

**NEGOSIASI DAN MEMORANDUM OF UNDERSTANDING (MoU)
DALAM PENYUSUNAN KONTRAK**

Sigit Irianto *

ABSTRACT

Negotiation and the memorandum of understanding have become an important element in business contracts, particularly those with high value transactions. Negotiation is the very first step in a contract, followed up with memorandum of understanding. The objective of the negotiations is to bring together two different interests, while the memorandum of understanding is a preliminary agreement that contain basic materials before followed with the very detailed contract composing. There are two views about the negotiations and the memorandum of understanding, that developed countries which embrace either common law or civil law systems already incorporate both systems as the binding legal document, while several other countries (including Indonesia) are still considered them as the non-legally binding document.

Keywords: negotiation, memorandum of understanding, contracts, legal document

ABSTRAK

Negosiasi dan *memorandum of understanding* telah menjadi elemen penting dalam kontrak bisnis, khususnya yang mencapai nilai transaksi yang besar. Negosiasi merupakan langkah paling awal yang kemudian diikuti dengan memorandum of understanding dalam suatu kontrak. Tujuan diadakannya negosiasi adalah untuk mempertemukan dua kepentingan yang berbeda, sedangkan *memorandum of understanding* adalah perjanjian awal yang berisi materi-materi yang sifatnya pokok sebelum ditindaklanjuti dengan penyusunan kontrak yang sangat detail penyusunannya. Terdapat dua pandangan tentang negosiasi dan *memorandum of understanding*, yaitu bahwa negara-negara maju baik yang menganut common law sistem maupun civil law sistem sudah memasukkan keduanya sebagai *the binding legal document*, dan beberapa negara lain (termasuk Indonesia) masih mengkategorikan sebagai *non binding legal document*.

Kata Kunci : *negosiasi, memorandum of understanding, kontrak, legal document*

PENDAHULUAN

Penyusunan / pembuatan suatu kontrak atau perjanjian oleh para pihak

* Sigit Irianto adalah Doktor Ilmu Hukum, Dosen Program Studi Ilmu Hukum, Program Magister Ilmu Hukum dan Program Magister Kenotariatan Fakultas Hukum UNTAG Semarang, E-mail : sigitirianto@yahoo.co.id

didasarkan karena adanya suatu kepentingan untuk mewujudkan sesuatu. Pembuatan atau penyusunan suatu kontrak pada umumnya di mulai dengan adanya proses negosiasi (*preliminary negotiation*). Pada umumnya negosiasi tetap dilakukan meskipun dalam bentuk yang sangat sederhana. Contohnya, seseorang yang akan membeli 1 kilogram

buah mangga di pasar, biasanya selalu mengadakan tawar menawar dengan penjualnya mengenai harga 1 kilogram mangga. Namun demikian tidak semua kontrak selalu dilakukan dengan negosiasi, karena sudah ada kepastian tentang barang dan harga yang tidak dimungkinkan adanya tawar menawar harga barang. Contohnya: membeli barang di pusat perbelanjaan tidak perlu adanya negosiasi atau tawar menawar harga.

Penyusunan kontrak yang menyangkut nilai yang sangat besar, tindakan negosiasi merupakan hal yang wajib dilakukan karena untuk memperoleh kepastian dan perlindungan kepentingannya. Negosiasi dapat dilakukan secara rinci maupun secara sederhana, tergantung kepentingan dan kesepakatan para pihak.

Tujuan diadakannya negosiasi adalah untuk mempertemukan dua kepentingan yang berbeda. Skala yang lebih besar, negosiasi sangat diperlukan untuk mencari titik temu yang kemudian menghasilkan apa yang disebut dengan *Memorandum of Understanding (MoU)*. Negosiasi merupakan langkah awal sebelum memasuki fase perjanjian atau masuk dalam fase prakontraktual. Prakontrak adalah hubungan hukum yang terjadi dalam negosiasi dan penyusunan kontrak.¹ Dalam setiap proses negosiasi kontrak sasaran atau tujuan para pihak sebenarnya hanya satu yaitu untuk mencapai kata sepakat.²

Negosiasi telah menjadi elemen penting dalam suatu kontrak, apalagi dalam kontrak bisnis internasional. Negara-negara maju, baik yang menganut *Civil Law* maupun *Common Law* telah menempatkan negosiasi sebagai elemen penting dalam suatu kontrak dan telah mengikat para pihak.

1 Ridwan, Khairandy, *Iktikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, Jakarta, 2003, hal. 38.

2 Budiono, Kusumohamidjojo, 1999, *Panduan Negosiasi Kontrak*, Grasindo, Jakarta, hal. 9.

Memorandum of Understanding (MoU) merupakan langkah yang dilakukan setelah negosiasi, penyusunan *Memorandum of Understanding (MoU)*, dapat dilakukan secara rinci maupun secara garis besar yang kemudian dituangkan dalam suatu kontrak. *Memorandum of Understanding (MoU)* seringkali sudah dianggap sebagai hasil akhir dan tidak ditindaklanjuti dengan penyusunan kontrak.

