

**PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMENANG TENDER YANG
MOU DIPUTUS SEPIHAK SEBELUM TERBITNYA KSO**

Halim Suwendi

Fakultas Hukum Universitas Surabaya

ABSTRAK

Dalam praktek hukum bisnis di Indonesia, banyak terjadi kerjasama antara swasta dengan instansi pemerintah dalam hal pengelolaan aset, salah satu perjanjian yang paling sering digunakan adalah Memorandum of Understanding (selanjutnya disebut dengan MoU) atau yang disebut juga Perjanjian Pendahuluan. Perjanjian ini digunakan sebagai komitmen awal untuk mencapai suatu perjanjian pokok bagi para pihaknya. Ada beberapa pendapat hukum yang berbeda mengenai kekuatan hukum dari perjanjian pendahuluan, diantaranya adalah Gentlement Agreement dan Agreement is agreement. Putusan Mahkamah Agung Nomor:501K/Pdt/2014 antara PT. SSSL (selanjutnya disebut SSSL) sebagai pihak yang dinyatakan sebagai pemenang tender untuk pengelolaan Gedung Indo Plaza milik PT. KAI (selanjutnya disebut KAI) selama 30 tahun. KAI yang memutus MoU dengan SSSL sebelum KSO terbit digugat atas dasar wanprestasi. Dalam putusan ini dapat dilihat pertimbangan pengadilan dalam menentukan letak kesepakatan awal sebagai dasar adanya suatu perjanjian serta fungsi MoU sebagai instrumen untuk mencapai suatu prestasi.

Kata Kunci: Perjanjian, Perjanjian Pendahuluan, MoU, KSO

ABSTRACT

In the practice of business law in Indonesia, there is a lot of collaboration between the private sector and government agencies in terms of asset management, one of the most commonly used agreements is Memorandum of Understanding (hereinafter referred to as MoU) or also known as Preliminary Agreement. This agreement is used as an initial commitment to reach a principal agreement for the parties. There are several different legal opinions regarding the legal force of the preliminary agreement, including the Gentlement Agreement and the Agreement is agreement. Decision of the Supreme Court Number: 501K / Pdt / 2014 between PT. SSSL (hereinafter referred to as SSSL) as the party declared as the winner of the tender for Indo Plaza Building management owned by PT. KAI (hereinafter referred to as KAI) for 30 years. KAI who broke the MoU with SSSL before the KSO was created was sued on the basis of default. In this decision, it can be seen that the court's consideration in determining the location of the initial agreement as the basis for an agreement and the MoU's function as an instrument to reach an performance.

Keywords: Agreement, Preliminary Agreement, MoU, KSO

A. PENDAHULUAN

Dalam suatu perusahaan pasti memiliki aset, baik itu aset yang bergerak maupun yang tidak bergerak. Ada kalanya suatu perusahaan tidak dapat memanfaatkan aset-asetnya secara penuh, salah satu kendala utamanya adalah kekurangan sumber daya dan/ atau modal, demi mendapatkan keuntungan secara penuh maka dalam hal ini perusahaan akan menjalin suatu kerjasama dengan perusahaan lain untuk memanfaatkan aset tersebut, jika ada lebih dari satu atau banyak calon mitra, dan untuk mendapatkan kualitas dan/ atau harga yang sesuai dengan keinginan perusahaan pemilik aset, perusahaan pemilik aset akan mengadakan suatu seleksi, untuk mencari peserta lelang yang terbaik. Pada praktiknya dalam pembuatan kontrak seringkali para pihak memerlukan suatu Perjanjian Pendahuluan, yang sering disebut sebagai MoU, yaitu suatu perjanjian pendahuluan.

Menurut Munir Fuady, ada beberapa pendapat yang berbeda dalam menentukan sah atau tidaknya suatu MoU:

1. *Gentlement Agreement*, pendapat ini mengajarkan bahwa MoU hanyalah merupakan suatu *Gentlement Agreement* saja. Maksudnya kekuatan mengikatnya suatu MoU tidak sama dengan perjanjian biasa, sungguhpun MoU dibuat dalam bentuk paling kuat seperti dengan akta notaris sekalipun (tetapi dalam praktek jarang MoU dibuat secara notarial). Bahkan ujung ekstrem dari pendapat golongan ini berpendapat bahwa MoU mengikat hanya sebatas pengikatan moral belaka, dalam arti tidak enforceable secara hukum, dan pihak yang wanprestasi misalnya, dia tidak dapat digugat ke pengadilan. Sebagai ikatan moral, tentu jika dia wanprestasi, dia dianggap tidak bermoral, dan ikut jatuh reputasinya di kalangan bisnis.
2. *Agreement is Agreement*, ada juga pihak yang berpendapat bahwa sekali suatu perjanjian dibuat, apapun bentuknya, lisan atau tertulis, pendek atau panjang, lengkap/detail ataupun hanya diatur pokok-pokoknya 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.¹

Menurut Munir Fuady, Suatu MoU dalam praktik hukum dianggap hanya sebuah kontrak sederhana saja atau merupakan tahapan sebelum diadakannya

¹ Munir Fuady, *Hukum Bisnis teori dan praktek (buku ke empat)*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1997, hlm.93.

perjanjian pokoknya. Karena itu, biasanya tidak dibuat secara formal yaitu tanpa adanya Akta Notaris. Hanya saja MoU juga dianggap sebagai suatu permulaan untuk suatu kesepakatan dalam hal akan dilakukan suatu proyek besar, maka terkadang penandatanganan MoU juga dibuat secara seremonial. Dengan tidak diaturnya MoU dalam hukum positif, akan timbul pertanyaan apakah MoU merupakan suatu perjanjian? Bagaimanakah jika ada pelanggaran ketentuan yang terdapat di dalam MoU? Apakah pihak yang melanggar dapat digugat secara wanprestasi? Oleh karena itu perlu dianalisis perlindungan hukum bagi pemenang tender jika MoU diputus secara sepihak sebelum Kerja Sama Operasional (selanjutnya disebut KSO) terbit.

