalnya dalam hubungan kerja kedudukan antara majikan dianggap lebih tinggi dari tenaga kerja meskipun seharusnya kedudukan para pihak dalam perjanjian seimbang atau sederajat.

Apabila dalam proses negosiasi tersebut salah satu pihak melakukan paksaan terhadap pihak lainnya, maka pihak yang merasa dipaksa dapat menolak atau tidak menyepakati terhadap hal tersebut. Namun apabila para pihak terlanjur sudah membuat perjanjian, maka apabila dapat dibuktikan bahwa kesepakatan yang lahir tersebut berasal dari suatu paksaan pihak yang merasa dipaksa tersebut dapat mengajukan pembatalan terhadap perjanjian yang telah dibuatnya. Hal tersebut dikarenakan, terjadinya kecacatan dalam kesepakatan sehingga salah satu syarat perjanjian yang bersifat subjektif tidak terpenuhi.

Contoh lain dari penerapan asas itikad baik dalam proses negosiasi, misalnya para pihak tidak melakukan penipuan terhadap pihak lainnya dalam rangka mencapai kesepakatan terhadap suatu hal. Apabila suatu perjanjian yang telah dibuat, dapat dibuktikan oleh salah satu pihak yang membuatnya bahwa perjanjian tersebut lahir dari suatu kesepakatan yang di dalamnya terdapat penipuan, maka pihak yang merasa telah ditipu tersebut dapat mengajukan pembatalan terhadap perjanjian tersebut ke pengadilan. Hal ini didasarkan karena terdapatnya kecacatan dalam kesepakatan, yang merupakan syarat subjektif sahny suatu perjanjian.

Penerapan asas itikad baik lainnya pada tahap pra kontraktual misalnya pada saat salah satu pihak melakukan *legal audit* terhadap calon mitranya. *Legal audit* intinya merupakan suatu kegiatan pemeriksaan (audit) terhadap dokumen-dokumen dan hal-hal lainnya yang terkait dengan masalah hukum. Hal-hal atau dokumen-dokumen yang akan dijadikan objek legal audit sangat tergantung dari perjanjian yang akan dibuat.

Pada saat pelaksanaan *legal audit*, pihak yang melakukan *legal audit* akan meminta sejumlah dokumen serta hal-hal lain yang terkait dengan hukum. Tujuan dilakukannya legal audit tersebut intinya untuk memastikan agar perjanjian yang akan dibuat dapat berjalan dengan baik dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Pihak yang melakukan legal audit maupun pihak yang diaudit, harus sama-sama memiliki itikad baik dalam pelaksanaannya. Misalnya pihak yang melakukan legal audit, harus menjaga kerahasiaan dokumen-dokumen yang diberikan oleh pihak yang diaudit. Pihak yang melakukan legal audit tidak boleh menyalahgunakan dokumen-dokumen yang diberikan oleh pihak yang diaudit untuk kepentingan di luar proses legal audit.

Demikian juga dengan dengan pihak diaudit, harus melaksanakan itikad baik ketika proses legal audit. Dokumen-dokumen atau keterangan-keterangan yang diberikan kepada pihak yang mengaudit tidak boleh dimanipulasi datanya. Keterangan-keterangan yang diberikan kepada pihak yang mengaudit tidak boleh bertentangan dengan faktanya yang akan menimbulkan keuntungan bagi salah satu pihak.

Apabila ada salah satu pihak yang merasa dirugikan dalam pelaksanaan *legal audit*, maka dapat digunakan ketentuan mengenai perbuatan melawan hukum yang tercantum dalam Pasal 1365 KUHPerdara. Namun apabila sudah masuk pada tahap pos kontraktual dan ternyata diketahui terdapat itikad tidak baik dari salah satu pihak pada saat legal audit, maka pihak yang merasa dirugikan dapat pula menuntut agar perjanjian yang telah dibuatnya untuk dibatalkan ke pengadilan.