KUHPerdata dan Kitab Undang-undang Hukum Perdata sistem hukum Eropa Kontinental yang lain tidak mengatur secara khusus mengenai negosiasi. Demikian pula dalam sistem hukum Amerika, pengaturan secara khusus mengenai negosiasi juga tidak ada.³

Memorandum of Understanding (MoU) juga tidak diatur dalam KUHPerdata dan juga tidak ada pengaturan khusus dalam sistem *Common Law* maupun *American Law*. *Negosiasi dan Memorandum of Understanding (MoU)* timbul dalam kebiasaan-kebiasan atau praktik bisnis. Namun demikian dalam proses sebelum kontrak itu disepakati, maka pada umumnya para pihak terlebih dahulu melakukan perundingan-perundingan untuk mencapai kesepakatan mengenai sesuatu hal yang menjadi kepentingan bersama. Hasil yang dicapai dalam negosiasi ini akan menghasilkan sesuatu yang nantinya menjadi elemen-elemen penting dalam perjanjian, yang sebelumnya sudah disusun dalam *Memorandum of Understanding (MoU)*.

Negosiasi, *memorandum of understanding* dan perancangan kontrak merupakan hal yang lazim terjadi dalam dunia bisnis, meskipun ketiga hal tersebut dapat berdiri sendiri-sendiri atau merupakan satu rangkaian yang utuh untuk melakukan suatu hubungan hukum dalam

3 FX, Suhandana, *Contract Drafting, Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2008, hal. 89.

bisnis. Tipe-tipe negosiasi, *memorandum of understanding* dan perancangan kontrak juga dapat berbeda-beda sesuai dengan kepentingan para pihak dan apa yang dibicarakan atau kegiatan bersama yang akan dilakukan. Tingkat kerumitan dan frekuensi dalam melakukan negosiasi, *memorandum of understanding* dan perancangan kontrak akan sangat dipengaruhi oleh apa yang dibicarakan serta keterlibatan berbagai hal misalnya banyaknya orang yang nantinya terlibat, dana, tempat, apa yang nantinya dihasilkan sampai pada kesulitan-kesulitan yang mungkin dialami di bidang perijinan, hubungan dengan masyarakat, hubungan dengan penguasa, keamanan, jaminan dan kelangsungan hidup kerjasama yang akan diselenggarakan.

PEMBAHASAN

Negosiasi Dalam Penyusunan Kontrak

Negosiasi muncul dalam praktik bisnis, sebagai suatu proses untuk berunding atau yang timbul/terjadi sebelum adanya kata sepakat para pihak. Negosiasi merupakan kegiatan dan / atau sarana bagi para pihak untuk melakukan pembicaraan / perundingan, dimana pihak yang satu memberi penawaran pada pihak lainnya dan sebaliknya tentang sesuatu yang menjadi tujuan bersama yang diharapkan nantinya dapat tercapai kesepakatan. Kesepakatan yang diharapkan dapat tercapai merupakan titik temu kedua belah pihak karena sebelumnya terdapat perbedaan-perbedaan pendapat mengenai sesuatu hal yang dilatarbelakangi oleh adanya kepentingan yang sama dalam mewujudkan sesuatu. Kepentingan yang sama yang dimaksud adalah tujuan untuk melakukan kerjasama.

Beberapa pengertian negosiasi dapat disebutkan berikut ini. Menurut Henry R. Cheeseman: *Negotiation as the transfer of a negotiable instrument by*

person other than the issuer to a person who thereby becomes a holder.⁴ *There are time when one may wish to enter into a contract with another person but, instead of making an offer, will try to induce the other party to make the offer*.⁵ Kamus Besar Bahasa Indonesia⁶ mendefinisikan negosiasi adalah proses tawar menawar dengan jalan berunding untuk memberi atau menerima, guna mencapai kesepakatan bersama antara satu pihak (kelompok atau organisasi) dan pihak (kelompok atau organisasi) lain. Salim HS,⁷ berpendapat senada yaitu bahwa negosiasi merupakan sarana bagi para pihak untuk mengadakan komunikasi dua arah yang dirancang untuk mencapai kesepakatan, sebagai akibat adanya perbedaan pandangan terhadap sesuatu hal dan dilatarbelakangi oleh kesamaan/ketidaksamaan kepentingan di antara mereka.

Beberapa pengertian tersebut menekankan bahwa negosiasi adalah proses untuk mencapai kesepakatan berdasarkan kepentingan para pihak. Para pihak tetap mempertahankan kepentingannya, namun juga memperhatikan kepentingan pihak lain. Tujuan dari negosiasi atau perundingan atau tawar menawar tersebut adalah mencapai kesepakatan tentang apa yang menjadi substansi perjanjian. Permasalahan yang dibahas harus juga diarahkan pada kepentingan bersama.

Dasar negosiasi dalam penyusunan suatu kontrak adalah asas kebebasan berkontrak. Asas ini menuntun para pihak

4 Cheeseman, Henry R., , *Business Law, Ethical, International, & E Commerce Environment*, Fourth Edition, Upper Saddle River, New Jersey 07458, 2001, hal. 469.

5 Lusk, Harold. F., *Business Law, Principles And Cases, Uniform Commercial Code Edition*, Richard D. Irwin, Inc, Homewood, Illionis, 1966,hal. 92.