Kasus yang penulis kaji dalam jurnal ini yaitu Putusan Mahkamah Agung No. 501 K/Pdt/2014, Jo. Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No. 421/Pdt/2010 PT.Sby Jo. Putusan Pengadilan Negeri Surabaya No. 904/Pdt.G/2010 PN.Sby, antara SSSL (sebagai Termohon Kasasi/ Pembanding/ Penggugat) melawan KAI (sebagai Pemohon Kasasi II/ Terbanding I/ Tergugat I), KAI Daerah Operasi VIII (sebagai Pemohon Kasasi I/ Terbanding II/ Tergugat II), dan PT. Kereta Api Properti Manajemen (selanjutnya disebut KAPM) (sebagai Pemohon Kasasi II/ Terbanding III/ Tergugat III), yang pada intinya bahwa SSSL dinyatakan memenangkan tender yang dilakukan oleh KAI untuk pengelolaan Gedung Indo Plaza Surabaya pada tahun 2005 selama 30 tahun, setelah dinyatakan memenangkan tender, maka SSSL dan KAI membuat MoU tentang Kerjasama Opera Pemanfaatan Gedung dan Pengelolaan milik KAI, dan pembayaran jaminan keseriusan sebesar Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah) dari SSSL kepada KAI. Pembuatan MoU ini dilakukan terlebih dahulu karena KSO belum bisa dibuat, dengan dalih belum dikeluarkannya ijin dari Kementerian BUMN, MoU terus berjalan dengan *addendum-addendum* setiap tahunnya. Pada Tahun 2010 KAI menolak perpanjangan pengelolaan sementara, karena akan dialihkan ke anak perusahaan milik KAI, yaitu KAPM. Merasa dirugikan oleh KAI, SSSL mengajukan gugatan wanprestasi. Berdasarkan Latar Belakang tersebut diatas, maka permasalahan yang akan dibahas adalah: Perlindungan Hukum bagi pemenang tender atas diputusnya MoU secara sepihak sebelum KSO terbit.

Penelitian ini menggunakan tipe penelitian Yuridis Normatif, yaitu penelitian yang dilakukan melalui studi pustaka terhadap peraturan perundang-undangan dan literatur yang terkait dalam permasalahan. Dalam menganalisis kasus, jurnal ini menggunakan metode pendekatan dengan memakai peraturan perundang-undangan atau yang biasa disebut (*statute approach*), pendekatan dengan menggunakan konsep (*conseptual approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*). *Statute approach* adalah pendekatan yang dilakukan dengan mengidentifikasi serta membahas peraturan perundang-undangan yang berlaku dan yang berkaitan dengan materi yang dibahas,² dalam artikel ini menggunakan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, dan peraturan perundang-undangan lain yang masih berlaku yang berkaitan dengan materi yang dibahas.

Conceptual Approach beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum yang terdiri dari buku-buku, literatur-literatur maupun pendapat para sarjana yang menjadi landasan pendukung dalam jurnal ini. *Case Approach* adalah pendekatan yang dilakukan dengan menelaah kasus-kasus yang berkaitan dengan isu hukum yang telah memiliki kekuatan hukum tetap, dalam hal ini Putusan Mahkamah Agung No. 501 K/Pdt/2014, Jo. Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No. 421/Pdt/2010 PT.Sby Jo. Putusan Pengadilan Negeri Surabaya No. 904/Pdt.G/2010 PN.Sby.

B. PEMBAHASAN

Perjanjian adalah suatu persetujuan/ kesepakatan yang mengikat: persetujuan yang akan ditegakkan atau dilaksanakan oleh pengadilan.³ Subekti berpendapat, perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji kepada orang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal.⁴ Perjanjian menurut Pasal 1313 KUH Perdata yang menyatakan, suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Rumusan pasal ini menegaskan bahwa perjanjian seseorang, mengikatkan dirinya terhadap orang lain, yang berarti dari perjanjian lahir suatu perikatan yang

² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, Jakarta: Kencana, 2005, hlm. 133.

³ Lanny Kusumawati, *Hukum Kontrak (1)*, Sidoarjo: Laros, 2006, hlm.7.

⁴ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Jakarta: Intermasa, 2004, hlm.1.

menimbulkan kewajiban atau prestasi dari satu pihak kepada satu atau lebih pihak lainnya, yang berhak atas prestasi tersebut.

Syarat sahnya perjanjian dalam Pasal 1320 KUH Perdata, terdiri dari:

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

Kata sepakat, mengandung makna para pihak yang melakukan perjanjian telah saling menyetujui kehendak masing-masing, yang dibuat tanpa adanya unsur paksaan, kekeliruan, atau penipuan. Menurut Abdulkadir, “persetujuan kehendak adalah kesepakatan, seia sekata antara pihak mengenai pokok perjanjian yang dibuat. Pokok perjanjian itu berupa obyek perjanjian dan syarat-syarat perjanjian.”⁵ Apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu juga dikehendaki oleh pihak yang lain. Sebagai suatu kesepakatan, maka tidak cukup hanya penawaran saja, melainkan disertai dengan penerimaan. Berikut ini, unsur-unsur syarat sahnya perjanjian:

Kesepakatan mengandung pengertian bahwa para pihak saling menyatakan kehendak masing-masing untuk menutup sebuah perjanjian, pernyataan pihak yang satu cocok dengan pernyataan pihak lain.