Pertanggungjawaban Pihak yang Memiliki Itikad Tidak Baik pada Tahap Prakontraktual dalam *Memorandum of Understanding* Ditinjau dari Buku III KUHPerdara dan Prinsip Hukum UNIDROIT

Memorandum of Understanding (selanjutnya disingkat MoU) merupakan nota kesepahaman atau kesepakatan awal yang dibuat oleh para pihak yang akan membuat suatu perjanjian. Pengaturan tentang MoU tidak terdapat dalam Buku III KUHPerdara, namun dewasa ini dalam praktik di Indonesia telah banyak para pihak yang membuat MoU dalam rangka membuat suatu perjanjian. Maraknya pembuatan MoU di Indonesia, merupakan bukti adanya pengaruh Sistem Hukum *Common Law* dalam praktik pembuatan perjanjian.

Subekti menjelaskan bahwa istilah kontrak mempunyai pengertian lebih sempit daripada perjanjian karena kontrak ditujukan kepada perjanjian yang tertulis.¹³ Selain memberikan pengertian mengenai apa itu perjanjian, di dalam Buku III KUH Perdata dikenal pula asas hukum dalam bidang perjanjian yaitu asas konsensualisme, asas pacta sunt servanda, asas kebebasan berkontrak, asas itikad baik dan asas kepribadian.

Asas Itikad baik dalam bahasa hukumnya disebut *de goedetrow*. Asas ini berkaitan dengan pelaksanaan suatu perjanjian. Asas itikad baik terdapat dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang menentukan:

“persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik”

Purwahid Patrik mengemukakan asas itikad baik dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu itikad baik yang bersifat subyektif dan itikad baik yang bersifat obyektif. Itikad baik yang bersifat subyektif dapat diartikan sebagai kejujuran seseorang dalam melakukan suatu perbuatan hukum, hal ini berkaitan dengan sikap batin seseorang. Sedangkan itikad baik yang bersifat obyektif dapat diartikan bahwa pelaksanaan suatu perjanjian didasarkan atas nama kepatutan, kepantasan, kewajaran atau sesuai dengan norma yang berlaku di dalam masyarakat dimana perjanjian tersebut diadakan.¹⁴

Istilah *Memorandum of Understanding* (MoU) berasal dari dua kata, yaitu *memorandum* dan *understanding*. Secara gramatikal *memorandum of understanding* diartikan sebagai nota kesepahaman. Dalam *Black's Law Dictionary*, yang diartikan *memorandum* dan *understanding* adalah:

“*Memorandum is to serve the basis of future formal contract*”

Berdasarkan terjemahan bebas penulis, *Memorandum* adalah dasar untuk memulai penyusunan kontrak secara formal pada masa yang akan datang.

“*Understanding is an implied agreement resulting from the express term of another agreement, whether written or oral*”

Berdasarkan terjemahan bebas penulis, *understanding* adalah Pernyataan persetujuan secara tidak langsung terhadap hubungannya dengan persetujuan lain, baik lisan maupun tertulis.

Dari terjemahan kedua kata itu, dapat dirumuskan pengertian MoU adalah dasar penyusunan kontrak pada masa yang akan datang yang didasarkan pada hasil pemufakatan para pihak, baik secara tertulis maupun lisan.¹⁵

¹³Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. XVI, Intermasa, Jakarta: 1996, hlm. 1.

¹⁴Purwahid Patik, *Asas Itikad Baik dan Kepatutan Sebagai Dasar Untuk Merevisi Isi Perjanjian*, Elips Project, Jakarta: 1993, hlm 3.

¹⁵Salim H.S, et al., *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding*, Op. Cit., hlm. 46.

Pembuatan MoU tergolong dalam tahap pra kontraktual, karena MoU dibuat para pihak sebelum membuat suatu perjanjian. Pembuatan MoU tersebut dimaksudkan oleh para pihak sebagai tahap permulaan, yang dikemudian hari akan ditindak lanjuti dengan pembuatan perjanjian.

Pada dasarnya kekuatan MoU menurut hukum perjanjian di Indonesia hanya mengikat secara moral saja, karena di dalam MoU para pihak baru menuangkan kesepakatan awal dan dalam MoU tidak berisi kewajiban-kewajiban serta sanksi bagi para pihak yang melanggarnya. Namun dalam praktik terdapat MoU yang isinya sudah memuat suatu kewajiban-kewajiban bagi para pihak dan dinyatakan secara tegas dalam MoU tersebut bahwa kedudukan MoU tersebut mengikat secara hukum.