6 Departemen Pendidikan dan Kebudayaan R.I, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka Jakarta, ., 1989hal. 661.

7 Salim, H.S, , *Perkembangan Hukum Kontrak Innominat di Indonesia*, Buku Kesatu, Sinar Grafika, Jakarta, 2003hal 124.

untuk dapat menyampaikan pendapatnya dan kemudian menjadi titik temu dari pendapat masing-masing pihak. Hal ini berarti bahwa dalam kebebasan berkontrak, masing-masing pihak mempunyai kedudukan yang sama atau seimbang.⁸

Pelaksanaan negosiasi tidak dibatasi oleh ruang dan waktu, artinya negosiasi dapat dilakukan dimana saja dan kapan saja, serta tidak dibatasi besar kecilnya nilai yang dinegosiasikan. Negosiasi telah tercapai apabila sudah terjadi titik temu para pihak mengenai apa yang dirundingkan. Negosiasi tidak menutup kemungkinan adanya perkembangan baru dari hasil negosiasi, yaitu pada awalnya tidak dimasukkan dalam draft negosiasi, namun kemudian setelah terjadi negosiasi dapat berkembang ke hal-hal baru. Sebelum negosiasi dilakukan, para pihak sudah menyiapkan terlebih dahulu materi-materi yang akan dirundingkan yang disebut dengan *Letter of Intent (LoI)*. *Letter of intent* merupakan suatu bentuk pernyataan sepihak dari pihak-pihak yang ingin memulai suatu perundingan dalam rangka menjajagi kemungkinan kerja sama di antara mereka. *Letter of intent* sendiri sebenarnya merupakan suatu *non binding legal document*, tetapi di beberapa negara (khususnya Amerika Serikat) telah berkembang menjadi *binding legal*

8 Kedudukan para pihak yang melakukan negosiasi dalam praktik sangatlah relative, karena dimungkinkan salah satu pihak mempunyai *bargaining position* yang kuat, sehingga mampu memaksakan kehendak dan mengendalikan substansi perjanjian. Contohnya adanya standar kontrak dalam perjanjian kredit bank, perjanjian asuransi, perjanjian produsen dengan konsumen dan sebagainya. Agus Yudha Hernoko, menegaskan bahwa untuk menyikapi hal tersebut di atas tentunya diperlukan sikap dan pemahaman yang objektif dalam menilai isi kontrak, terutama terkait dengan klausul-klausul kontrak yang dianggap berat sebelah., *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, LaksBang Mediatama Yogyakarta Bekerjasama dengan Kantor Advokat Hufon & Hans Simalea, Surabaya, 2008 hal. 4.

document/ contract. Contoh konkritnya adalah *letter of intent* antara Pemerintah RI dengan IMF.⁹

Letter of intent di beberapa negara seperti Amerika Serikat sudah mengikat atau menjadi *binding legal document/ contract*. Setelah adanya *letter of intent* kemudian diikuti dengan *Memorandum of Understanding (MoU)*. Ada dua corak negosiasi yaitu *position bargainer* dan *hard position bargainer*. *Position bargainer* (lunak) ini banyak dilakukan di lingkungan keluarga, antar sahabat dan lain-lain. Tujuannya adalah untuk membina hubungan baik (*cultivating*). Kelebihan corak ini adalah cepat menghasilkan kesepakatan namun mengandung risiko, yakni memungkinkan pola menang-kalah (*win-lose*). *Hard position bargainer* (keras) sangat mungkin menemui kebuntuan/*deadlock* akibat adanya tekanan, serta ancaman terutama jika terbentur pada situasi saat bertemu perunding keras sesama perunding keras lainnya.¹⁰

Membandingkan kedua corak tersebut, maka yang paling efektif adalah perpaduan antara kedua corak *principled negotiation/ interest based negotiation*, yang menganut pola *win-win*, yaitu keras dalam permasalahan tetapi lunak terhadap orang (*hard on the merits, soft non the people*).¹¹

Dilihat dari aspek kepentingan bersama, sebenarnya lebih ditekankan pada mencari solusi bersama. Para pihak tetap mempertahankan kepentingannya, namun juga memperhatikan kepentingan pihak lain. Adapun tujuan dari perundingan atau tawar menawar tersebut adalah mencapai kesepakatan tentang apa yang menjadi substansi perjanjian. Permasalahan yang dibahas harus juga diarahkan pada kepentingan bersama.

9 Supancana, Ida Bagus Rahmadi, *Kerangka Hukum dan Kebijakan Investasi Langsung di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2006, hal. 93.

10 Salim HS, *Op. Cit.*, hal. 125.

11 *Loc cit.*

Permasalahan hukum akan timbul jika dalam proses negosiasi/ perundingan atau *preliminary negotiation*, salah satu pihak telah melakukan perbuatan hukum seperti mempersiapkan tempat untuk usaha, meminjam uang, membeli tanah, padahal belum tercapai kesepakatan final antara mereka mengenai kontrak bisnis yang dirundingkan. Hal ini dapat terjadi karena salah satu pihak begitu percaya dan menaruh pengharapan terhadap janji-janji yang diberikan oleh rekan bisnisnya.¹² Padahal perundingan tersebut akhirnya tidak tercapai kesepakatan atau menemui jalan buntu/ *deadlock*, sehingga salah satu pihak mengalami kerugian akibat biaya-biaya ataupun investasi yang dikeluarkan. Hal ini menimbulkan permasalahan apabila salah satu pihak adalah warga Negara asing, karena sistem hukumnya yang berbeda.