Cakap Menurut Pasal 1329 KUH Perdata disebut cakap untuk membuat suatu perikatan-perikatan, jika ia oleh Undang-Undang tidak dinyatakan tak cakap. Yang dimaksud tidak cakap bertindak menurut hukum menurut Pasal 1330 angka 1 dan 2 KUH Perdata, yaitu: orang-orang yang belum dewasa; dan mereka yang ditaruh di bawah "pengampunan". Belum dewasa menurut Pasal 330 KUH Perdata, adalah mereka yang belum mencapai umur genap dua puluh satu tahun, dan tidak lebih dahulu telah kawin. Menurut Pasal 47 Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut UU Perkawinan) adalah: “anak yang telah mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau sudah pernah melangsungkan perkawinan, dapat melakukan perbuatan hukum baik di dalam dan di luar pengadilan”.

⁵ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Bandung: Alumni, 1982, hlm.78.

Dalam perkembangan hukum di Indonesia, yaitu dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Jo. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menyatakan: “Anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan”. Sehingga penafsiran secara *a contrario* dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Jo. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menyatakan bahwa seseorang yang belum 18 tahun masih belum dewasa. Selain hal tersebut di atas, ada lagi yang disebut kewenangan melakukan perbuatan hukum dan kewenangan membuat perjanjian, dikatakan ada kewenangan, apabila ia mendapat kuasa dari pihak ketiga untuk melakukan perbuatan hukum tertentu, dalam hal ini membuat perjanjian. Dikatakan tidak ada kewenangan apabila tidak mendapat kuasa untuk itu.⁶

Suatu hal tertentu berarti perjanjian yang dibuat tersebut harus ada obyek yang diperjanjikan sebagai suatu hal tertentu, maksudnya harus ada obyek yang diperjanjikan untuk diserahkan atau dibuat. Menurut Munir Fuady, yang dimaksud dengan suatu hal tertentu tidak lain adalah hal yang merupakan obyek dari suatu kontrak. Jadi suatu kontrak haruslah mempunyai Obyek tertentu. Obyek yang diperjanjikan dalam perjanjian menurut Pasal 1333 KUH Perdata, harus mempunyai obyek, obyek tersebut harus mencakup pokok suatu barang atau yang paling sedikit harus bisa ditentukan jenisnya, sedangkan yang jumlahnya tidak perlu ditentukan asalkan dikemudian hari dapat ditentukan atau diperhitungkan. Menurut Pasal 1334 KUH Perdata, bahwa barang baru akan ada dikemudian hari dapat menjadi obyek perjanjian.

Suatu sebab yang halal, perjanjian yang dibuat tersebut obyeknya haruslah diperkenankan, maksudnya tidak dilarang oleh undang-undang, ketertiban umum maupun kesusilaan. Pasal 1335 KUH Perdata, menentukan bahwa suatu persetujuan tanpa sebab, atau dibuat berdasarkan suatu sebab yang palsu atau yang terlarang, tidaklah mempunyai kekuatan.

Syarat kesepakatan untuk mengikatkan diri dan kecakapan untuk membuat suatu perikatan disebut dengan syarat subyektif, sedangkan syarat suatu hal

⁶ Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit*, hlm.93.

tertentu dan suatu sebab yang halal disebut dengan syarat obyektif. Hal ini sesuai dengan yang dikemukakan oleh Subekti sebagai berikut: dua syarat yang pertama, dinamakan syarat-syarat subyektif, karena mengenai orang-orangnya atau subyeknya yang mengadakan perjanjian, sedangkan dua syarat yang terakhir dinamakan syarat-syarat obyektif karena mengenai perjanjiannya sendiri atau obyek dari perbuatan hukum yang dilakukan itu.⁷

Apabila perjanjian yang dibuat syarat subyektifnya tidak terpenuhi, maka perjanjian tersebut dapat dimintakan pembatalan perjanjian di pengadilan, jika syarat obyektifnya tidak terpenuhi maka perjanjian tersebut batal demi hukum sesuai dengan yang dikemukakan oleh Subekti sebagai berikut: Jika pada waktu pembuatan perjanjian, ada kekurangan mengenai syarat yang subyektif, maka perjanjian itu bukan batal demi hukum, tetapi dapat dimintakan pembatalan di pengadilan. Namun apabila syarat obyektif tidak dipenuhi, maka perjanjiannya adalah batal demi hukum, dengan demikian secara yuridis dari semula tidak ada suatu perjanjian dan tidak ada pula suatu perikatan antara orang-orang yang bermaksud membuat perjanjian itu⁸ dengan kata lain perjanjian dianggap tidak pernah ada.

Ada beberapa asas dalam perjanjian yang menjadi dasar dari perjanjian itu sendiri, diantaranya adalah:

1. Asas Kebebasan berkontrak yang memberikan kebebasan bagi para pihak untuk membuat perjanjian yang berisi apapun selama tidak melanggar atau bertentangan dengan kesusilaan, ketertiban umum, dan undang-undang. Jadi setiap orang bebas untuk melakukan perikatan dengan orang lain selama tidak melanggar ketentuan yang ada.
2. Asas Konsensualisme adalah asas yang mempunyai arti kesepakatan, asas ini berasal dari Pasal 1320 ayat (1) KUH Perdata yang mengatur tentang syarat sahnya suatu perjanjian, dalam hal ini adalah kesepakatan.
3. Asas *Pacta Sunt Servanda* yang berasal dari Bahasa latin, yang mempunyai pengertian suatu perjanjian harus ditepati, pada umumnya asas ini menetapkan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku mengikat bagai undang-undang bagi para pihak. Asas ini berasal dari Pasal 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
4. Asas itikad baik yang merupakan hal paling penting dari suatu perjanjian dan harus dipenuhi oleh para pihak, asas ini juga dikenal dengan asas

⁷ Subekti, *Op.cit.*, hlm.17.