Oleh karena itu perlu dibedakan kekuatan MoU berdasarkan isi yang tertuang dalam MoU tersebut. Apabila suatu MoU tidak memuat kewajiban-kewajiban dan sanksi bagi para pihak, maka MoU hanya mengikat secara moral saja. Namun apabila isi MoU sudah mengatur kewajiban dan sanksi bagi para pihak, serta ada penegasan bahwa MoU ini memiliki kekuatan mengikat secara hukum, maka kedudukan MoU tersebut sama dengan kedudukan sebagai suatu perjanjian yang memiliki kekuatan mengikat secara hukum.

Apabila salah satu pihak dianggap bertikad tidak baik misalnya membatalkan MoU, padahal pihak yang dirugikan tersebut sudah melakukan tindakan-tindakan yang mengeluarkan biaya besar dalam rangka melaksanakan MoU, maka pihak yang merasa dirugikan tersebut dapat menuntut pihak yang dirasa telah merugikannya berdasarkan ketentuan Pasal 1365 KUHPerdata tentang perbuatan melawan hukum. Namun dalam hal ini, pihak yang merasa dirugikan tersebut harus dapat membuktikan bahwa kerugian yang timbul tersebut akibat perbuatan dari pihak yang membatalkan MoU tersebut.

Terkait dengan prinsip UNIDROIT tanggung jawab hukum telah lahir sejak proses negosiasi. Dan prinsip hukum tentang negosiasi yaitu:

1. Kebebasan negosiasi
2. Tanggung Jawab atas negosiasi dengan itikad buruk
3. Tanggung Jawab atas pembatalan negosiasi dengan itikad buruk.

Dalam prinsip ini dapat diketahui bahwa para pihak tidak hanya bebas untuk memutuskan kapan dan dengan siapa melakukan negosiasi namun juga bebas menentukan kapan, bagaimana dan berapa lama proses negosiasi dilakukan. Prinsip ini sesuai dengan Prinsip Nomor 1 dan tidak boleh bertentangan dengan prinsip nomor 2 yaitu prinsip good faith dan fair dealing yang diatur dalam pasal 1.7 yang menyatakan:

"each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade, the parties may not exclude or limits this duty"

Berdasarkan prinsip tersebut maka seharusnya dalam tahap negosiasi tidak boleh dilakukan dengan itikad tidak baik dan menyimpang dari prinsip fair dealing.¹⁶

PENUTUP

Praktik Penerapan Asas Itikad Baik pada Tahap Pra Kontaktual di Indonesia Dibandingkan dengan Negara yang Menganut Sistem Hukum Common Law adalah bahwa asas itikad baik (*good faith*) merupakan salah satu asas dalam hukum perjanjian yang bersifat universal. Keberadaan asas itikad baik dikenal baik di negara-negara yang menganut Sistem Hukum *Civil Law/Eropa Kontinental*, maupun negara-negara yang menganut Sistem Hukum *Common Law/Anglo Saxon*. Indonesia sebagai negara yang menganut Sistem Hukum *Civil Law*, mengatur juga keberadaan asas itikad baik dalam hukum perjanjiannya. Asas itikad baik dalam hukum perjanjian di Indonesia tercermin dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (3) KUHPerduta, yang berbunyi: "Persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik." Pertanggungjawaban Pihak yang Memiliki Itikad Tidak Baik pada Tahap Prakontraktual dalam *Memorandum of Understanding* Ditinjau dari Buku III KUHPerduta dan Prinsip Hukum UNIDROIT adalah apabila salah satu pihak dianggap bertikad tidak baik misalnya membatalkan MoU, padahal pihak yang dirugikan tersebut sudah melakukan tindakan-tindakan yang mengeluarkan biaya besar dalam rangka melaksanakan MoU, maka pihak yang merasa dirugikan tersebut dapat menuntut pihak yang dirasa telah merugikannya berdasarkan ketentuan Pasal 1365 KUHPerduta tentang perbuatan melawan hukum. Namun dalam hal ini, pihak yang merasa dirugikan tersebut harus dapat membuktikan bahwa kerugian yang timbul tersebut akibat perbuatan dari pihak yang membatalkan MoU tersebut.