Ditinjau dari aspek kekuatan hukumnya, pengaturan negosiasi masing-masing Negara tidak sama pada kekuatan mengikatnya. Beberapa negara menempatkan bahwa negosiasi kontrak belum mengikat sama sekali sebelum kontrak tersebut ditandatangani, dan KUHPerdota menganut sistem ini. Di banyak Negara-negara baik yang menganut sistem *Common Law* maupun sistem *Civil Law*, sudah menerapkan bahwa negosiasi dianggap sudah mengikat (*the binding legal document*).

Berpijak pada pentingnya suatu negosiasi dalam suatu kontrak, maka pembahasannya tidak dapat dilepaskan dari teori kontrak yang dianut. Teori kontrak hukum Indonesia masih termasuk hukum kontrak yang klasik, karena negosiasi itu belum mempunyai kekuatan hukum, sehingga apabila salah satu pihak mengalami kerugian karena telah melakukan perbuatan-perbuatan hukum tertentu yang ditujukan untuk dapat diwujudkan dalam kontrak tidak dapat

menuntut ganti kerugian. Hal ini berbeda dengan teori hukum kontrak modern yang telah banyak dianut oleh Negara-negara lain, bahwa negosiasi itu telah dapat mengikat para pihak apabila salah satu pihak telah melakukan perbuatan-perbuatan hukum untuk terwujudnya kontrak tersebut. Teori kontrak ini disebut dengan teori kontrak modern. Menurut Jack Beatson dan Daniel Friedmann sebagai mana yang dikutip Suharnoko¹³ bahwa teori kontrak yang modern cenderung untuk menghapuskan syarat-syarat formal bagi kepastian hukum dan lebih menekankan kepada terpenuhinya rasa keadilan. Konsekuensinya adalah pihak yang mengundurkan diri dari perundingan tanpa alasan yang patut, bertanggung jawab atas kerugian yang di derita oleh pihak lain, jika pihak yang terakhir ini telah membuka rahasia dagang, mengeluarkan biaya atau menanamkan modal, karena percaya dan menaruh pengharapan terhadap janji-janji yang diberikan dalam proses perundingan.¹⁴ Pandangan senada diberikan oleh Stewart Macaulay,¹⁵ yang mengatakan bahwa pelaku-pelaku bisnis sering lebih cenderung mempercayai kata-kata kecap dalam sebuah surat pendek, jabatan tangan, atau kejujuran dan kesopanan yang sudah lumrah, kendati transaksi itu mengandung risiko yang besar. Perselisihan-perselisihan sering diselesaikan tanpa patokan kontrak atau sanksi-sanksi hukum yang ada. Ada dua norma yang telah di terima secara luas yaitu:

1. komitmen-komitmen harus dihormati dalam hampir semua situasi, seseorang tidak mengingkari sebuah kontrak atau transaksi;
2. seseorang harus menghasilkan produk yang baik dan mempertahankannya.

Hal yang penting dalam

13 *Ibid.*, hal. 2

14 *Ibid.*, hal. 2.

15 Macaulay, Stewart, , *Non-Contractual Relations in Business*, *American Sociological Review*, 1963, hal. 55-67.

12 Suharnoko, *Hukum Perjanjian, Teori dan Analisa Kasus*, Prenada Media, Jakarta. 2004 hal. 1-2.

penyusunan negosiasi adalah perlu memahami aspek-aspek lain yang mempengaruhi negosiasi, pihak lawan dalam negosiasi dan kekuatan diri sendiri dalam melakukan negosiasi, karena negosiasi itu sifatnya yang interpersonal.

Perkembangan teori hukum kontrak modern yang terjadi di Negara-negara yang menganut *Civil Law system*, seperti Jerman, Perancis dan Belanda, telah menerapkan bahwa negosiasi telah mengikat para pihak. Pada tahap negosiasi itu, apabila salah satu pihak telah melakukan perbuatan-perbuatan hukum tertentu untuk terwujudnya kontrak namun kontrak tidak terwujud, maka dapat menuntut ganti kerugian pada pihak lawan. Penerapannya didasarkan pada asas itikad baik.