⁸ *Ibid.*, hlm.22.

Good Faith, dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata dijelaskan bahwa perjanjian haruslah dengan itikad yang baik. Itikad baik merupakan suatu yang tidak dapat dipisahkan dengan kehidupan sehari-hari. Itikad baik atau kejujuran merupakan faktor yang penting dalam suatu perbuatan hukum. “Kejujuran atau itikad baik tersebut, dapat dibedakan dalam dua macam, yaitu pada waktu mulai berlakunya suatu perhubungan hukum atau pada waktu pelaksanaan hak-hak dan kewajiban yang termaksud dalam perhubungan hukum itu.⁹

5. Asas Personalitas atau kepribadian, adalah asas yang menyatakan bahwa seseorang hanya dapat membuat perjanjian untuk dirinya sendiri, dalam Pasal 1315 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata diatur bahwa seseorang tidak dapat mengadakan perjanjian terkecuali untuk dirinya sendiri.¹⁰

Perjanjian memiliki unsur-unsur yang timbul sebagai akibat dari lahirnya perjanjian tersebut:

- a. Adanya perbuatan hukum;
- b. Adanya subyek dari perjanjian (Para pihak dalam perjanjian);
- c. Adanya obyek dari perjanjian (prestasi yang hendak dicapai dari perjanjian tersebut);
- d. Persesuaian pernyataan kehendak dari beberapa orang atau kesepakatan antara para pihak;
- e. Adanya tujuan yang hendak dicapai;
- f. Persesuaian kehendak yang harus dipublikasikan;
- g. Perbuatan hukum yang terjadi karena kerja sama antara dua orang atau lebih;
- h. Pernyataan kehendak (*wilsverklaring*) yang harus bergantung satu sama lain;
- i. Kehendak yang ditujukan untuk menimbulkan akibat hukum;
- j. Akibat hukum untuk kepentingan yang satu atas beban yang lain atau timbal balik;
- k. Persesuaian kehendak itu harus dengan mengingat peraturan perundang-undangan.¹¹

Perjanjian pendahuluan merupakan perjanjian yang digunakan sebagai pendahuluan untuk mengadakan perjanjian lain yang lebih pasti.¹² Perjanjian pendahuluan pada hakekatnya adalah kesepakatan untuk membuat perjanjian,

⁹ R. Wiryono Projodikoro, *Azas-Azas Hukum Perdata*, Bandung: Sumur, 1983, hlm.56.

¹⁰ Arus Akbar Silondae & Wirawan, *Pokok-Pokok Hukum Bisnis*, Jakarta: Salemba Empat, 2011, hlm.21

¹¹ Ricardo Simanjuntak, *Hukum Kontrak Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Jakarta: Kontan Publishing, 2011, hlm.16.

¹² Sogar Simamora, *Hukum Kontrak Pengadaan barang dan jasa pemerintah di Indonesia*, Surabaya: Kantor Hukum WINS&Partners, 2014, hlm.197.

pada umumnya di dalam perjanjian pendahuluan belum mengatur hak dan kewajiban para pihak secara rinci, oleh karena itu perjanjian pendahuluan belum dapat disebut dengan perjanjian yang sesungguhnya. Ketentuan yang mengatur hak dan kewajiban akan dituangkan dalam perjanjian pokok sesuai dengan kesepakatan mereka yang akan dibuat setelah perjanjian pendahuluan.

Perjanjian pendahuluan ini belum diatur dalam perundang-undangan di Indonesia, bentuk dari perjanjian pendahuluan ini merupakan pengembangan dari asas kebebasan berkontrak. Menurut Sogar Simamora menyatakan: “di Indonesia landasan hukum yang digunakan dalam praktek penggunaan perjanjian pendahuluan bertumpu pada prinsip kebebasan berkontrak.”¹³

Asas kebebasan berkontrak berarti setiap orang boleh mengadakan perjanjian apa saja, walaupun belum atau tidak diatur dalam undang-undang, asas ini juga disebut sistim terbuka oleh Abdulkadir Muhammad.¹⁴ Asas ini memberikan kebebasan yang seluas-luasnya bagi masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan.

Perjanjian Pendahuluan pada praktiknya digunakan untuk perjanjian yang membutuhkan waktu lebih lama dan proses yang rumit, seperti belum adanya kesepakatan atau kepastian mengenai biaya atau belum adanya persetujuan dari pemerintah ataupun pihak yang berwenang, namun tetap dibutuhkan suatu kesepakatan awal. Bentuk perjanjian pendahuluan yang digunakan dalam hukum bisnis di Indonesia ada berbagai macam, salah satunya adalah MoU.

Munir Fuady menyatakan bahwa: “MoU adalah suatu perjanjian pendahuluan, dalam arti nantinya akan diikuti oleh dan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengaturnya secara lebih detail. Karena itu, dalam MoU hanya berisikan hal-hal yang pokok saja. Mengenai lain-lain aspek dari MoU relatif sama dengan perjanjian-perjanjian lainnya.”¹⁵

Ciri dari MoU adalah:

- a) Isinya ringkas, bahkan sering sekali hanya satu halaman.