Seharusnya tahapan kontrak diatur lebih komprehensif dalam satu Undang-Undang tersendiri mengenai Hukum Kontrak di Indonesia karena semakin banyaknya jenis kontrak baru yang berkembang di masyarakat agar masyarakat Indonesia tidak mengalami kebingungan saat melakukan kontrak dalam hubungan hukumnya. Dalam Undang-undang mengenai Hukum Kontrak seharusnya diatur mengenai kekuatan hukum maupun akibat hukum mengenai tahapan-tahapan kontrak, mulai dari tahap pra kontraktual sampai tahap pelaksanaan kontrak sehingga jelas kedudukan dan kekuatan hukum MoU.

¹⁶Jusuf Patrick, *Prinsip Kontrak Komersial Internasional UNIDROIT*, <http://notarissby.blogspot.com/2009/03/prinsip-kontrak-komersial-international.html>, diakses pada 24 Mei 2019 pukul 12.49 WIB.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- A.S, Homby, *Oxford Advanced Learner Dictionary Of Current English* (p.136). Oxford University Press, New York: 1984.
- Erman Rajagukguk, *Kontrak Dagang Internasional Dalam Praktik di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Elips Project, Jakarta: 1994.
- Kartini Muljadi, *Hukum Kontrak Internasional dan Pengaruhnya Terhadap Perkembangan Hukum Nasional*, BPHN, Jakarta: 1994.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-konsep Hukum Dalam Pembangunan*, PT Alumni, Bandung: 2002.
- Niewenhuis, JH, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Terjemahan Djasadin Saragih, Surabaya: 1985.
- Paul Latimer, *Australian Business Law*, Sydney, CCH Australian Limited, 1998, dalam Suharnoko, SH., MLI, *Hukum Perjanjian, Teori dan Analisa Kasus*, Kencana, Jakarta: 2004, edisi pertama, cetakan ke-3.
- Purwahid Patik, *Asas Itikad Baik dan Kepatutan Sebagai Dasar Untuk Merevisi Isi Perjanjian*, Elips Project, Jakarta: 1993.
- Salim HS, dkk, *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding (MoU)*, Sinar Grafika, Jakarta: 2008.
- Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet XYI, Intermasa, Jakarta: 1996.

Jurnal

- Gunawan Widjaja, "The Application and Implementtation of MOU in Indonesian Business Practices", *International Journal of Business Economics and Law*, Vol, 13 Issue 4.
- Surya Darma, et al, "Status Hukum MoU dalam Hukum Perjanjian di Indonesia", *Kertha Semaya : Journal Ilmu Hukum*, Vol 4 No.3 Tahun 2016.
- Zayanti Mandasari, "Kedudukan MoU dan SKB ditinjau dari Teori Perundang-undangan", *Jurnal Ius Quia Iustum*, Vol. 2 No. 2 April Tahun 2013.

Peraturan Perundang-Undangan

- Undang-Undang Dasar 1945.
- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Sumber Lain

Irfani Nurfaqih, *Revitalisasi Hukum Dasar Perekonomian Nasional Dalam Hukum Penanaman Modal Asing di Indonesia*, <http://irfaninurfaqih.wordpress.com/category/hukum-internasional/> diakses pada tanggal 26 Mei 2019 pukul 10.03 WIB.

Masimiliano Di Martino, *New edition of UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Adopted*, <http://www.internationalcommerciallawblog.com/2011/05/new-edition-of-unidroit-principles-of-international-commercial-contracts-adopted/> diakses pada 26 Mei 2019 pukul 11.41 WIB.

Jusuf Patrick, *Prinsip Kontrak Komersial Internasional UNIDROIT*, <http://notarissby.blogspot.com/2009/03/prinsip-kontrak-komersial-international.html>, diakses pada 24 Mei 2019 pukul 12.49 WIB.