Asas itikad baik dikenal sebagai salah satu asas dalam hukum perdata. Asas itikad baik sesungguhnya berasal dari hukum Romawi, yaitu *bonafides*. Kitab Undang-undang Hukum Perdata menggunakan asas itikad baik dalam dua pengertian. Pengertian itikad baik yang pertama adalah pengertian itikad baik dalam arti subyektif, di dalam bahasa Indonesia, itikad baik dalam arti subyektif itu disebut kejujuran.¹⁶

Pengertian itikad baik dalam arti subyektif terdapat dalam pasal 530 KUHPperdata dan seterusnya yang mengatur mengenai kedudukan berkuasa. Pasal 530 KUHPperdata mengatakan bahwa: “kedudukan demikian (*bezit*) itu ada yang beritikad baik ada yang buruk”. Seorang *bezitter* dikatakan beritikad baik apabila dia tidak mengetahui adanya cacat pada kepemilikan benda yang dikuasainya. Hal ini berarti menyangkut suasana kejiwaan yang menyangkut kejujuran seseorang. Itikad baik dalam arti subyektif merupakan sikap batin atau keadaan jiwa (*Psychische*

16 Siti Ismijati, Jenie, Itikad Baik, Perkembangan Dari Asas Hukum Khusus Menjadi Asas Hukum Umum di Indonesia., Pidato pengukuhan Jabatan Guru Besar Pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 10 September 2007, hal. 2.

Gestelheid).¹⁷ Pengertian itikad baik yang kedua adalah itikad baik dalam artian obyektif. Di dalam bahasa Indonesia pengertian itikad baik dalam artian obyektif itu disebut juga dengan istilah kepatutan.¹⁸ Itikad baik dalam artian obyektif itu dirumuskan dalam ayat (3) Pasal 1338 KUHPperdata yang berbunyi: “Suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik”. Pengertian itikad baik yang obyektif adalah kedua belah pihak harus berlaku yang satu terhadap yang lain seperti patutnya di antara orang-orang yang sopan tanpa tipu muslihat, tanpa akal-akalan, tanpa mengganggu pihak lain, tidak melihat dengan kepentingannya sendiri saja tetapi juga melihat kepentingan pihak lain.

Setelah Perang Dunia II usai, asas itikad baik sendiri sudah mengalami perkembangan yang pesat, yaitu bahwa itikad baik mempunyai fungsi membatasi dan meniadakan dan yang kedua mengenai itikad baik sebagai asas hukum umum.¹⁹ Tidak lagi hanya sebagai salah satu asas dalam hukum kontrak tetapi telah menjadi asas hukum umum. Fungsi dari itikad baik yang membatasi dan meniadakan ini diakui dalam yurisprudensi Belanda, mula-mula secara insidentil, tapi sejak tahun 1967 secara prinsipiil. Dan fungsi ini juga dimuat dalam BW baru.²⁰

Hal ini berarti bahwa dalam taraf negosiasi pun itikad baik sudah harus ada didalamnya. Fungsi membatasi dan meniadakan tidak boleh dijalankan begitu saja, tetapi hanya kalau ada alasan-alasan

17 Wery, P.L., Perkembangan Hukum Tentang Itikad Baik di Nederland, Ceramah Dalam Rangka Merayakan Lustrum II Program Studi Spesialis Kenotariatan Pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Tanggal 26 Januari, 1990, hal. 10.

18 Siti Ismijati, Jenie, *Op. Cit*, hal. 3.

19 Wery, P.L., Perkembangan Hukum Tentang Itikad Baik di Nederland, Ceramah Dalam Rangka Merayakan Lustrum II Program Studi Spesialis Kenotariatan Pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Tanggal 26 Januari 1990, hal. 13.

20 *Ibid*, hal. 13.

amat penting (*allen in sprekende gevallen*). *Hoge Raad* maupun BW baru mengizinkan pembatasan perjanjian hanya dalam kasus-kasus dalam mana pelaksanaan menurut kata-kata, betul-betul tidak dapat diterima karena tidak adil. Ini dapat dimengerti karena fungsi membatasi merupakan kekecualian atas asas hukum yang penting sekali, yaitu asas *pacta sunt servanda*.²¹

Hoge Raad meluaskan perkembangan asas itikad baik sebagai asas hukum umum melalui putusan-putusannya, yaitu tidak hanya berlaku pada pelaksanaan suatu perjanjian saja tetapi juga berlaku kepada lapangan-lapangan hukum lain. *Hoge Raad* memutuskan bahwa suatu hubungan hukum tertentu yang bukan kontraktual juga dikuasai oleh itikad baik. Hal ini berarti bahwa asas itikad baik telah menjadi asas hukum umum.

Di Negara-negara yang menganut *Common Law system*, berdasarkan doktrin *promissory estoppel* atau *detrimental reliance*, maka pada tahap negosiasi juga dapat dituntut ganti kerugian. Hal ini untuk melindungi pihak penerima janji yang telah melakukan atau tidak melakukan sesuatu perbuatan, sehingga akan mengalami kerugian apabila pihak pemberi janji menarik janjinya.