¹³ *Ibid.*, hlm. 194.

¹⁴ Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*, hlm.84-85.

¹⁵ Munir Fuady, *Op.Cit.*, h.92.

- b) Berisikan hal yang pokok-pokok saja.
- c) Hanya bersifat pendahuluan saja, yang akan diikuti oleh perjanjian lain yang saja. lebih rinci.
- d) Mempunyai jangka waktu berlakunya, misalnya 1 bulan, 6 bulan atau setahun. Apabila dalam jangka waktu tersebut tidak ditindak-lanjuti dengan penandatanganan suatu perjanjian yang lebih rinci, maka perjanjian tersebut akan batal, kecuali diperpanjang oleh para pihak.
- e) Biasanya dibuat dalam bentuk perjanjian bawah tangan saja.
- f) Biasanya tidak ada kewajiban yang bersifat memaksa kepada para pihak untuk harus membuat suatu perjanjian yang lebih detail setelah penandatanganan MoU, walaupun secara reasonable barangkali kedua belah pihak tidak punya rintangan untuk membuat dan menandatangani perjanjian yang detail tersebut.¹⁶

MoU tidak seberapa dikenal dalam literatur hukum-hukum konvensional di Indonesia yang mempertegas bahwasannya sebuah perjanjian hanyalah dianggap sebagai keranjang sampah,¹⁷ maksud pendapat tersebut adalah karena tidak diatur dalam undang-undang dan jika diatur pun, tidak akan memiliki sifat memaksa untuk dipatuhi para pihak yang berkontrak itu sendiri karena adanya asas kebebasan berkontrak, sehingga para pihak dapat mengesampingkan aturan yang ada dalam undang-undang/ peraturan lainnya dengan bebas, selama tidak dilarang oleh undang-undang.

Berdasarkan syarat-syarat sah nya suatu perjanjian yang terdapat dalam Pasal 1320 KUH Perdata, yaitu kesepakatan, kecakapan, suatu hal tertentu, suatu sebab yang halal, maka perjanjian pendahuluan dalam hal ini MoU tidak dapat disebut sebagai perjanjian karena di dalam perjanjian pendahuluan belum diatur cara detail hak dan kewajiban bagi para pihak. Namun dalam praktek, seringkali MoU dapat dan sering dijadikan sebagai alat bukti di persidangan, yang membuktikan bahwa sebenarnya MoU ini mempunyai unsur-unsur yang dapat mengikat para pihaknya.

Apabila didalam perjanjian pendahuluan telah memuat suatu kontrak atau memenuhi syarat dari perjanjian, maka berlaku Asas "*Pacta Sunt Servanda*" yaitu perjanjian mengikat bagai undang-undang, jika terdapat pengingkaran terhadap

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Munir Fuady, Hukum Kontrak dari sudut pandang Hukum Bisnis, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999, hlm.3.

perjanjian atau wanprestasi maka akan melahirkan hak bagi pihak yang dirugikan untuk mengajukan gugatan atas dasar wanprestasi. Jika ada pihak yang dirugikan karena suatu perjanjian pendahuluan, pihak yang dirugikan dapat menggugat dengan dasar Perbuatan Melawan Hukum Pasal 1365 KUH Perdata, karena dengan perbuatan salah satu pihak yang telah dengan jelas menimbulkan suatu kerugian kepada pihak lainnya, dapat mengajukan gugatan ganti rugi. Titik terpenting bukan pada istilah yang digunakan, tetapi isi atau materi dari nota kesepahaman tersebut.¹⁸

Pendapat yang menyatakan alasan yuridis yang tepat bagi penggunaan MoU terdapat dalam Pasal 1338 KUH Perdata, bahwa setiap persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang, yang dikenal sebagai asas kebebasan berkontrak, merupakan hukum yang berlaku mengikat bagi kedua belah pihak. Selain itu, menurut asas kebebasan berkontrak dan asas konsensual maka apa saja yang halal menurut hukum dan telah disepakati berlakunya suatu perjanjian atau jika diterapkan secara tertulis maka hal tersebut bisa dikatakan sebagai kontrak.¹⁹

Wanprestasi menurut pasal 1243 KUH Perdata menentukan, penggantian biaya, rugi dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya hanya dapat diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.

Waprestasi menurut Abdulkadir Muhammad, wanprestasi artinya tidak memenuhi kewajiban yang telah ditetapkan dalam perikatan.²⁰ Menurut Subekti, seseorang dikatakan wanprestasi apabila:

- a. Tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukannya
- b. Melaksanakan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana dijanjikan
- c. Melakukan apa yang dijanjikannya tetapi terlambat²¹

¹⁸ Salim HS et. al, *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding I(MoU)*, Jakarta: Sinar Grafika, 2007, hlm.55

¹⁹ Munir Fuady, *Op.Cit.*, hlm.93

²⁰ Abdulkadir Muhammad, *Op.Cit.*, hlm.20

Dalam perjanjian pendahuluan tidak terdapat hak dan kewajiban sehingga tidak dapat digugat secara wanprestasi sesuai dengan uraian diatas, namun jika dikaitkan dengan kasus yang dianalisis, yaitu Putusan Mahkamah Agung No. 501 K/Pdt/2014, yang amar putusan Mahkamah Agung menyatakan Menolak Permohonan Kasasi dari PT. KAI daerah Operasi VIII (yang selanjutnya disebut KAI Surabaya) dan KAI, serta menghukum KAI Surabaya, KAI, KAPM untuk membayar biaya perkara dalam tingkat kasasi sebesar Rp. 500.000,00 (lima ratus ribu rupiah)