*Black's Law Dictionary*²² menyebutkan bahwa *promissory estoppel* : *that which arises when there is a promisor should reasonably aspect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on a part of promise, and which does induce such action, and such promise is binding if injustice can be avoided only by enforcement of promise.*

Doktrin *promissory estoppel* atau *detrimental reliance* yang lain adalah : *an equitable doctrine that prevents the withdrawal of a promise by a promisor if it will adversely affect a promisee who has*

*adjusted his or her position in justifiable reliance on the promise.*²³

Elemen-elemen dari *promissory estoppel* adalah:

*A promise clear and unambiguous in its terms, reliance by the party to whom the promise is made, with that the reliance being both reasonable and foreseeable, and injury to the party asserting the estoppel as a result of his reliance.*²⁴

Penerapan doktrin *promissory estoppel* atau *detrimental reliance* harus memenuhi unsur-unsur:

1. *The promisor made a promise;*
2. *The promisor should have reasonably expected to induce the promisee to rely on the promise;*
3. *The promisee actually relied on the promise and engaged in an action of forbearance of a right of a definite and substantial nature;*
4. *Injustice would be caused of the promise were not enforced.*²⁵

Menurut doktrin *promissory estoppel*, kedudukan para pihak secara hukum adalah seimbang, karena adanya perlindungan terhadap perbuatan-perbuatan hukum yang diarahkan untuk terwujudnya perjanjian terhadap kedua belah pihak. Kedudukan yang seimbang ini bahkan merupakan bagian dari kebajikan moral. Hal ini seperti yang diutarakan oleh Lord Cowper: *Now equity is no part of the law, but a moral virtue, which qualifies, moderates, and reforms the rigour, hardness, and edge of the law, and is an universal truth.*

Substansi-substansi yang menjadi pembicaraan / perundingan antara lain menyangkut beberapa hal penting seperti:

1. Perencanaan tentang apa yang harus dilakukan dan tidak dilakukan oleh para pihak;
2. Perencanaan tentang apa yang menjadi hak dan kewajiban para pihak;

21 *Loc cit.*

22 Black, Henry Campbell, *Blacks Law Dictionary*, Sixth Edition, St Paul Minn, West Publishing Co, 1990, hal. 1214.

23 Cheeseman, Henry R., *Op. Cit.*, hal. 220.

24 Black, *Op. Cit.*, hal. 1214.

25 *Ibid*, hal. 220.

3. Akibat hukum yang ditimbulkan dari kontrak yang nantinya dijalankan;
4. Pemenuhan kewajiban para pihak;
5. Salah satu pihak tidak dapat memenuhi kewajibannya;
6. Kejadian-kejadian yang mungkin timbul di luar perkiraan para pihak;
7. Ketentuan-ketentuan tentang penyelesaian sengketa.

Ada dua tahap yang harus dilakukan yaitu: tahap pertama, melakukan negosiasi-negosiasi baik mengenai obyek, lokasi, modal, produk, bentuk kerjasama, perlindungan dan kepastian hukum, hak dan kewajiban para pihak sampai pada penyelesaian sengketa apabila terjadi perselisihan pendapat. Para pihak sudah memperoleh kejelasan tentang substansi perjanjian yang nantinya akan dibuat. Tahap kedua, para pihak merundingkan tentang operasionalisasi dari tahap pertama, misalnya mengenai perseroan terbatas, maka negosiasi dapat meliputi prosedur pendirian perseroan terbatas, mulai dari syarat-syarat pendirian, jangka waktu pendirian, batas minimal modal yang disetor, kedudukan para pihak dan lain sebagainya.

Memorandum of Understanding (MoU) Dalam Kontrak

Memorandum of Understanding (MoU) merupakan proses kelanjutan dari negosiasi-negosiasi yang telah dilakukan oleh para pihak. KUHPerdara tidak mengenal, baik istilah maupun pengertian *Memorandum of Understanding*. Istilah dan pemakaian *Memorandum of understanding* dalam kontrak-kontrak bisnis atau perdagangan adalah hal yang biasa digunakan baik sebagai tahap awal sebelum kontrak bisnis dilakukan dan bahkan dianggap cukup untuk melaksanakan kontrak. Keberadaan *Memorandum of understanding* didasarkan pada Pasal 1338 KUHPerdara dan Pasal 1320 KUHPerdara, terutama yang

menyangkut kesepakatan para pihak.

Memorandum of understanding terdiri dari dua kata yaitu *memorandum* dan *understanding*. Menurut *Black's Law Dictionary*: *memorandum is to serve as the basis of future formal contract*, sedangkan *understanding* adalah *an implied agreement resulting from the express term of another agreement, wether written or oral*. Hal ini berarti ada dua kata yang mempunyai arti ataupun makna yang berbeda yaitu *memorandum* dan *understanding*. Secara garis besarnya dapat diartikan sebagai dasar untuk memulai penyusunan suatu kontrak di masa mendatang dan suatu pernyataan persetujuan secara tak langsung terhadap hubungan hubungan yang satu dengan yang lain, baik secara lisan maupun tertulis. Munir Fuady²⁶ memberikan pengertian *memorandum of understanding* adalah perjanjian pendahuluan, dalam arti nantinya akan diikuti dan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengaturnya secara detail, karena itu *memorandum of understanding* berisikan hal-hal yang pokok saja. *Memorandum of understanding* merupakan perjanjian awal yang berisikan hal-hal pokok saja dan akan diikuti dengan perjanjian berikutnya mengenai sesuatu hal dan dapat berbentuk lisan maupun tertulis.