Sedangkan Amar Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya dengan Nomor Perkara: 401/Pdt/2012 PT.Sby yang menyatakan, menerima permohonan banding dari SSSL, dan Membatalkan Putusan Pengadilan Negeri Surabaya tanggal 29 Maret 2012 Nomor : 904/Pdt.G/2010/PN.Sby yang dimohonkan banding dan Mengadili sendiri. Pengadilan Tinggi Surabaya memutuskan untuk mengabulkan gugatan SSSL untuk Sebagian, menyatakan sah dan berharga semua surat-surat bukti yang diajukan Penggugat dalam perkara ini, SSSL dinyatakan sebagai pemenang dalam seleksi Calon Mitra Kerjasama dalam pengelolaan aset berupa lahan dan bangunan Indo Plaza dan pertokoan yang terletak di Stasiun Semut - Surabaya Kota secara sah, Menyatakan Penggugat sebagai pihak yang berhak untuk melakukan perjanjian KSO dengan KAI Surabaya dalam pengelolaan dan pemanfaatan atas aset berupa lahan dan bangunan Indo Plaza dan pertokoan yang terletak di Stasiun Semut Surabaya Kota secara sah untuk jangka waktu selama 30 (tiga puluh) tahun berdasarkan Kerangka Acuan Seleksi atau Term Of Reference (selanjutnya disebut TOR) yang telah ditawarkan dan telah disepakati oleh KAI dan PT. SSSL.

Pengadilan Tinggi Surabaya juga memutuskan bahwa perbuatan KAI Surabaya yang telah memutuskan secara sepihak dan tidak melaksanakan isi dari ketentuan kerjasama yang pernah ditawarkan sebagaimana tertuang dalam Kerangka Acuan Seleksi atau TOR yang diberikan pada tanggal 7 Februari 2005 yang telah dimenangkan oleh SSSL adalah merupakan perbuatan ingkar janji/wanprestasi dan menghukum KAI Surabaya untuk segera merealisasikan KSO dengan SSSL

²¹ Subekti, *Op.Cit.*, hlm.45

untuk pengelolaan dan pemanfaatan atas aset berupa Gedung Indo Plaza dan pertokoan yang terletak di Stasiun Semut Surabaya Kota. Pengadilan Tinggi Surabaya juga membatalkan perjanjian yang dibuat antara KAI Surabaya dan KAPM yang tertuang dalam Perjanjian Kerjasama Nomor A, 15/HK.213/D6-2010, tanggal 22 Januari 2010 dan Nomor 001/DU.KAPM/PER/I/2010 tertanggal 21 Januari 2010 tentang Pengelolaan Aset Milik PT. Kereta Api (Persero) Bangunan Indo Plaza dan Pertokoan yang Terletak di Stasiun Surabaya Kota Daerah Operasi VIII Surabaya, karena dilandasi oleh itikat yang tidak baik dan sudah selayaknya dinyatakan tidak sah, batal dan tidak mempunyai kekuatan hukum berlaku. Menghukum KAI Surabaya, KAI, dan KAPM untuk membayar biaya perkara dalam kedua tingkat peradilan secara tanggung renteng yang dalam tingkat banding sebesar Rp. 150.000.00 (seratus lima puluh ribu rupiah):

Sedangkan dalam Amar Putusan Pengadilan Negeri Surabaya dengan Nomor Perkara: 904/Pdt.G/2010 PN.Sby menyatakan mengabulkan gugatan SSLL untuk sebagian, menyatakan SSLL sebagai pemenang tender untuk pemanfaatan gedung dan pengelolaan Indo Plaza milik PT. Kereta Api (Persero), menghukum SSLL untuk menyerahkan tanah dan bangunan Indo Plaza berikut pengelolaannya dalam keadaan bebas dari tanggungan apapun kepada KAI Surabaya dan PT. KAI, menghukum SSLL, KAI Surabaya, KAI, dan KAPM secara bersama-sama untuk membayar biaya perkara masing-masing setengahnya, yang hingga kini diperhitungkan sebesar Rp. 950.000,- (sembilan ratus lima puluh ribu rupiah).

Dimana SSLL sebagai pemenang tender selaku penggugat menggugat KAI sebagai pemilik aset dan pembuat tender karena merasa dirugikan dengan pembatalan MoU secara sepihak sebelum KSO terbit. Penggugat merasa dirugikan karena pada tahun 2005, penggugat telah memenuhi TOR yang digunakan sebagai persyaratan dalam mengikuti tender yang diadakan oleh Tergugat. Setelah dinyatakan menang tender, dengan dalih menunggu persetujuan dari Menteri BUMN, maka dibuatlah MoU Pengelolaan sementara Gedung Ruko Indo Plaza, setelah berjalan satu tahun MoU tersebut diperpanjang dengan *Addendum I*, serta *Addendum II* pada tanggal 7 Desember 2006, *Addendum III*

tanggal 27 Desember 2007, dan *Addendum* IV tanggal 16 Desember 2008. Pada tanggal 14 Januari 2010, KAI menolak permohonan perpanjangan pengelolaan sementara Indo Plaza yang diajukan oleh SSLL dengan alasan lokasi tersebut akan diambil alih untuk dikelola anak perusahaan KAI, yaitu KAPM.