Munir Fuady,²⁷ menjelaskan bahwa ada dua pandangan yang berbeda mengenai kedudukan dan kekuatan mengikatnya *Memorandum of Understanding* itu, yaitu *gentlement agreement* dan *agreement is agreement*. *Memorandum of Understanding* adalah *gentlement agreement* yang kekuatan mengikatnya tidak sama dengan perjanjian biasa, s u n g g u h p u n *Memorandum of Understanding* dibuat bentuk yang paling kuat, seperti dengan akta notaris sekalipun.

26 Fuady, Munir, *Hukum Bisnis, Dalam Teori dan Praktik, Buku Ke Empat*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, hal. 91.

27 *Ibid*, hal. 93-94.

Memorandum of Understanding hanya sebatas pengikatan moral belaka dalam arti tidak *enforceable* secara hukum, dan pihak yang wanprestasi, dianggap tidak bermoral dan jatuh reputasinya di kalangan bisnis. Pendapat ini hanya lebih berupa faktual belaka. Selanjutnya pandangan kedua berpendapat bahwa sekali perjanjian dibuat, apapun bentuknya, lisan atau tertulis, pendek atau panjang, lengkap/detail atau hanya diatur pokok-pokok saja, tetap saja merupakan perjanjian dan karenanya mempunyai kekuatan mengikat seperti layaknya suatu perjanjian, sehingga seluruh ketentuan pasal-pasal tentang hukum perjanjian telah bisa diterapkan kepadanya.

Secara sederhana *Memorandum of understanding* dapat dilakukan oleh siapa saja sebagai para pihak, namun dalam skala besar *memorandum of understanding* dapat dilakukan oleh perusahaan-perusahaan transnasional untuk melakukan transaksi bisnis maupun oleh negara yang melakukan hubungan dengan negara lain. Tujuan *memorandum of understanding* adalah untuk melakukan kerjasama mengenai sesuatu hal dalam berbagai bidang seperti ekonomi, politik, hukum dan sebagainya.

Tujuan dan ciri dibuatnya *memorandum of understanding* adalah:

- a. Untuk menghindari kesulitan pembatalan suatu *agreement* nantinya, dalam hal prospek bisnisnya belum jelas benar, dalam arti belum bisa dipastikan apakah deal kerja sama tersebut akan ditindaklanjuti, sehingga dibuatlah *memorandum of understanding* yang mudah dibatalkan;
- b. penandatanganan kontrak masih lama karena masih dilakukan negosiasi yang alot. Karena itu, daripada tidak ada ikatan apa-apa sebelum ditandatangani kontrak tersebut, dibuatlah *memorandum of understanding* yang akan berlaku sementara waktu;
- c. adanya keraguan para pihak dan mamsih perlu waktu untuk pikir-pikir

dalam hal penandatanganan suatu kontrak, sehingga untuk sementara dibuatlah *memorandum of understanding*;

- d. *memorandum of understanding* dibuat dan ditandatangani oleh pihak eksekutif teras dari suatu perusahaan, sehingga untuk suatu perjanjian yang lebih rinci mesti dirancang dan dinegosiasi khusus oleh staf-staf yang lebih rendah tetapi lebih menguasai secara teknis.²⁸

Ciri *memorandum of understanding* adalah:

1. Isinya ringkas, bahkan sering sekali satu halaman saja;
2. Berisikan hal pokok saja;
3. Bersifat pendahuluan saja, yang akan diikuti oleh perjanjian lain yang lebih rinci;
4. Mempunyai jangka waktunya, misalnya satu bulan, enam bulan atau setahun. Apabila dalam jangka waktu tersebut tidak ditindaklanjuti dengan suatu perjanjian yang lebih rinci, perjanjian tersebut akan batal kecuali diperpanjang oleh para pihak;
5. Biasanya dibuat dalam bentuk perjanjian di bawah tangan;
6. Biasanya tidak ada kewajiban yang bersifat memaksa kepada para pihak untuk membuat suatu perjanjian yang lebih detail setelah penandatanganan *memorandum of understanding*, karena secara *reasonable* barangkali kedua belah pihak punya rintangan untuk membuat dan menandatangani perjanjian detail tersebut.²⁹

Memorandum of understanding ini sifatnya masih umum dan sangat mungkin mengalami beberapa perubahan setelah dilanjutkan dengan perjanjian yang akan mengikat para pihak. *Memorandum of understanding* tidak ada peraturan perundang-undangan yang khusus mengaturnya. Ditinjau dari pengertian

28 *Op. Cit.*, hal. 91-92.

29 *Ibid.*, hal. 91-92.

pernyataan persetujuan para pihak, maka dapat diartikan sebagai kesepakatan para pihak. Dilihat dari daya mengikatnya, masih termasuk kategori *non binding legal document*.³⁰ Dengan demikian *memorandum of understanding* ini dapat dimasukkan dalam unsur pertama dari syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerduta, yaitu “sepakat mereka yang mengikatkan dirinya”. Landasan hukum yang lain yang dapat dijadikan dasar hukum *memorandum of understanding* adalah Pasal 1338 Ayat (3) KUHPerduta yang menyebutkan “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”.

Pasal ini merupakan dasar kebebasan berkontrak para pihak untuk membuat atau tidak membuat, menentukan bentuk dan isi perjanjian. Undang-undang di Indonesia sudah ada yang mengatur tentang *memorandum of understanding* yaitu dalam Undang-undang Nomor 24 tahun 2000 Tentang Perjanjian Internasional. Namun Undang-undang ini dikhususkan mengatur hak dan kewajiban di bidang hukum publik (Periksa Pasal 1 huruf a UUNo. 24 tahun 2000).

Apabila ditelaah lebih mendalam, maka menurut hukum Indonesia, *Memorandum of understanding* yang merupakan *non binding legal document*, sehingga belum mengikat para pihak. Akibatnya adalah apabila salah satu pihak tidak menindaklanjuti ataupun mengingkari *Memorandum of understanding*, maka pihak lawan tidak dapat menuntut ganti kerugian. Hal ini berbeda dengan beberapa negara lain terutama di negara-negara maju seperti Amerika dan Jerman, bahwa *Memorandum of understanding* sudah merupakan *the binding legal document*, sehingga apabila salah satu pihak mengingkari dan pihak lain merasa dirugikan, maka dapat menuntut ganti kerugian.

30 Supancana, *Op. Cit.*, hal. 93.

Mengingat perkembangan hukum perjanjian/ kontrak yang menyangkut *Memorandum of Understanding* sudah mengarah pada *the binding legal document*, maka mulai harus diperhatikan apabila salah satu pihak wanprestasi, maka sudah dapat digugat di pengadilan, apalagi *Memorandum of Understanding* ini menyangkut pihak asing seperti di bidang penanaman modal asing.

KESIMPULAN

Negosiasi dan *memorandum of understanding* dapat merupakan satu rangkaian dalam penyusunan suatu kontrak, yaitu kontrak yang mempunyai nilai transaksi besar. Negosiasi merupakan tahap awal yang kemudian diikuti penyusunan *memorandum of understanding* dan pada akhirnya penyusunan kontrak yang permanen.

Negosiasi adalah proses untuk mencapai kesepakatan berdasarkan kepentingan para pihak dan sifatnya masih umum serta tidak dibatasi oleh ruang dan waktu. Para pihak tetap dapat mempertahankan kepentingannya, namun juga memperhatikan kepentingan pihak lain. Tujuan dari negosiasi atau perundingan atau tawar menawar tersebut adalah mencapai kesepakatan tentang apa yang menjadi substansi perjanjian. Pada umumnya negosiasi termasuk *non binding legal document*, namun Amerika Serikat memasukan dalam *the binding legal document*.

Keberhasilan negosiasi dilanjutkan dengan penyusunan *memorandum of understanding*, yang disebut juga sebagai perjanjian awal atau pendahuluan. Penyusunan *memorandum of understanding* adalah tindak lanjut dari negosiasi yang berisi perjanjian yang sifatnya pokok dan belum mendetail. *Memorandum of understanding* di beberapa negara sudah termasuk dalam *the binding legal document*, karena dianggap

sudah ada langkah-langkah untuk mewujudkan perjanjian, sehingga dapat menuntut ganti kerugian, namun di beberapa negara lain masih ada yang memasukkan sebagai *non binding legal document*.

DAFTAR PUSTAKA

- Cheeseman, Henry R., *Business Law, Ethical, International, & E Commerce Environment*, Fourth Edition, Upper Saddle River, New Jersey 07458, 2001.
- FX, Suhandana, *Contract Drafting, Kerangka Dasar dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2008.
- Hernoko, Agus Yudha, *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersil*, LaksBang Media Utama Yogyakarta Bekerjasama dengan Kantor Advokat Hufon & Hans Simalea, Surabaya, 2008.
- Kusumohamidjojo, Budiono, *Panduan Negosiasi Kontrak*, Grasindo, Jakarta, 1999.
- Lusk, Harold. F., *Business Law, Principles And Cases, Uniform Commercial Code Edition*, Richard D. Irwin, Inc, Homewood, Illionis, 1966.
- Ridwan, Khairandy, *Iktikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Program Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, Jakarta, 2003.
- Salim, H.S, *Perkembangan Hukum Kontrak Innominaat di Indonesia*, Buku Kesatu, Sinar Grafika, Jakarta, 2003.
- Suharnoko, *Hukum Perjanjian, Teori dan Analisa Kasus*, Prenada Media, Jakarta, 2004.
- Supancana, Ida Bagus Rahmadi, *Kerangka Hukum dan Kebijakan Investasi Langsung di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2006.
- Kamus, jurnal, internet dan lain-lain.
- Black, Henry Campbell, *Blacks Law Dictionary*, Sixth Edition, St Paul Minn, West Publishing Co, 1990.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan R.I., *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka Jakarta, 1989.
- Macaulay, Stewart, *Non-Contractual Relations in Business*, American Sociological Review, 1963.
- Siti Ismijati, Jenie, *Itikad Baik, Perkembangan Dari Asas Hukum Khusus Menjadi Asas Hukum Umum di Indonesia.*, Pidato pengukuhan Jabatan Guru Besar Pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 10 September 2007.
- Wery, P.L *Perkembangan Hukum Tentang Itikad Baik di Nderland*, Ceramah Dalam Rangka Merayakan Lustrum II Program Studi Spesialis Kenotariatan Pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Tanggal 26 Januari 1990.