Dalam putusannya, Mahkamah Agung menolak Kasasi KAI, dengan pertimbangan, alasan kasasi para pemohon tidak dapat dibenarkan, karena Pengadilan Tinggi Surabaya telah benar dalam menerapkan hukum dan pertimbangannya sudah tepat, yang menyatakan penggugat telah dapat membuktikan dalil gugatannya untuk sebagian yaitu bahwa tanpa alasan yang sah KAI menolak perpanjangan kerjasama usaha berupa pengelolaan dan pemanfaatan Gedung Indo Plaza milik KAI, sesuai dengan TOR yang disepakati SSLL dan KAI.

Selain itu telah terbukti pula bahwa SSLL sebagai pemenang seleksi mitra kerjasama usaha, SSLL dalam periode transisi menunggu dibuatnya KSO telah melaksanakan isi kerjasama sesuai dengan TOR melalui MoU yang telah mengalami *Addendum* beberapa kali sehingga telah benar SSLL berhak mendapatkan kesempatan pertama untuk melanjutkan kerjasama dalam bentuk KSO lagi pula pada hakekatnya alasan-alasan tersebut mengenai penilaian hasil pembuktian yang bersifat penghargaan tentang suatu kenyataan hal mana tidak dapat dipertimbangkan dalam pemeriksaan dalam tingkat kasasi hanya berkenaan dengan adanya kesalahan penerapan hukum, adanya pelanggaran hukum yang berlaku, adanya kelalaian dalam memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan, yang mengancam kelalaian itu dengan batalnya putusan yang bersangkutan atau tidak berwenang atau melampaui batas wewenangnya.

Pertimbangan Pengadilan Tinggi Surabaya adalah; SSLL sebagai pihak pemenang tender berdasarkan Keputusan Direksi Utama KAI tanggal 31 Maret 2005, yang berwenang menerbitkan KSO adalah Dewan Komisaris KAI, seharusnya KAI memberikan kewenangan pengelolaan aset Stasiun Kota Surabaya karena KSO sudah disetujui oleh Dewan Komisaris KAI, karena SSLL sebagai pihak yang berwenang melakukan pengelolaan aset Gedung Indo Plaza

dan pertokoan, maka pemutusan kerjasama secara sepihak yang dilakukan KAI merupakan perbuatan wanprestasi/ ingkar janji.

Melihat beberapa pertimbangan hakim diatas maka pengadilan menilai bahwa kesepakatan awal tidak terdapat di dalam MoU, namun berada pada awal mula proses tender, hakim menilai bahwa kesepakatan awal terdapat di TOR yang menjadi syarat dilaksanakannya proses tender. Bahwa SSLL telah melengkapi semua persyaratan di dalam TOR dan mengikuti proses tender, serta SSLL dinyatakan sebagai pemenang tender, maka disitulah terdapat kesepakatan awal antara SSLL dan KAI. Kesepakatan awal ini yang menjadi dasar bagi hakim untuk menyatakan bahwa telah terjadi perjanjian antara SSLL dengan KAI mengenai obyek pengelolaan Gedung Indo Plaza selama 30 Tahun, maka dari itu dengan tidak diterbitkannya KSO sebagai suatu prestasi dari perjanjian itu, maka KAI dianggap telah melakukan wanprestasi atau ingkar janji. Pengadilan juga menilai bahwa MoU merupakan instrumen jembatan antara TOR untuk sampai ke KSO. Berdasarkan analisa dari Putusan Pengadilan diatas, maka dalam menentukan adanya perbuatan wanprestasi dalam kasus diputusnya MoU sebelum KSO terbit, harus dilihat dari kesepakatan awal, tidak hanya melihat dari MoU nya saja.

Asas itikad baik yang merupakan salah satu asas dari suatu perjanjian juga perlu diperhatikan, dalam *black law*, itikad baik atau *good faith* diartikan:

*“Good faith is an intangible and abstract quality with no technical meaning or statutory definition, and its compasses, among other things, an honest belief, the absence of malice and the absence of design to defraud or to seek an unconscionable advantage, and individual’s personal good faith is concept of his own mind and inner spirit and, therefore, many not conclusively be determined by his protestations alone”*²²

Berdasarkan pengertian diatas maka itikad baik juga memiliki arti sebuah kejujuran, dimana dalam membuat suatu perjanjian, baik pada saat pembentukan perjanjian maupun dalam pelaksanaan perjanjian tersebut akan timbul suatu permasalahan yang pada saat itu belum disadari oleh para pihak yang melakukan perjanjian. Maka dari itu adanya itikad baik atau kejujuran ini sangat diperlukan

²² Henry Campbell Black, *Black’s Law Dictionary*, St Paul Minnesota: West Publishing Co, 1990, hlm.693.

dalam pembentukan suatu perjanjian. Asas ini pun juga penting dalam bidang pemerintahan, seperti yang dikemukakan oleh Sogar Simamora. Prinsip Itikad baik ini sangat penting dalam hukum kontrak, di dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang menekankan adanya itikad baik dalam membuat suatu perjanjian. Itikad baik atau *bonafides* diartikan perilaku yang patut dan layak antar kedua belah pihak (*redelijkheid en billijkheid*). Dalam tahap negosiasi pun masing-masing pihak mempunyai kewajiban berdasar itikad baik, yaitu kewajiban untuk memeriksa (*onderzoekplicht*) dan kewajiban untuk memberitahukan (*medelingsplicht*), sedangkan pada tahap akhir juga terdapat kewajiban untuk mencermati seluruh aspek yang terkandung dalam perjanjian yang akan ditandatangani, biasanya disebut “*the obligation to exercise due diligence*”.²³

Dalam kasus di atas, KAI tidak cukup beritikad baik, hal ini terlihat pada kesepakatan awal yang terdapat di dalam TOR, yaitu masa pengelolaan yang akan berlangsung selama 30 (tiga puluh) Tahun. Namun pada faktanya berakhir pada 2009. Jelas tampak bahwa perjanjian pengelolaan tersebut bertentangan dengan TOR/ kesepakatan awal. Alasan tentang diputusnya MoU, yaitu KAI yang ingin mengalihkan pengelolaan Gedung Indo Plaza kepada anak perusahaannya, yaitu KAPM juga menunjukkan itikad yang tidak baik dari KAI, karena SSL secara sah berhak dan berwenang untuk melakukan pengelolaan Gedung Indo Plaza yang telah memperoleh persetujuan dari Dewan Komisaris KAI. Bahwa atas dasar tersebut Pengadilan Tinggi Surabaya membatalkan perjanjian kerjasama yang dibuat oleh KAI dan KAPM, perjanjian tersebut dianggap tidak sah dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang berlaku.

C. PENUTUP

Berdasarkan pembahasan sebagaimana yang diuraikan dalam bab-bab sebelumnya, maka dapat diambil simpulan sebagai berikut:

1. MoU adalah suatu perjanjian pendahuluan (Pra Kontrak) yang dibuat sebagai kesepakatan awal untuk melakukan perjanjian yang lebih pokok,

²³ Sogar, *Op. Cit.* hlm.34-35.

dan mengatur secara lebih detail, khususnya hak-hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak, dikarenakan adanya proses yang sulit, atau halangan untuk melanjutkan ke perjanjian yang pokok.

2. Dalam menganalisis kekuatan hukum mengikat dari MoU, tidak cukup untuk melihat judul perjanjiannya, harus melihat isi dari MoU tersebut, apakah di dalam MoU tersebut sudah mencantumkan hak dan kewajiban dari masing-masing pihak, serta obyek perjanjian sudah dapat dipastikan. Jika MoU sudah memenuhi syarat-syarat sah nya suatu perjanjian, maka MoU tersebut dapat dikatakan sudah menjadi suatu perjanjian, bukan lagi perjanjian pendahuluan.
3. Berdasarkan contoh kasus diatas, MoU juga dapat menjadi suatu instrumen untuk mencapai suatu prestasi, jadi harus melihat alur kronologi dalam pembuatan MoU tersebut, dimana kesepakatan awal tertuang dalam TOR yang dibuat oleh KAI, yang kemudian dilanjutkan dengan surat keputusan pemenang tender oleh Dirut KAI. SSSL dalam periode transisi menunggu dibuatnya KSO telah melaksanakan isi kerjasama sesuai dengan TOR melalui MoU, sehingga SSSL berhak untuk melanjutkan kerjasama dalam bentuk KSO. Bahwa dengan demikian tindakan pemutusan MoU sebelum KSO terbit merupakan suatu perbuatan wanprestasi, dimana kesepakatan awal terdapat pada TOR yang menjadi syarat diadakannya seleksi/tender, dan akan diakhiri dengan KSO.

Berdasarkan kesimpulan yang penulis sampaikan diatas, saran yang dapat diberikan adalah sebagai berikut:

1. Setiap pihak yang terlibat dalam pembuatan suatu perjanjian, haruslah disertai dengan itikad yang baik, sesuai dengan asas itikad baik, karena suatu saat akan timbul suatu permasalahan baik di pembuatan perjanjian maupun pada saat perjanjian berjalan, dan permasalahan ini belum tentu disadari oleh para pihak. Permasalahan yang timbul dapat diselesaikan dengan itikad baik dari kedua belah pihak.

2. Dalam proses pembuatan suatu MoU, hendaknya para pihak mengetahui tentang kekuatan mengikat dari MoU, sehingga para pihak dapat mempersiapkan diri dalam menghadapi resiko yang akan timbul di kemudian hari untuk meminimalisir kerugian. Salah satu cara adalah dengan menyertakan orang yang ahli hukum, seperti konsultan hukum atau legal perusahaan.
3. Hendaknya setiap pihak yang terlibat dalam pembuatan MoU, khususnya di bidang hukum memperhatikan alur permasalahan, tidak cukup hanya berangkat dari MoU, jika kesepakatan awal terdapat bahkan sebelum MoU itu dibuat.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Black, Henry Campbell, 1990, *Black's Law Dictionary*, St Paul Minnesota: West Publishing Co.
- Fuady, Munir, 1997, *Hukum Bisnis dalam teori dan praktek (buku ke empat)*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Fuady, Munir, 1999, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- HS. Salim, Abdullah, & Wiwiek W, 2007, *Perancangan Kontrak & Memorandum of Understanding (MoU)*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Kusumawati, Lanny, 2006, *Hukum Kontrak (1)*, Sidoarjo: Laros.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2005, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, Jakarta: Kencana.
- Muhammad, Abdulkadir, 1982, *Hukum Perikatan*, Bandung: Alumnus.
- Prodjodikoro, Wiryono R., 1983, *Azas-Azas Hukum Perdata*, Bandung: Sumur.
- Silondae, Arus Akbar & Wirawan, 2011, *Pokok-Pokok Hukum Bisnis*, Jakarta: Salemba Empat.

Simamora, Y. Sogar, 2014, *Hukum Kontrak Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Surabaya: Kantor Hukum WINS & Partners dan Laksbang Justitia.

Simanjuntak, Ricardo, 2011, *Hukum Kontrak Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Jakarta: Kontan Publishing

Subekti, R., 2004, *Hukum Perjanjian*, Jakarta: Intermasa.

Peraturan Perundang-undangan

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan