

# Jurist-Diction

Volume 2 No. 2, Maret 2019

Histori artikel: Submit 4 Februari 2019; Diterima 15 Februari 2019; Diterbitkan online 1 Maret 2019.

## Heads of Agreement (HOA) sebagai Salah Satu Perjanjian Pra-Kontrak (Pre-Contractual Agreement) Di Indonesia

Reza Septa Yuwono  
rezainlaw@gmail.com  
Universitas Airlangga

### Abstract

*Pre-contractual agreement is an agreement existed during the negotiation phase before entering into main contract. The most common used pre-contractual agreement by business party(ies) in Indonesia is Memorandum of Understanding (MOU) or Memoranda of Agreement (MoA). This kind of pre-contract has function as code of conduct during the negotiation process. On the other hand, there are many other kinds of pre-contractual agreement worldwide, such as Heads of Agreement or used to be called HOA. The first case in Indonesia which use HOA as its legal basis is the divestment of PT Freeport Indonesia. HOA itself recognized as partial agreement since it has tendency to be included on the main contract for what the party has agreed into. After HOA has been signed, it usually followed by other contract document(s) as its derivative. On this Freeport Indonesia divesting process, HOA followed by 3 (three) other contracts, they are Sale and Purchase Agreement, Exchange Agreement, and Shareholder Agreement. These three contracts are legally binding since they are equally the same with main contract, but Heads of Agreement is only morally binding, not legally binding based on its characteristic as pre-contractual agreement.*

**Keywords:** *Pre-contractual Agreement; Memorandum of Understandin; Heads of Agreement; Freeport Indonesia; HOA.*

### Abstrak

Perjanjian pra-kontrak merupakan dokumen hukum yang lazim digunakan dalam proses pendirian bisnis, baik nasional maupun internasional, selama tahap negosiasi berlangsung. Perjanjian pra-kontrak yang sering digunakan di Indonesia adalah Memorandum of Understanding (MOU)/ Memoranda of Agreement (MOA) atau yang dalam Bahasa Indonesia disebut sebagai Nota Kesepahaman. Nota Kesepahaman berfungsi sebagai code of conduct atau acuan dalam melakukan negosiasi bisnis bagi para pelaku bisnis pada umumnya. Hal ini berbeda dengan Heads of Agreement (HOA) sebagai salah satu perjanjian pra-kontrak jenis lain yang berbeda dengan MOU. Heads of Agreement atau Pokok-Pokok Perjanjian sendiri baru pertama kali digunakan dalam praktek hukum di Indonesia melalui Proses Divestasi Saham PT Freeport Indonesia. Dalam proses negosiasi pengeluaran Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) Freeport ini salah satu kesepakatan yang disetujui adalah Divestasi Saham 51% (lima puluh satu persen) kepada Pemerintah Indonesia sesuai amanat UU Mineral dan Batubara, yang sebelum dicantumkan dalam IUPK dilegal-formalkan terlebih dahulu dalam bentuk Heads of Agreement. Berbeda dengan MOU yang bersifat sebagai aturan dalam bernegosiasi bisnis, HOA bersifat sebagai partial agreement (bagian dari kontrak utama) yang berisi kesepakatan yang telah disetujui para pihak dan kemungkinan besar akan dicantumkan dalam Perjanjian/Kontrak utama (main contract) nantinya.

**Kata Kunci:** Heads of Agreement; Pokok-Pokok Perjanjian; Pokok-Pokok Kesepakatan; Perjanjian Pra-Kontrak.

### Pendahuluan

Pada awal tahun 2009, tepatnya bulan Januari Pemerintah Indonesia

mengesahkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU Minerba). Pengesahan dasar hukum baru yang sekaligus mencabut keberlakuan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan<sup>1</sup> (UU Pokok Pertambangan) tersebut dianggap sebagai (*turning point*) titik balik kembalinya kekuasaan bangsa Indonesia dalam hal pertambangan mineral dan batubara.<sup>2</sup> Dalam undang-undang baru ini kentara sekali perubahan rezim hukum pertambangan di Indonesia, yang awalnya menganggap bahwa penanam modal (*private*), baik investor domestik ataupun investor asing, kedudukannya setara dengan pemerintah (*public*) dalam melakukan eksplorasi dan eksploitasi sumber daya alam di wilayah republik ini, menjadi sebaliknya, yaitu kedudukan pemerintah lebih tinggi dari penanam modal manapun.<sup>3</sup> Hal ini tertuang secara eksplisit dalam undang-undang pertambangan mineral dan batubara terbaru dengan diperkenalkannya frase baru dalam pemberian izin pertambangan yaitu Izin Usaha Pertambangan (IUP)<sup>4</sup> dan Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK).<sup>5</sup> Lebih lanjut lagi, UU Minerba yang baru juga mengamanatkan bagi setiap pemegang kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan mineral dan batubara untuk merevisi isi masing-masing kontraknya supaya sesuai dengan ketentuan yang tercantum dalam UU Minerba tersebut.<sup>6</sup> Seperti yang telah diketahui, bahwa isi perjanjian dalam Kontrak Karya dan Perjanjian Karya tersebut merupakan hasil

---

<sup>1</sup> Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (Lembaran Negara Tahun 2009 Nomor 4, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4959), Pasal 173 ayat (1).

<sup>2</sup> KPPU Republik Indonesia, *Analisis KPPU Terhadap Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral Dan Batubara* ( KPPU 2010). [1].

<sup>3</sup> Perubahan rezim yang dimaksud adalah Rezim Kontrak Karya, yang memuat fiksi hukum dimana para pihak didalam kontrak dianggap setara kedudukannya di mata hukum. Walaupun sebenarnya terdapat perbedaan esensial antara Kontrak Karya sebagai Kontrak Publik dan Kontrak Perdata pada umumnya. Perbedaan ini terletak pada awal setelah kontrak tersebut ditandatangani (disepakati), para pihak belum dapat mengeksekusi kontrak tersebut layaknya kontrak perdata umum lainnya, melainkan wajib terlebih dahulu mendapat izin menteri selaku pejabat publik. (Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (Lembaran Negara Tahun 1967 Nomor 22), Pasal 10 ayat (1) dan (2))

<sup>4</sup> Izin Usaha Pertambangan adalah izin untuk melaksanakan usaha pertambangan. ( Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009, *Op.Cit.*, Pasal 1 angka 7 )

<sup>5</sup> Izin Usaha Pertambangan Khusus adalah izin untuk melaksanakan usaha pertambangan di wilayah izin usaha pertambangan khusus. ( *ibid.*, Pasal 1 angka 11 )

<sup>6</sup> *ibid.*, Pasal 169 huruf b.

kesepakatan para pihak pada saat kontrak/perjanjian tersebut ditandatangani. Hal ini tentu saja telah menciderai kesucian kontrak itu sendiri (*sancity of contract*).<sup>7</sup>

Pada 17 Pebruari 2017 CEO Freeport-Mc Moran Inc, Richard C. Adkerson mengirimkan surat kepada Menteri ESDM Republik Indonesia, Ignasius Jonan. Surat itu berisikan keluhan PT Freeport Indonesia (PTFI) atas dikeluarkannya PP No. 1 Tahun 2017 (PP 1/2017) yang mewajibkan PTFI untuk mentransformasi KK 1991 menjadi IUPK agar bisa tetap mengeksplor hasil tambangnya. Jika tidak mau, maka Pemerintah Indonesia tidak akan memberikan izin terkait ekspor PTFI tersebut. Dalam surat ini ditegaskan pula oleh Freeport bahwasanya PTFI hanya memberikan waktu 120 hari untuk menyamakan persepsi antara keduanya (*red* Pemerintah RI & PTFI) terkait norma norma yang diatur di dalam PP 1/2017 tersebut. Jika sampai tenggat waktu 120 hari tersebut permasalahan ini tak kunjung usai, PTFI mengancam akan membawa permasalahan ini ke Badan Arbitrase Internasional untuk menyelesaikannya. Dalil-dalil yang dianggap oleh PTFI telah dilanggar pada KK 1991 antara lain:<sup>8</sup>

- a. Kewajiban divestasi bertahap hingga 51% ( lima puluh satu persen );
- b. Mengubah KK (Kontrak Karya) menjadi IUPK (Izin Usaha Pertambangan Khusus);
- c. Kewajiban membayar pajak sesuai dengan aturan perpajakan yang berlaku (*prevailing*)<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> *Sanctity of Contract* diperkenalkan pertama kali dalam *Common Law System* sebagai akibat hukum dari Asas Hukum Perikatan *Pacta Sunt Servanda*, yang berarti setiap perjanjian berlaku layaknya undang-undang bagi para pihak. Lihat: Nigel Blackaby, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press 2009). [216]

Definisi dari *Sanctity of Contract* sendiri adalah *a general idea that once parties duly enter into a contract, they must honor their obligations under that contract.* ( US Legal Definitions, ‘Sanctity of Contract Law and Legal Definition’, (*definitions.uslegal.com*)< <https://definitions.uslegal.com/s/sanctity-of-contract/>> accessed 23 Agustus 2018

<sup>8</sup> Surat CEO Freeport-Mc Morran Inc. kepada Pemerintah Indonesia ( Menteri Keuangan Sri Mulyani ). (Pebrianto Eko Wicaksono, ‘Beredar Surat Bos Freeport ke Sri Mulyani, Ini Isinya’, (*liputan6.com*, 2017)<<https://www.liputan6.com/bisnis/read/3112508/beredar-surat-bos-freeport-ke-sri-mulyani-ini-isinya>> accessed 29 September 2018

<sup>9</sup> *Prevailing on Taxation* adalah keadaan dimana wajib pajak akan membayar pajak yang jumlahnya tidak selalu sama, melainkan mengikuti ketentuan peraturan perpajakan yang sedang berlaku. (BKPM RI, ‘Taxation in Investment Procedures’, (*bkpm.go.id*, 2016)< <https://www.bkpm.go.id/images/uploads/printing/FAQ.compressed.pdf>> accessed 24 Mei 2018). Sedangkan selama ini PTFI selalu membayar pajaknya dengan sistem *nail down*, yaitu jumlahnya selalu sama sesuai kesepakatan yang telah disetujui dalam *Contract of Work 1991*.

d. Kesiediaan menyelesaikan pembangunan *Smelter* dalam 5 (lima) tahun.

Dengan diundangkannya UU Minerba, tentu saja akan diikuti dengan diundangkan pula Peraturan Pemerintah sebagai peraturan pelaksana dari UU tersebut.<sup>10</sup> Peraturan pelaksana UU Minerba ini termakhtub dalam PP RI Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (PP Minerba). Tidak berhenti disini, berdasarkan *status quo* para penambang Indonesia, baik domestik ataupun asing, yang masih memiliki banyak ketidaksinkronan dengan UU Minerba, maka dianggap perlu diberi beberapa perubahan supaya norma hukum yang berlaku ini dapat diaplikasikan dengan baik. Perubahan ini terejawantahkan dengan dikeluarkannya Perubahan Pertama Peraturan Pemerintah No. 23 Tahun 2010 (PP 24/2012) yang menerangkan bahwa bagi pemegang Kontrak Karya atau Perjanjian Karya yang hendak memperoleh Izin Usaha Pertambangan (IUP), wajib mengajukan permohonan tersebut paling cepat 2 (dua) tahun dan paling lambat 6 (enam) bulan sebelum KK/PK tersebut berakhir.<sup>11</sup> Ketentuan tentang perpanjangan kontrak ini juga diatur dalam Pasal 31 Kontrak Karya antara PTFI dan Pemerintah Indonesia Tahun 1991, yaitu :

*Article 31<sup>12</sup>*

*Paragraph 1:*

*“Subject to the provisions herein contained, this Agreement shall have an initial term of 30 years from the date of the signing of this Agreement; provided that the Company shall be entitled to apply for two successive ten year extensions of such term, subject to Government approval. The Government will not unreasonably withhold or delay such approval. Such application by the Company may be made at any time during the term of this Agreement, including any prior extension”.*

Akan tetapi, dengan waktu yang tidak ditentukan, atau dengan kata lain bisa

---

<sup>10</sup> Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (Lembaran Negara Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5234), Pasal 1 angka 5.

<sup>11</sup> Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2012 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Barubara ( Lembaran Negara Tahun 2012 Nomor 45, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5282), Pasal 112B ayat (2).

<sup>12</sup> *Contract of Work between Freeport – Mc Morran Gold & Copper Incorporation and The Government of the Republic of Indonesia Year 1991*, Article 31.

kapan saja selama berlangsungnya kontrak. Dilihat pada isi Pasal 112 B ayat (2) tersebut, dapat dikatakan bahwa pemerintah sedikit memaksa secara implisit PTFI untuk mengubah KK 1991 miliknya menjadi IUP/IUPK pada tahun 2021 jika masih ingin melakukan penambangan di Timika, Papua pasca kontrak 30 tahun tersebut habis masa berlakunya.

Namun, awal mula persetujuan antara Pemerintah Indonesia dan PTFI yang dimulai pasca pemberlakuan UU Minerba terbaru ini, bukanlah mengenai kewajiban perubahan bentuk Kontrak Karya (KK), melainkan adanya keharusan bagi setiap perusahaan tambang di wilayah Indonesia untuk mengekspor hasil tambangnya tidak dalam bentuk asli (*ore*), tetapi bentuk yang telah dimurnikan (*processed*), dan pemurnian itu wajib dilakukan didalam negeri.<sup>13</sup>

Dengan kata lain, UU Minerba yang baru mewajibkan setiap perusahaan atau gabungan perusahaan tambang yang telah atau sedang beroperasi untuk membangun Pabrik Pengolahan dan Pemurnian Hasil Tambang (*Smelter*) guna memproses hasil tambang mereka sebelum hasil tambang tersebut dapat dijual ke luar negeri dengan jangka waktu maksimal 5 (lima) tahun sejak UU Minerba diundangkan, yang berarti tenggat waktu ini berakhir pada tahun 2014. Hal ini semakin dikuatkan dengan diundangkannya Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2014 tentang Perubahan Ketiga Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan batubara di Indonesia (PP 1/2014). Dalam PP ini ditambahkan Pasal 112C yang menyatakan sebagai berikut:

Pasal 112 C<sup>14</sup>

1. Pemegang kontrak karya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 170 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara wajib melakukan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri.
2. Pemegang IUP Operasi Produksi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 112 angka

---

<sup>13</sup> Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (Lembaran Negara Tahun 2009 Nomor 4, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4959), Pasal 170.

<sup>14</sup> Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2014 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Barubara ( Lembaran Negara Tahun 2014 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5489, Pasal I angka 2.

- 4 huruf a Peraturan Pemerintah ini wajib melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan didalam negeri.
3. Pemegang kontrak karya sebagaimana dimaksud pada angka 1 yang melakukan kegiatan penambangan mineral logam dan telah melakukan kegiatan pemurnian, dapat melakukan penjualan ke luar negeri dalam jumlah tertentu.
  4. Pemegang IUP Operasi Produksi sebagaimana dimaksud pada angka 2 yang melakukan kegiatan penambangan mineral logam dan telah melakukan kegiatan pengolahan, dapat melakukan penjualan ke luar negeri dalam jumlah tertentu.
  5. Ketentuan lebih lanjut Mengenai pelaksanaan pengolahan dan pemurnian serta batasan minimum pengolahan dan pemurnian diatur dengan Peraturan Menteri.

Pada tahun 2014 bertepatan dengan lima tahun pasca UU Minerba diundangkan yang diikuti dengan satu Peraturan Pemerintah sebagai peraturan pelaksanaannya serta empat perubahan atas Peraturan Pemerintah itu, PTFI tak kunjung menunjukkan itikad baik untuk melaksanakan perintah UU Minerba yaitu membangun *Smelter* di Indonesia. Sehingga, dengan sangat terpaksa pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 77 Tahun 2014 tentang Perubahan Ketiga atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (PP 77/2014). Dalam PP terbaru ini memberi penekanan untuk memberikan jaminan hukum bagi investor yang telah diberikan IUP dan IUPK dalam hal divestasinya.<sup>15</sup> Hal ini dilakukan pemerintah guna menunjukkan kepada PTFI dengan merubah KK menjadi IUPK, maka akan banyak keuntungan yang akan diterima olehnya. Hingga akhirnya terdapat perubahan terakhir dari PP ini adalah PP No. 1 Tahun 2017 (PP 1/2017) yang membuat PTFI tidak mampu lagi menerima ketidakconsistenan regulasi pertambangan di Indonesia dan mengancam akan membawa masalah ini ke Badan Arbitrase Internasional sesuai dengan yang telah dijelaskan pada halaman sebelumnya.

Dalil-dalil yang akan digunakan pihak Freeport untuk membuat Pemerintah RI kalah di badan penyelesaian sengketa internasional tersebut adalah yang

---

<sup>15</sup> Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 77 Tahun 2014 tentang Perubahan Ketiga atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Barubara ( Lembaran Negara Tahun 2014 Nomor 263, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5597 ), Menimbang Bagian a.

pertama dengan tuduhan atas pelanggaran Standar FET (*Fair and Equitable Treatment*)<sup>16</sup> yang dilakukan Pemerintah RI lalu yang kedua dengan dugaan *Indirect Expropriation*<sup>17</sup> yang tengah dilakukan pemerintah dengan cara divestasi saham Freeport sebesar 51% sesuai amanat UU Minerba. Berdasarkan hal-hal tersebut diatas penulis akan menganalisa posisi pemerintah apabila gugatan Freeport jadi dilakukan dengan berdasarkan pada kedua dalil inti diatas, yaitu *Fair and Equitable Treatment Standard* dan *Indirect Expropriation*.<sup>18</sup>

Namun pada kenyataannya, seperti halnya PTFI tidak akan melayangkan gugatan diatas kepada Badan Arbitrase Internasional. Hal ini dikarenakan Pemerintah Indonesia dan Freeport-McMorran Inc. (FCX) telah sepakat untuk mendatangi HOA (*Heads of Agreement*) atau dalam Bahasa Indonesia disebut sebagai Pokok-Pokok Kesepakatan, terkait divestasi saham milik FCX dalam PTFI sebesar 51% kepada Pemerintah Indonesia yang dalam hal ini diwakili oleh PT Indonesia Asahan Alumunium Persero ( PT INALUM ). Penandatanganan Pokok-Pokok Kesepakatan Divestasi Saham PTFI ini dilaksanakan pada 12 Juli 2018 oleh kedua belah pihak di Jakarta, Indonesia. Padahal, perjanjian model HOA ini belum pernah dipakai dalam Hukum Indonesia sedari dulu sehingga perlu untuk dibahas mengenai karakteristiknya.

### ***Heads of Agreements (HOA) atau Pokok-Pokok Perjanjian/Kesepakatan***

HOA merupakan dokumen hukum yang sering digunakan oleh para pihak dalam kesepakatan-kesepakatan komersial di negara-negara *common law system*

---

<sup>16</sup> FET Standard is the standard to protect investors against serious instances of arbitrary, discriminatory or abusive conduct by host States. Lihat: UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment* (United Nations Publication, 2012).[1].)

<sup>17</sup> Indirect expropriation involves total or near-total deprivation of an investment but without a formal transfer of title or outright seizure. Lihat: UNCTAD, *Expropriation*, (United Nations Publication, 2012).[7].

<sup>18</sup> FET dan *Indirect Expropriation* tercatat sebagai dasar gugatan terbanyak pertama dan kedua dalam berbagai Arbitrase Internasional untuk *International Investment*.

(Australia, Amerika Serikat, Inggris, Kanada, Selandia Baru)<sup>19</sup> antara lain seperti perjanjian jual-beli, perjanjian *joint-venture*, perjanjian penanaman modal asing, perjanjian *leasing*, dan lain sebagainya, yang seringkali digunakan oleh para pihak untuk mengatur hal-hal inti yang akan dituangkan kedalam perjanjian utama nantinya supaya negosiasi dapat segera selesai dan tidak berlangsung berlarut-larut. Hal-hal utama inilah yang akan diejawantahkan kedalam perjanjian yang lebih rinci (*main agreement*) yang akan ditanda-tangani.

Menurut sejarahnya, ide utama dibalik dibuatnya HOA oleh para pebisnis adalah supaya memberi kemudahan para pihak dalam membentuk kesepakatan, sebelum mereka setuju mengikatkan dirinya satu sama lain atas waktu dan uang sebagai implikasi atas bisnis yang mereka sepakati dalam kontrak.<sup>20</sup> HOA menjadi hal yang signifikan dalam praktek negosiasi bisnis karena seperti kita tahu, negosiasi dan persiapan atas sebuah kontrak/perjanjian bisnis pada praktiknya selalu memakan waktu lama atau dengan kata lain tidak bisa instan, supaya para pihak dapat sama-sama mendemonstrasikan komitmen yang sama atas bisnis yang akan dieksekusi tersebut. Dengan adanya HOA, diharapkan dapat menjadi rangkuman atas poin-poin penting transaksi komersial yang telah disetujui para pihak, tanpa perlu dituangkan dalam klausul baku yang kebanyakan menjadi ciri khas dari kontrak utama.

HOA sendiri diartikan sebagai dokumen yang berisi bagian utama dari suatu kesepakatan bisnis antar perusahaan atau orang-perorangan yang wajib ditandatangani sebelum mereka menandatangani perjanjian utama dikemudian hari.<sup>21</sup> Sedangkan dari sudut pandang ilmu ekonomi, HOA adalah sebuah dokumen tidak mengikat yang berisi *outline* ketentuan dasar atas sebuah perjanjian kerjasama

---

<sup>19</sup> HOA berasal dari negara *common law*, walaupun demikian banyak negara *civil law* yang juga mempunyai hal yang sama namun dengan nama yang berbeda. Sebagai contoh di Jerman, HOA dikenal sebagai *Rahmenvertrag* atau *Rahmenvereinbarung*, yang jika diterjemahkan kedalam Bahasa Inggris menjadi *Framework Contract*. Lihat: W. Kru"ger, *Mu"nchener Kommentar zum Bu"rgerlichen Gesetzbuch*, 2003).[1103-1104].

<sup>20</sup> Bill Henry, 'Heads of Agreement: What are they and are they binding? '(*turtons.com*, 2017) < <https://www.turtons.com/blog/heads-of-agreement-what-are-they-when-are-they-used-and-are-they-binding> > accessed 20 Agustus 2018.

<sup>21</sup> Cambridge Business English Dictionary, 'Heads of Agreement in Business English', (*cambridge.org*) < <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/heads-of-agreement> > accessed 1 Agustus 2018



*tentative* atau transaksi komersial lainnya.<sup>22</sup> Setelah HOA ditanda-tangani, langkah selanjutnya yang kebanyakan dilakukan oleh para pebisnis adalah membawa HOA tersebut kepada Pengacara dan/atau Akuntannya guna didiskusikan lebih lanjut sebelum dituangkan kedalam kontrak utama nantinya.

Pihak-pihak yang terikat dalam HOA menandatangani dengan tujuan membuat hubungan kerjasama bisnis jangka panjang (*good faith*). Berdasarkan definisi diatas, HOA berfungsi sebagai perjanjian awal yang dapat mendorong dan mewajibkan para pihak untuk menandatangani kontrak yang ada dikemudian hari.<sup>23</sup> Oleh sebab itu, HOA merepresentasikan langkah awal para pihak dalam jalan panjang menuju kontrak utama yang secara penuh akan mengikat mereka serta menjadi *guidelines*/acuan dasar atas hak dan kewajiban para pihak yang terlibat didalamnya atas potensi-potensi kerjasama yang mungkin akan terjadi dikemudian hari.

Walapun HOA dianggap penting dalam praktek bisnis nasional maupun internasional, belum ada ketentuan baku yang melandasi pembentukan HOA. HOA dapat berbentuk hanya sebuah surat sederhana hingga dokumen yang dirancang oleh seorang penasehat hukum dengan sangat hati-hati.<sup>24</sup> Hal ini dikarenakan HOA hanya dibuat sebagai *introductory agreement*<sup>25</sup> atau perjanjian yang bersifat perkenalan atas potensi bisnis yang akan dilakukan. *Introductory agreement* ini hanya berlaku selama proses negosiasi diawal sebelum perjanjian utama ditanda-tangani. Walaupun begitu, HOA juga dimungkinkan untuk diakhiri oleh para pihak (dengan peringatan terlebih dahulu) walaupun masa berlakunya belum habis. Dengan kata lain, HOA ini bersifat sementara saja hingga dibentuknya perjanjian utama.

---

<sup>22</sup> Will Kenton, 'What is a 'Heads of Agreement'', (*investopedia.com*, 2018)<<https://www.investopedia.com/terms/h/headsofagreement.asp>> accessed 1 Agustus 2018

<sup>23</sup> Stefanous MOUzas dan Michael Furmston, 'From Contract to Umbrella Agreement', (2018). 67 Cambridge Law Journal.[41].

<sup>24</sup> Emma Cafferky and Sharon McCaffrey, *Heads of Agreement (Eugene F Collins 2015)*. [2].

<sup>25</sup> *Introductory Agreement* merupakan frase yang sering digunakan di hukum positif Amerika Serikat. Di Selandia Baru, *Introductory Agreement* ini dikenal sebagai *Process Agreement*. Sedangkan di Inggris, *Introductory Agreement* dikenal dengan nama *Pre-contractual Agreement*.

Secara format, HOA tidak akan terlalu komperhensif bila dibandingkan dengan perjanjian/kontrak pada umumnya yang dapat mengakomodir banyak ketentuan riijd didalamnya, tetapi kekurangan inilah yang justru menjadi kelebihan HOA karena para pihak akan sulit untuk menemukan ketentuan-ketentuan yang tidak akan mereka sepakati selama proses negosiasi. Selain itu, secara umum HOA juga dianggap sangat efektif dalam berfungsi sebagai:<sup>26</sup>

- a) kerangka bagi para pihak dalam menegosiasikan kontrak bisnis yang final;
- b) catatan atas ketentuan yang telah disepakati sesuai tanggal berlakunya;
- c) barang bukti atas komitmen para pihak yang dapat digunakan bagi pihak ketiga, seperti perbankan ataupun investor;
- d) salah satu media untuk menyepakati hal-hal yang bersifat *pre-contractual agreement* seperti eksklusivitas, kerahasiaan, serta kekayaan intelektual didalamnya;
- e) bentuk keyakinan atas kesungguhan eksekusi bisnis para pihak sebelum mereka mengeluarkan pengeluaran-pengeluaran lainnya, seperti perpajakan, biaya notaris, dan lain-lain.

Terdapat beberapa keuntungan serta kerugian yang mungkin akan timbul seiring dengan digunakannya HOA sebagai dasar dalam bernegosiasi. Keuntungan yang akan didapat dari penggunaan HOA antara lain:<sup>27</sup>

1. HOA seringkali digunakan sebagai pertimbangan dalam mengonfirmasi komitmen secara moral (*moral commitment*) oleh para pihak dalam mengobservasi ketentuan-ketentuan yang telah disepakati, ketentuan-ketentuan tersebut bisa menjadi keuntungan maupun kerugian bagi para pihak dalam perjanjian utama nantinya.
2. HOA dapat membantu menfokuskan negosiasi dan menghilangkan ketidaksepahaman, serta mengidentifikasi masalah-masalah yang mungkin muncul secara dini atas kontrak yang akan ditanda-tangani. Sehingga, keberadaan HOA ini diharapkan dapat membantu para pihak menghindari membuang sumberdaya, baik waktu maupun uang, atas isu-isu yang sulit untuk diselesaikan nantinya.
3. HOA dapat membantu para pihak dalam menginstruksikan penasehat hukumnya dan bahkan membantu penasehat itu sendiri untuk mengetahui isu-isu hukum yang mungkin tidak disadari oleh para pihak.
4. HOA juga dapat sangat membantu dalam menjual *deal-deal* dalam kontrak tersebut kepada para pihak yang tidak terlibat secara langsung dalam proses

<sup>26</sup> Gavin Hanrahan, 'What is a Heads of Agreement and are the legally binding?', (*turnbullhill.com.au*, 2015) <<https://www.turnbullhill.com.au/articles/what-is-a-heads-of-agreement-and-are-they-legally-binding/>> accessed 7 Agustus 2018

<sup>27</sup> Emma Cafferky and Sharon, *Loc. Cit.*

negosiasi, seperti jajaran direktur, jajaran komisaris, serta pihak pemodal.

5. Dengan adanya HOA ini juga membuka kesempatan para pihak untuk memperkenalkan komitmen-komitmen yang mengikat secara hukum (*binding commitments*) seperti *Letter of Confidentiality* atau pengambil-alihan secara eksklusif, serta *outline* dan tabel waktu para pihak selama bernegosiasi.

Sedangkan kerugian atas dibuatnya *Heads of Agreement* antara lain:<sup>28</sup>

1. Waktu yang digunakan dalam pembahasan HOA bisa menjadi tidak proporsional, bisa saja sebentar atau bahkan lama sekali tergantung para pihaknya. Keseriusan dalam negosiasi HOA diperlukan untuk memastikan bahwa ketentuan-ketentuan yang telah dinegosiasikan dalam proses negosiasi HOA telah mencapai mufakat sehingga tidak akan dibahas lagi dalam proses negosiasi kontrak utama nantinya.
2. Fakta bahwa dengan adanya HOA akan mengikat para pihak secara moral (*morally binding*) seringkali justru membatasi fleksibilitas para pihak dalam proses negosiasi selanjutnya. Hal ini terjadi karena posisi para pihak menjadi lebih lemah ketika bernegosiasi dimulai dari ketentuan-ketentuan yang telah disepakati sebelumnya.
3. Mengenai waktu berlakunya, HOA memiliki tenggat waktu berlakunya pula. HOA dapat kadaluarsa bahkan sebelum perjanjian utama dapat dieksekusi. Jika hal ini terjadi, maka dimungkinkan akan terjadi kekosongan kontrak (*contractual vacuum*) diantara para pihak sehingga pekerjaan-pekerjaan yang dilakukan demi kontrak tersebut tidak berdasar hukum.
4. Disisi lain HOA dapat pula menjadi *legally binding*/mengikat secara hukum bagi para pihaknya bahkan jika para pihak tidak menghendakinya. Dalam beberapa transaksi internasional, menjadi sangat penting untuk memastikan bahwa penanda-tanganan HOA tidak akan menimbulkan kewajiban-kewajiban hukum yang tidak dikehendaki.<sup>29</sup>
5. Selain itu, sangat perlu dipastikan bahwa HOA yang ditanda-tangani tidak akan melanggar hukum persaingan usaha yang berlaku serta tidak akan menimbulkan kerugian terkait pajak bagi para pihak selaku wajib pajak dikemudian hari.

### ***Heads of Agreement (HOA) adalah Salah Satu Jenis Pre-Contractual Agreement/ Perjanjian Pra-Kontrak***

Sebuah kontrak secara tradisional diartikan sebagai suatu hasil atas pertukaran antara penawaran dan penerimaan. Dalam hal penerimaan tidak sesuai dengan apa yang ditawarkan, maka hal ini disebut sebagai penawaran balik (*counter-offer*). Gambaran atas kontrak secara tradisional diatas nampaknya sudah tidak

<sup>28</sup> Emma Cafferky and Sharon, *Op. Cit.*

<sup>29</sup> Dalam yurisdiksi negara-negara Eropa, terdapat suatu kewajiban dalam kontrak apapun bahwa setiap kontrak yang dibuat wajib hukumnya untuk bernegosiasi dengan itikad baik (*good faith*). *ibid.*

menggambarkan bentuk kontrak yang banyak dipakai dalam transaksi komersial dewasa ini. Hal ini pun telah sejak lama disadari oleh para praktisi hukum kontrak bahwa bertemunya penawaran dan penerimaan hanya merupakan sebagian dari kontrak itu sendiri. Hal ini juga terbukti dengan telah banyak diujinya perjanjian pra-kontrak/*pre-contractual agreements*<sup>30</sup> dengan teori-teori hukum kontrak oleh para akademisi hukum kontrak, putusan pengadilan, serta produk-produk legislasi yang berlaku disuatu negara.<sup>31</sup>

Seiring dengan semakin berkembangnya kontrak dalam praktik hukum bisnis internasional, dikenal doktrin terkenal yaitu *gradual formation of consent* atau tingkatan dalam kesepakatan<sup>32</sup> guna menjawab fakta dilapangan bahwa kontrak itu berkembang, tidak hanya sebagai hasil kesepakatan para pihak di akhir masa perundingan, tetapi juga selama negosiasi tersebut masih berlangsung yangmana penawaran dan penerimaan masih dibicarakan dan belum mendapat kesepakatan akhir. Kesepakatan-kesepakatan selama proses negosiasi ini dapat dibenarkan selama poin-poin penting dalam perjanjian telah disepakati, tanpa perlu dilegal-formalkan dalam sebuah kontrak atas pertemuan kehendak (*meeting of minds*) dari masing-masing pihak.<sup>33</sup> Sehingga, dalam kontrak-kontrak komersial yang lingkupnya lebih besar, baik segi *tempus*, *locus*, serta kompleksitas proses negosiasinya, pebisnis senantiasa membuat dan menandatangani beberapa macam dokumen yang tingkatannya berbeda selama proses negosiasi tersebut berlangsung.

---

<sup>30</sup> Contoh *Pre-contractual Agreements* antara lain seperti : HOA ( *Heads of Agreements* ); LOI ( *Letter of Intent* ); MOU ( *Memorandum of Understanding* ); MOA ( *Memorandum of Agreement* ), HoT ( *Heads of Terms* ), LOI ( *Letter of Intent* ), *Term Sheets*, ataupun *Letter of Potential Interest, Agreement in Principle, Commitment Letter*. ( *ibid.* )

<sup>31</sup> Sebagai contoh, dalam Hukum Positif Indonesia, Pasal 1320 BW menyatakan bahwa satu dari empat syarat sah perjanjian adalah “adanya kata sepakat”. Kata sepakat ini merupakan bentuk verbal dari bertemunya penawaran dan penerimaan, baik yang dicapai langsung maupun melalui tawar-menawar terlebih dahulu. ( *Burgerlijk Wetboek*, Pasal 1320 )

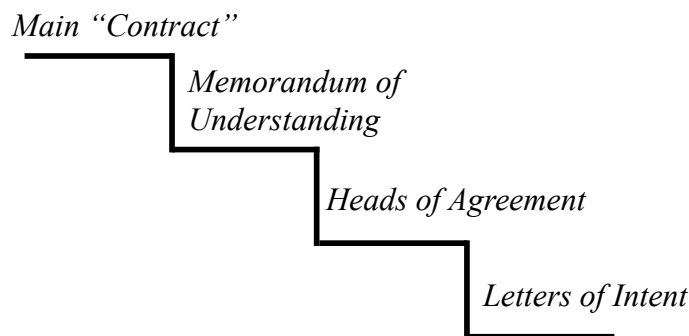
<sup>32</sup> Reiner Schulze, *New Features in Contract Law* (Sellier European Law Publishers, Germany 2007).[139].

<sup>33</sup> Dalam Pasal 154 ayat (1) *jo.* 155 BGB, kodifikasi Hukum Perdata Jerman, menyatakan bahwa suatu kontrak dapat dinyatakan berlaku, walaupun terdapat beberapa klausul di dalamnya yang belum disetujui oleh para pihaknya, sepanjang ketentuan-ketentuan itu bukan merupakan klausul yang bersifat esensial didalam perjanjian. Doktrin ini biasa disebut sebagai *The Knock-out Doctrine* atau *Battle of the Form*.

Dokumen-dokumen inilah yang dimaksud sebagai dokumen pra-kontrak/perjanjian pra-kontrak. Perjanjian pra-kontrak biasanya banyak dikenal dengan nama *Letters of Intent*, *Heads of Agreement*, ataupun *Memoranda of Understanding*. Sama halnya dengan kontrak, perjanjian pra-kontrak pun tidak memiliki format bakunya.<sup>34</sup> Perjanjian pra-kontrak tidak sama dengan kontrak yang menjadi perjanjian inti berlangsungnya suatu kegiatan bisnis, sehingga hal ini perlu dibedakan.

Giuditta Corderro Moss dari University of Oslo, mengkategorikan *pre-contractual agreements* ini menjadi 3 ( tiga ) tahapan sebelum menjadi suatu kontrak bisnis utama, yaitu:<sup>35</sup>

**Gambar 1.** Tahapan Pra-Kontrak menjadi Kontrak



**Sumber :** *The Function of Letters of Intent and their Recognition in Modern Legal System* by Giuditta Corderro Moss

### ***Heads of Agreement* sebagai Bagian dari Kontrak Utama**

Jika LOI dimaksudkan sebagai pratinjau atas kontrak (*preview*), maka HOA dikategorikan sebagai bagian dari kontrak (*partial agreement*) yang disepakati selama negosiasi berlangsung. Sebagai contoh, misalnya Pihak A dan Pihak B telah mencapai kesepakatan terkait aspek teknologi, tetapi belum sepakat tentang aspek finansial dan hukum, supaya kesepakatan terkait teknologi tersebut tidak menguap begitu saja, maka dapat dibuat HOA tentang *Transfer of Technology* sebagai hasil

<sup>34</sup> Lake R. dan Draetta U., *Letters of Intent and Other Precontractual Documents* (English Publisher 1994).[100].

<sup>35</sup> Giuditta Corderro Moss, *The Function of Letters of Intent and their Recognition in Modern Legal System* (Sellier European Law Publishers 2007).[140].

negosiasi tersebut guna melegal-formalkan kesepakatan itu. Walaupun telah disepakati, para pihak tetap tidak terikat akan hasil negosiasi tersebut, tetapi mereka telah dinyatakan sepakat atas beberapa ketentuan yang mungkin akan menjadi klausul dalam kontrak yang ditanda-tangani dimasa depan, jika memang kesepakatan bisnis tersebut masih dijalankan dan dieksekusi dengan sebuah kontrak baku. Disinilah letak fungsi HOA dalam kedudukannya sebagai *pre-contractual agreement*. Namun disisi lain, kebalikan dari LOI, HOA dibuat bukan untuk dijadikan sebagai dokumen yang tidak mengikat para pihaknya. Namun keterikatan ini hanya berlaku seiring berlakunya HOA itu sendiri, artinya, ketika kontrak utama telah ditanda-tangani, maka ketentuan yang telah disepakati dalam HOA juga akan selesai seiring dengan selesai pulanya keberlakukannya HOA.

Secara fungsipun, HOA lebih mudah dilihat daripada LOI. Dalam transaksi komersial yang sangat rumit beserta segala kompleksitasnya yang biasanya memakan waktu lama, hingga berbulan-bulan bahkan menahun, serta tim yang cukup banyak yang masing-masing memiliki spesialisasinya masing-masing. Dengan jangka waktu yang lama selama proses negosiasi ini, dimungkinkan adanya pergantian personil dalam tim negosiator, sehingga HOA yang telah disepakati di waktu lampau ini dapat juga digunakan sebagai barang bukti atas kesepakatan tersebut. Pada waktu yang sama, dapat dimengerti bahwa masih ada keinginan para pihak untuk tetap membuat diri mereka tidak terikat dalam suatu perjanjian, sampai semua aspek yang dirasa masing-masing pihak esensial telah dibahas, dievaluasi, dan disetujui.

Dengan segala permasalahan yang mungkin terjadi selama proses negosiasi diatas, maka HOA hadir sebagai solusi konkret bagi para pebisnis yang tetap ingin mendirikan bisnis besar, tetapi belum ingin terikat selama seluruh aspek perjanjian belum selesai dibahas, tetapi tetap bisa melegal-formalkan kesepakatan-kesepakatan yang telah disetujui sebelumnya. Dengan kata lain, dengan adanya HOA, para pihak tetap bisa menempatkan diri mereka tidak terikat secara hukum, tetapi pada waktu yang sama menghindari mendiskusikan kembali elemen-elemen kontrak yang telah disepakati sebelumnya.

**Tabel 1.** Perbedaan Karakteristik Perjanjian Pra-Kontrak dan Kontrak

	<i>Pre-Contractual Agreement</i>			<i>Main Contract</i>	
	<i>Letter of Intent</i>	<i>Heads of Agreement</i>	<i>Memorandum of Understanding / Memoranda of Agreement</i>	Kontrak	Adendum (opsional)
Fungsi	<i>Preview/ pratinjau atas Kontrak Utama</i>	<i>Partial Agreement/ bagian-bagian atas Kontrak Utama</i>	<i>Code of Conduct/ regulasi dalam membuat Kontrak Utama</i>	<i>Legal Basis/dasar hukum dalam menjalankan kesepakatan bisnis</i>	
Sifat	Sementara			Permanen	
Jangka Waktu	Selama negosiasi bisnis berlangsung			Selama bisnis berlangsung	
Kekuatan Hukum	<i>Non-legally binding</i> , kecuali ditentukan lain			<i>Legally Binding</i>	
Fase					

**Sumber:** dikutip dari berbagai sumber

### **Kekuatan Hukum *Heads of Agreement* (HOA)**

Seperti yang telah dibahas pada sub-bab pertama dan kedua diatas bahwa HOA termasuk kedalam rumpun Perjanjian Pra-Kontrak, yang merupakan perjanjian perdata antar para pihaknya dimana didalamnya berisi klausul kerangka kerja dalam membuat kontrak utama nantinya. Dan ketika para pihak gagal untuk memenuhi kewajibannya sesuai yang tercantum dalam HOA, hal ini seringkali menimbulkan masalah hukum terkait apakah HOA tersebut mengikat secara hukum atau tidak (*legal bindingness*), baik terhadap para pihak selama proses negosiasi berlangsung ataupun terhadap kontrak utama yang akan mereka tanda-tangani dikemudian hari. Hal tersebutlah yang menyebabkan banyak orang percaya bahwa HOA adalah sebuah dokumen yang tidak mengikat sehingga banyak para pebisnis yang menandatangani tanpa mendapatkan saran hukum (*legal advice*) terlebih dahulu. Padahal, HOA dapat saja mengikat para pihak yang menandatangani secara hukum jika dibuat dengan benar.

Walaupun demikian, penggunaan perjanjian pra-kontrak dewasa ini masih belum jelas status hukumnya, mengikat atau tidaknya perjanjian pra-kontrak berbeda-beda di setiap negara. Di Jerman, seluruh perjanjian pra-kontrak (*Vovertrag*), termasuk HOA, adalah mengikat para pihak secara hukum, sepanjang para pihak yang terdapat dalam perjanjian ini juga adalah para pihak yang ada dalam perjanjian utama (*Hauptvertrag*) bisnis tersebut.<sup>36</sup> Hukum positif Jerman mendasarkan hal tersebut kepada kenyataan pada saat itu bahwa perjanjian pra-kontrak dibuat untuk tujuan praktik demi kepentingan para pihak yang berusaha.<sup>37</sup> Sejalan dengan Jerman, Pengadilan Amerika Serikat juga sangat menghargai eksistensi HOA dan perjanjian pra-kontrak lainnya dalam praktik bisnisnya.<sup>38</sup>

Berbeda dengan Pengadilan AS dan Legislatif Jerman, Pengadilan Inggris lebih tertutup terkait perjanjian ini (red-perjanjian pra-kontrak).<sup>39</sup> Walaupun begitu, hukum positif Inggris memberi hukuman fisik yang berat, termasuk dipaksa untuk membayar denda yang besar atas potensi kerugian yang terjadi kepada pihak lainnya, jika salah satu pihak terbukti bernegosiasi dengan itikad butuk (*bad faith*).<sup>40</sup> Berbeda dengan Perancis, yang mengatur ketentuan terkait kegiatan pra-kontrak dalam *Law of Torts* mereka.<sup>41</sup>

Di Indonesia sendiri perjanjian pra-kontrak yang dikenal oleh masyarakat barulah MOU dan MOA, dan keberlakuan hukum mereka terhadap para pihak masih menjadi perdebatan. Karena bentuknya yang sederhana, pada dasarnya MOU tidak mengikat para pihak secara hukum. Tetapi, pada praktek hukum bisnis di Indonesia, mengikat atau tidaknya MOU/MOA tergantung pada isi perjanjiannya. Jika klausul-

<sup>36</sup> Thoel, *Handelsrecht*, (Göttingen 1854).[62].

<sup>37</sup> Demi kepentingan para pihak yang dimaksud disini adalah, misalnya terdapat suatu kegiatan bisnis yang wajib diselesaikan terlebih dahulu oleh para pihak sebelum kontrak dibuat, atau kedua belah pihak tidak dapat mendatangi kontrak utama sebelum pihak ketiga juga menyetujui draft kontrak tersebut, sehingga HOA dijadikan sebagai salah satu instrumen hukum guna menjamin kepentingan bisnis di negara tersebut. (*ibid.*)

<sup>38</sup> R. B.Lake and U. Draetta, *Letters of Intent and Other Pre-Contractual Agreements: A Comparative Analysis and Forms* (Hampshire 1989).[19].

<sup>39</sup> M. Furmston,[et.,al.], *Contract Formation and Letters of Intent* (Chichester 1998).[10].

<sup>40</sup> Stefanous MOUzas dan Michael Furmston, *Loc.Cit.*

<sup>41</sup> Paula Giliker, *A Role for Tort in Pre-Contractual Negotiations? An Examination of English, French, and Canadian Law* (Int'l & Comp Publisher 2003).[969].



klasusul dalam MOU dan MOA tersebut telah memenuhi unsur-unsur perjanjian yang terdapat dalam Pasal 1320 *Burgerlijk Wetboek*, maka MOU dan MOA tersebut dianggap mengikat secara hukum (*legally binding*) yang diikuti dengan segala konsekuensi hukumnya.<sup>42</sup> Sehingga, dalam kasus mengikat atau tidaknya suatu MOU dan MOA, kita harus melihat isi MOU itu sendiri, bukan hanya nama perjanjiannya saja. Hal ini berbeda dengan HOA, karena kasus divestasi saham Freeport merupakan pertama kali HOA digunakan dalam praktik hukum di Indonesia.

Para pihak didalam perjanjian telah dikatakan terikat secara hukum ketika mereka telah menyetujui semua ketentuan yang mereka sepakati dan menuangkannya dalam suatu perjanjian tertulis (*contract*). Sedangkan, jika para pihak masih berada dalam keadaan dimana mereka belum mencapai kesepakatan, maka negosiasi mereka akan diklasifikasikan menjadi tiga kategori yaitu:<sup>43</sup>

1. Para pihak telah menjadi bagian dari negosiasi pendahuluan (*preliminary negotiations*) ketika mereka telah mendiskusikan sesuatu tetapi belum menyepakati satu hal sekalipun;<sup>44</sup>
2. Para pihak telah setuju atas ketentuan yang disepakati dan bermaksud untuk menuangkannya kedalam dokumen legal yang formal;<sup>45</sup>
3. Para pihak telah menuangkan hasil negosiasi mereka kedalam perjanjian penda-

---

<sup>42</sup> Bimo Prasetyo dan Asharyanto, 'Perbedaan antara Perjanjian dengan MOU', *hukumonline.com*, 2013) <<https://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt514689463d4b2/perbedaan-antara-perjanjian-dengan-MOU>> accessed 11 September 2018

<sup>43</sup> Alan Schwartz dan Robert Scott, 'Precontractual Liability and Preliminary Agreements' (2007) 120-3 *Harvard Law Journal* [664].

<sup>44</sup> Dalam keadaan jenis ini, para pihak tidak dapat menuntut satu hal apapun. Lihat : *PFT Roberson v. Volvo Trucks North America, Inc. (2005)*, dimana pengadilan AS memutuskan dalam keadaan dimana tidak ada bukti yang cukup yang membuktikan bahwa para pihak menginginkan diri mereka untuk terikat satu sama lain, hakim secara umum akan menyimpulkan bahwa para pihak yang terikat selama proses negosiasi pendahuluan saja tidak dapat memaksakan tanggung gugatnya terhadap satu sama lain atas kekeliruan yang terjadi, janji yang tidak bisa ditepati, maupun kesalahan jenis lainnya.

<sup>45</sup> Dalam keadaan jenis ini, jika ditengah jalan ada para pihak yang berubah pikiran, maka dokumen tersebut akan berlaku padanya layaknya undang-undang (pakta *sunt servanda*), sehingga pihak yang berubah pikiran tersebut harus siap dengan konsekuensi tanggung gugat terhadapnya, walaupun kontrak yang mereka maksudkan untuk dibuat dikemudian hari belum pernah dibuat. Lihat : *Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales Inc. (2000)*.

huluan (*preliminary agreement*)<sup>46</sup> tetapi terdapat kesepakatan atau klausul yang menyatakan bahwa terdapat beberapa ketentuan yang dibiarkan terbuka, sehingga bisa dinegosiasikan kembali dikemudian hari, baik antar para pihak, maupun melibatkan pihak ketiga.

HOA secara *prima facie*<sup>47</sup> dimaknai sebagai bagian dari perjanjian utama (*contract*) sehingga, HOA memiliki fungsi yang lebih jelas dibandingkan perjanjian pra-kontrak lainnya.<sup>48</sup> Para pihak pembuat HOA tidak mengklaim dirinya untuk tidak berkomitmen penuh dalam pembuatannya, melainkan mereka terdaftar sebagai pihak yang menyetujui ketentuan-ketentuan atas transaksi yang akan terjadi di masa depan serta memasukkan ketentuan tersebut kedalam kontrak akhir nantinya. Tetapi perlu digaris bawahi bahwa, para pihak tetap sebenarnya bukan berkomitmen untuk kontrak final nantinya ataupun ketentuan-ketentuan yang berada didalamnya, karena komitmen atas kontrak utama yang nanti ditandatangani merupakan kontrak yang berbeda dengan HOA serta keberlakuannya juga diatur eksklusif tersendiri dalam kontrak tersebut artinya, para pihak masih tetap bebas untuk menegosiasikan ketentuan lain, mengajukan ketentuan baru, maupun memutuskan bahwa mereka tidak akan menjadi pihak dalam kontrak utama nantinya.

Efek hukum HOA sebenarnya merupakan kombinasi antara komitmen dan kebebasan para pihak didalamnya, efek hukum secara langsung terdiri dari komitmen untuk memasukkan ketentuan yang telah ditujui dalam HOA kedalam kontrak final nantinya, jika para pihak sepakat untuk melanjutkan HOA tersebut menjadi kontrak utama. Alasan-alasan mengapa para pihak menghendaki HOA untuk tidak mengikat mereka secara hukum adalah sebagai berikut: <sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Dalam Hukum Kontrak Internasional, terdapat beberapa macam *Preliminary Agreement* yang terjadi dalam *Preliminary Phase* yang dapat menjadi pilihan produk hukum dari sebuah negosiasi bisnis, yaitu: a. *Umbrella Agreement*; b. *Pre-contractual Agreement*; c. *Open Terms Agreement*; d. *General Terms and Conditions*.

<sup>47</sup> *Prima facie* adalah salah satu doktrin hukum dari *common law system* yang berasal dari Bahasa Latin, yang artinya cukup untuk membentuk suatu fakta atau memunculkan dugaan kecuali dapat dibantah atau dibuktikan sebaliknya. *Ibid.*

<sup>48</sup> Giuditta Cordero Moss, *Op.Cit.*[150].

<sup>49</sup> Bill Henry. *Loc. Cit.*

1. Secara psiskis, para pihak cenderung ingin untuk membuat kewajiban yang tidak mengikat daripada yang mengikat. HOA hadir sebagai solusi atas keinginan ini. Selain itu, kewajiban tidak mengikat dapat membuat para pihak lebih fleksibel dalam menegosiasikan perjanjian utama;
2. Suatu komitmen atas kewajiban yang tidak mengikat dapat membantu melancarkan proses negosiasi dari sisi masing-masing pihak. Hal ini dikarenakan dalam negosiasi yang kewajibannya tidak mengikat secara hukum, potensi gesekan yang terjadi antar para pihak menjadi lebih kecil. Kalaupun terjadi gesekan didalamnya, para pihak dapat membuat perjanjian baru yang mengakomodir kepentingan masing-masing pihak;
3. Ketentuan mengikat dalam suatu dokumen informal (*contract is a formal document*) dapat mengurangi potensi pajak dan konsekuensi hukum yang tidak diinginkan. Melalui hal ini, para pihak akan tetap mendapat manfaat dari *binding documents* melalui *non-binding documents*.

Pada dasarnya HOA adalah dokumen hukum yang tidak mengikat para pihak, namun ada beberapa yang berpendapat bahwa HOA mengikat para pihak secara hukum:

*The reality is that a Heads of Agreement could be either binding or not. However, generally the intention is that the Heads of Agreement is not binding in relation to the "key terms of a proposed agreement between parties", but is binding in relation to such matters as "exclusivity, confidentiality, due diligence and intellectual property".<sup>50</sup>*

Berdasar hukum kebiasaan bisnis internasional terdapat beberapa klausul yang dianggap mengikat oleh para *corporate lawyer*, seperti tentang:<sup>51</sup>

- a. *Confidentiality* atau kerahasiaan atas negosiasi bisnis tersebut;
- b. *Exclusivity between parties*, hal ini berguna untuk menghindari para pihak dalam membuat kesepakatan dengan pihak lain selama proses negosiasi hingga kontrak utama selesai dibuat.
- c. Bahwa negosiasi akan bisnis tersebut akan tetap berlanjut hingga terjadi kesepakatan;
- d. Kesepakatan untuk melanjutkan dan menuangkan hasil negosiasi yang tercantum dalam HOA kedalam *final contract*.
- e. Tentang kepemilikan atas hak kekayaan intelektual; serta

---

<sup>50</sup> Gavin Hanrahan.*Loc. Cit.*

<sup>51</sup> Bill Henry,*Loc Cit.*

f. Hasil uji kelayakan bisnis yang sedang didirikan tersebut.

Sedangkan klausul lain dalam HOA yang dimaksudkan tidak mengikat dapat diberi nama “*subject to contract*” atau “*subject to the preparation of a formal contract*” yang dimaksudkan untuk tidak mengikat para pihak secara hukum. Sehingga, para pihak perlu membuat jelas mana saja klausul yang mengikat secara hukum dan mana yang tidak. Dengan kata lain, dalam hal ini para pihak juga dapat memutuskan jika menginginkan HOA menjadi dokumen yang mengikat para pihak secara hukum. Terdapat beberapa cara dalam merancang HOA supaya memberikan dampak mengikat secara hukum, antara lain:<sup>52</sup>

1. Terangkan dengan jelas bagian mana saja dalam HOA yang mengikat secara hukum, dan mana yang tidak;
2. Pastikan bahwa seluruh isi HOA telah mengakomodir poin kunci yang menerangkan tentang ketentuan yang telah disepakati tanpa perlu detail lain yang tidak dibutuhkan;
3. Walaupun dokumen HOA dimaksudkan untuk tidak mengikat para pihak secara hukum, pastikan dokumen tersebut tidak berisi ketentuan-ketentuan yang tidak ingin disepakati. Harus diingat bahwa HOA merupakan *partially confirmed agreement* dimana HOA tersebut akan dijadikan dasar dalam merancang kontrak utama nantinya.<sup>53</sup>
4. Masukkan kehendak bahwa HOA dibuat dengan menganut asas fleksibilitas terhadap semua pihak;
5. Masukkan ketentuan bahwa negosiasi juga adalah subjek kerahasiaan, lalu sertai dengan *timeframe/timetable* kapan HOA selesai dan dapat dimasukkan kedalam kontrak utama hingga final.

Berikut adalah contoh *timeframe/timetable*<sup>54</sup> atas HOA mengenai *share and purchase agreement* yang dapat dipakai sesuai dimaksud dalam Poin 5 diatas :

---

<sup>52</sup> *ibid.*

<sup>53</sup> Pengadilan Tinggi New South Wales di Australia memutuskan bahwa pengadilan tidak akan memberikan dampak hukum kepada dokumen yang belum selesai, dokumen yang hanya merupakan perjanjian untuk menyepakati suatu hal dimasa depan, Lihat : *Booker Industries Pty. Ltd. v. Wilson parking (Qld) Pty. Ltd.* (1982), walaupun perjanjian itu dinegosiasikan dengan *berdasar asas good faith*. Lihat juga : *Coal Cliff Collieries Pty. Ltd. v. Sijemaha Pty. Ltd.* (1991).

<sup>54</sup> Richard Mullet, ‘You know you need a Heads of Terms Agreements when...’, (*thelegalpartners.com*, 2013)<<http://www.thelegalpartners.com/heads-terms-agreement-legal-advice-cfos/>> accessed 17 Agustus 2018

**Tabel 2.** *Timeframe* pembuatan HOA

Document	Timescale	Responsibility
1 <sup>st</sup> Draft Share Purchase Agreement	5 days after signing the Heads of Terms	The Legal Partners
Financial Due Diligence to be finished	21 days after Heads of Terms signed	Accountant

**Sumber:** *www.thelegalpartners.com*

Oleh karena sebab-sebab diatas, dalam merancang HOA wajib para pihak untuk melihat secara detil mengenai klausul-klausul didalamnya. *Lawyers* harus membuat secara jelas ketentuan mana saja yang mengikat secara hukum mana yang tidak. Klausul yang dimaksudkan mengikat secara hukum harus memenuhi unsur *legally binding* itu sendiri untuk dapat disebut kontrak yang valid. Jika HOA tersebut dibuat di Indonesia dan dimaksudkan untuk mengikat para pihaknya secara hukum, maka wajib HOA tersebut memenuhi unsur-unsur Pasal 1320 *Burgerlijk Wetboek*. Berikut adalah tabel yang dapat dipakai untuk memudahkan memilah antara mengikat atau tidaknya suatu klausul dalam HOA.<sup>55</sup>

**Tabel 3.** Klausul *binding and non-binding terms*

Binding terms	Non-binding terms
Confidentiality	The nature of the deal/transaction
Costs	Price or payment or form of consideration
Exclusivity	The timetable
Governing law and jurisdiction	Details of any conditions and due diligence provisions

**Sumber:** *Eugene F Collins Corporate Departement*

Di banyak kasus yang terjadi, sebuah dokumen yang berisi ketentuan esensial atas sebuah perjanjian bisnis antara dua orang atau lebih tidak dimaksudkan mengikat secara hukum. Namun begitu, para pihak tetap akan mempersiapkan kontrak formal yang menjadi kelanjutan dari dokumen informal diatas dikemudian hari sebagai bentuk itikad baik dalam berbisnis. Disisi lain,

<sup>55</sup> Emma Cafferky and Sharon, *Loc. Cit.*

HOA juga banyak ditemukan di beberapa kasus memiliki daya ikat secara hukum layaknya kontrak utama.

Jika HOA berisi semua ketentuan penting dari suatu bisnis didalamnya, ditandatangani oleh para pihak, tetapi tidak secara eksplisit menyatakan bahwa dirinya mengikat secara hukum, HOA tersebut memiliki kesempatan yang besar menjadi kontrak yang mengikat para pihaknya layaknya undang-undang. Jadi, hanya dengan menamakan suatu perjanjian *Heads of Agreement*, atau perjanjian pra-kontrak lainnya, tidak akan cukup untuk mengatakan bahwa perjanjian tersebut dimaksudkan untuk tidak mengikat secara hukum.<sup>56</sup> Tetap diperlukan klausul secara eksplisit yang menyatakan bahwa para pihak yang membuat dan menandatangani HOA tersebut dimaksudkan tanpa daya ikat secara hukum, melainkan secara moral saja (*morally binding*).

### **Isi *Heads of Agreement* antara Freeport-Mc Morran Inc. dan PT INALUM**

Itikad baik PTFI untuk menundukkan diri pada peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia dilanjutkan dengan dibuat dan ditandatanganinya *Heads of Agreement* (HOA), yang dalam Bahasa Indonesia diartikan sebagai Pokok-Pokok Perjanjian/Pokok-Pokok Kesepakatan, Divestasi Saham PTFI antara Freeport-Mc Morran Inc. dan PT Indonesia Asahan Alumunium (Persero) pada 12 Juli 2018 di Jakarta. Hal-hal yang disepakati dalam HOA ini adalah:<sup>57</sup>

1. Mengubah landasan hukum PTFI dari Kontrak Karya (KK) menjadi Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) dan sekaligus memberi PTFI perpanjangan Hak Operasi maksimal 2 X 10 tahun hingga 2041;
2. Pemerintah RI menjamin kepastian fiskal dan hukum selama jangka waktu IUPK berlaku;
3. PTFI berkomitmen membangun fasilitas pengolahan dan pemurnian (*smelter*) baru di Indonesia dalam jangka waktu 5 (lima) tahun, atau selambat-lambatnya sudah harus selesai pada Oktober 2022, kecuali terdapat keadaan *force majeure*;

---

<sup>56</sup> Donnie Harris, 'Heads of Agreement', (*dhlaw.com.au*, 2015) <<https://www.dhlaw.com.au/heads-agreement/>> accessed 10 September 2018

<sup>57</sup> Kementerian Keuangan RI, 'Penandatanganan Pokok-Pokok Perjanjian Divestasi Saham PT Freeport Indonesia' (*kemenkeu.go.id*, 2018) <<https://www.kemenkeu.go.id/publikasi/siaran-pers/penandatanganan-pokok-pokok-perjanjian-divestasi-saham-pt-freeport-indonesia/>> accessed 17 Oktober 2018

4. FCX menyetujui divestasi saham kepemilikan di PTFI berdasarkan harga pasar yang wajar (*fair value market*) sehingga kepemilikan Indonesia menjadi 51% (lima puluh satu persen).<sup>58</sup>

Selain kesepakatan diatas, dengan ditandatanganinya HOA diatas berefek domino kepada keharusan mendatangi perjanjian/kesepakatan lain sebagai turunan derivatifnya. Perjanjian lain yang dimaksud sebagai turunan HOA diatas adalah:<sup>59</sup>

1. *Sales and Purchase Agreement (SPA)*, sebagai dasar hukum jual-beli saham milik FCX kepada PT INALUM (Persero);
2. *Shareholders Agreement (SHA)*, sebagai bentuk kesepakatan tertulis antara pemegang saham lama dan pemegang saham baru;
3. *Exchange Agreement*, atau perjanjian yang menjamin pertukaran informasi yang valid antara pemegang saham lama dan yang baru.

***Sales and Purchase Agreement (SPA), Exchange Agreement (EA), dan Shareholder Agreement (SHA)***

Sebagai tindak lanjut atas HOA yang ditandatangani pada Juli 2018 yang lalu, maka dibuatlah SPA atau *Sales and Purchase Agreement*.<sup>60</sup> Dalam Bahasa

<sup>58</sup> Jumlah uang yang harus dibayarkan oleh PT INALUM untuk realisasi divestasi 51% (lima puluh satu persen) ini adalah sebesar US\$ 3,85 Milyar. US\$ 3,85 Milyar ini dibayarkan dengan rincian untuk : (1) Membeli Hak Partisipasi ( *Participating Interest* ) milik PT Rio Tinto sebesar 40% (empat puluh persen), dan (2) Membeli 100% (seratus persen) saham milik FCX di Indocopper, yang mana Indocopper Investama memiliki saham sebesar 9,36% ( sembilan koma tiga puluh enam persen ) di PT Freeport Indonesia. Kedua jumlah saham diatas kemudian ditambahkan sehingga, total kepemilikan saham Peserta Indonesia (PT INALUM) yang saat ini baru 9,36% (sembilan koma tiga puluh enam persen) dapat ditingkatkan menjadi 51% (lima puluh satu persen) sesuai dengan yang telah diamanatkan UU Minerba. Selain itu, dalam HOA ini juga disepakati bahwa Pemda Papua juga akan memiliki 10% ( sepuluh persen ) saham atas keseluruhan saham PT Freeport Indonesia. Andri Donnal Putera, 'Pemerintah RI Kuasai 51 Persen Saham Freeport Indonesia' (*msn.com*, 2018)<<https://www.msn.com/id-id/berita/nasional/sah-pemerintah-ri-kuasai-51-persen-saham-freeport-indonesia/ar-BBNC6E1?li=AAenIT1%3FOCID>> accessed 25 Oktober 2018

<sup>59</sup> Presiden RI, 'Divestasi Freeport, Bukti Kedaulatan Tambang Kembali ke Ibu Pertiwi' (*presidenri.go.id*, 2018)<<http://presidenri.go.id/info-kementrian-lembaga/divestasi-freeport-bukti-kedaulatan-tambang-kembali-ke-ibu-pertiwi.html>> accessed 24 Oktober 2018

<sup>60</sup> Sale and Purchase Agreement is a legal agreement that a buyer will buy a product or service and a seller will sell it. Cambridge Business English Dictionary, 'Definition of Sale and Purchase Agreement' (*cambridge.org*)<<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/sale-and-purchase-agreement>> accessed 25 Oktober 2018

Indonesia Hukum, SPA tidak lain adalah Perjanjian Jual-Beli ( PJB ) yang kita kenal dalam Hukum Perdata Indonesia. SPA atau PJB ini merupakan kontrak yang secara hukum mewajibkan pembeli untuk membeli dan penjual untuk menjual sebuah produk barang dan/atau jasa yang menjadi obyek penjualan.

Di dalam SPA divestasi saham PTFI yang ditandatangani pada 25 September 2018 ini terdapat beberapa pihak didalamnya, yaitu Freeport-Mc Morran Gold and Copper Inc., PT Rio Tinto, Indocopper Investama, dan PT Asahan Alumunium (Persero) selaku *holding company*<sup>61</sup> BUMN tambang di Indonesia. Secara rinci, SPA diatas berisi:<sup>62</sup>

1. PT INALUM membeli 40% ( empat puluh persen ) hak partisipasi / *participating interest* milik PT Rio Tinto didalam PTFI seharga US\$ 3,5 Milyar;
2. PT INALUM membeli keseluruhan saham milik FCX didalam PT Indocopper Investama seharga US\$ 350 Juta, yang mana Indocopper Investama mempunyai 9.36% (sembilan koma tiga puluh enam persen) kepemilikan saham di PTFI.

Sehingga total uang yang harus dibayar oleh PT INALUM ( Persero ) adalah sebesar US\$ 3,85 Milyar.

Kemudian, setelah SPA selesai ditandatangani dan dilaksanakan oleh semua pihak, kita memasuki kepada perjanjian berikutnya yaitu *Exchange Agreement* atau Perjanjian Pengkonversian. Yang dikonversikan atau diubah yang dimaksud dalam perjanjian ini adalah saham yang dimiliki masing-masing pihak. Dalam kasus divestasi saham PTFI ini, *Exchange Agreement* berisi:<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Hingga saat ini, terdapat 4 ( empat ) macam *holding company* yang dibuat oleh Kementerian BUMN di Indonesia, yaitu PT INALUM sebagai HC Tambang, PTPN III sebagai HC Perkebunan, PT Semen Indonesia sebagai HC Semen, dan PT Pupuk Indonesia sebagai HC Pupuk. Sebagai *holding company* tambang, PT INALUM membawahi PT Aneka Tambang ( ANTAM ), PT Bukit Asam Tbk., dan PT Timah Tbk. Singgih Soares, 'Inalum Named Holding Company for Mining SOEs', (*tempo.co*, 2016) <<https://en.tempo.co/read/749843/inalum-named-holding-company-for-mining-soes>> accessed 31 Oktober 2018

<sup>62</sup> Kementerian Keuangan RI, 'PT INALUM Jadi Pemegang Saham Mayoritas Divestasi Saham Freeport Indonesia' (*kemenkeu.go.id*, 2018) <<https://www.kemenkeu.go.id/publikasi/berita/pt-inalum-jadi-pemegang-saham-mayoritas-divestasi-saham-freeport-indonesia/>> accessed 31 Oktober 2018

<sup>63</sup> Michael Agustinus, 'Resmi, 51 Persen Saham Freeport dikuasai Inalum', (*kumparan.com*, 2018) <<https://kumparan.com/@kumparanbisnis/inalum-tak-ada-utang-dari-bank-china-untuk-ca-plok-freeport-1538132872498413908>> accessed 31 Oktober 2018



1. Sebesar 40% (empat puluh persen) *participating interest* atau hak partisipasi yang telah dibeli dari PT Rio Tinto dikonversi menjadi 40% (empat puluh persen) saham yang dimiliki PT INALUM (Persero) dalam PT Freeport Indonesia;
2. Saham awal yang dimiliki PT INALUM (Persero) sebesar 9.36% (sembilan koma tiga puluh enam persen) dikonversi menjadi 5.4% (lima koma empat persen) saham Pemerintah Indonesia melalui PT INALUM (Persero) tersebut;
3. Saham awal yang dimiliki PT Indocopper Investama sebesar 9.36% (sembilan koma tiga puluh enam persen) dikonversi menjadi 5.4% (lima koma empat persen), dengan rincian yang awalnya PT Indocopper Investama dimiliki oleh FCX, kini menjadi milik PT INALUM (Persero).

Sehingga total saham yang dimiliki Peserta Indonesia adalah sebesar 51% (lima puluh satu persen).

Tidak berhenti sampai disitu, kesepakatan terakhir yang juga ditandatangani adalah *Shareholder Agreement* (SHA)<sup>64</sup> atau Perjanjian Kepemilikan Saham.<sup>65</sup> Pada prakteknya SHA ini biasanya berisi kewajiban yang setara, mendapatkan keuntungan yang sama, perlindungan, dan serta hak-hak antara para pemegang saham yang biasanya belum diatur dalam AD/ART perusahaan. Dalam SHA ini terdapat beberapa poin yang disepakati para pemegang saham baru PTFI terkait hak dan kewajiban masing-masing pihak dalam rangka jalannya perusahaan sehari-hari. Poin-poin dalam SHA yang telah disepakati antara lain:<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> A shareholders' agreement is an agreement entered into between all or some of the shareholders in a company. It regulates the relationship between the shareholders, the management of the company, ownership of the shares and the protection of the shareholders. They also govern the way in which the company is run. Stephenson's, 'Shareholder's Agreement' (*Stephenson's Solicitors*), [1].

<sup>65</sup> SHA / Perjanjian kepemilikan Saham bisa diartikan sebagai perjanjian antar para pemegang saham untuk menentukan hak dan kewajibannya pada perseroan. Selain itu, isi SHA tidak terbatas pada struktur komposisi permodalan, susunan Direksi dan Komisaris, hubungan internal perseroan, tata kelola perseroan, dan perlindungan terhadap pemegang saham minoritas, dan lain sebagainya. SHA juga bisa mengatur secara rinci hubungan antar para pemegang saham yang mungkin saja tidak diakomodir oleh anggaran dasar perseroan. Secara substansi dan materi, SHA dapat dipersamakan dengan *Joint Venture Agreement* (JVA), yang mana secara garis besar mengatur hal-hal yang disepakati oleh pemilik modal asing dan pemilik modal nasional, termasuk penyelesaian sengketa diantara mereka. Agus Riyanto, "Shareholders Agreement/SHA", (*binus.ac.id*, 2016) <<http://business-law.binus.ac.id/2016/11/15/shareholders-agreement-sha/>> accessed 1 Nopember 2018)

<sup>66</sup> Michael Agustinus, *Loc. Cit.*

1. Mengatur aturan terkait pengambilan keputusan secara *voting*;
2. Mengatur bagaimana tentang Perjanjian Investasi;
3. Kewajiban PT INALUM terkait investasi jangka panjang;
4. Pembagian posisi Direksi;<sup>67</sup> dll.

### Kesimpulan

*Heads of Agreement* atau Pokok–Pokok Perjanjian baru pertama kali digunakan dalam praktek bisnis di Indonesia melalui Divestasi Saham PTFI ini. Oleh karena itu Perjanjian Pra-Kontrak jenis HOA juga pertama kali dikenal dalam Hukum Perjanjian atau Hukum Kontrak Indonesia, sehingga belum ada dasar yuridis sebagai regulasi atas perjanjian pra-kontrak tersebut. Perjanjian pra-kontrak jenis lain yang telah dikenal, diatur, dan banyak digunakan oleh praktek bisnis di Indonesia adalah MOU (*Memorandum of Understanding*). Namun HOA dan MOU adalah dua jenis yang berbeda walaupun tergolong dalam jenis yang sama yaitu Perjanjian Pra-Kontrak. HOA memiliki karakteristik yang berbeda dengan MOU. Jika MOU atau Nota Kesepahaman seringkali digunakan sebagai *rules* atau aturan dalam menjalankan negosiasi bisnis dan/atau bisnis yang akan didirikan ( *code of conduct* ), maka HOA berisi bagian-bagian atas kesepakatan-kesepakatan yang telah disepakati dalam menjalankan bisnis tersebut ( *partial agreement* ), yang nantinya berpotensi besar akan dicantumkan juga dalam kontrak utama/*main contract*.

### Daftar Bacaan

#### Buku

Emma Cafferky and Sharon McCaffrey, *Heads of Agreement* (Eugene F Collins 2015).

Giuditta Corderro Moss, *The Function of Letters of Intent and their Recognition in Modern Legal System* (Sellier European Law Publishers 2007).

Nigel Blackaby, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press 2009).

---

<sup>67</sup> Sebagai informasi, salah satu posisi direksi yang didapatkan oleh FCX adalah jabatan Direktur Operasi.

KPPU Republik Indonesia, *Analisis KPPU Terhadap Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 Tentang Pertambangan Mineral Dan Batubara* ( KPPU 2010).

Lake R. dan Draetta U., *Letters of Intent and Other Precontractual Documents* (English Publisher 1994).

M. Furmston,[*et.,al.*], *Contract Formation and Letters of Intent* (Chichester 1998).

Paula Giliker, *A Role for Tort in Pre-Contractual Negotiations? An Examination of English, French, and Canadian Law* (Int'l & Comp Publisher 2003).

Reiner Schulze, *New Features in Contract Law* (Sellier European Law Publishers, Germany 2007).

Stephensons, 'Shareholder's Agreement' (*Stephensons Solicitors* 2016).

Thoel, *Handelsrecht*, (Goettingen 1854).

UNCTAD, *Expropriation*, (United Nations Publication, 2012).

\_\_\_\_\_, *Fair and Equitable Treatment* (United Nations Publication, 2012).

W. Kru"ger, *Mu"nchener Kommentar zum Bu"rgerlichen Gesetzbuch*, 2003).

## **Jurnal**

Stefanos MOUzas dan Michael Furmston, 'From Contract to Umbrella Agreement', (2018). 67 Cambridge Law Journal.

Alan Schwartz dan Robert Scott, 'Precontractual Liability and Preliminary Agreements' (2007) 120-3 Harvard Law Journal.

## **Laman**

US Legal Definitions, 'Sanctity of Contract Law and Legal Definition', (*definitions.uslegal.com*)<<https://definitions.uslegal.com/s/sanctity-of-contract/>> accessed 23 Agustus 2018

Pebrianto Eko Wicaksono, 'Beredar Surat Bos Freeport ke Sri Mulyani, Ini Isinya', (*liputan6.com*,2017)<<https://www.liputan6.com/bisnis/read/3112508/beredar-surat-bos-freeport-ke-sri-mulyani-ini-isinya>>accessed 29 September 2018

BKPM RI, 'Taxation in Investment Procedures', (*bkpm.go.id*, 2016)<<https://www.bkpm.go.id/images/uploads/printing/FAQ.compressed.pdf>>accessed 24 Mei

2018.

Bill Henry, 'Heads of Agreement: What are they and are they binding?' (*turtons.com*, 2017) <<https://www.turtons.com/blog/heads-of-agreement-what-are-they-when-are-they-used-and-are-they-binding>> accessed 20 Agustus 2018.

Cambridge Business English Dictionary, 'Heads of Agreement in Business English', (*cambridge.org*) <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/heads-of-agreement>> accessed 1 Agustus 2018.

Will Kenton, 'What is a 'Heads of Agreement'', (*investopedia.com*, 2018) <<https://www.investopedia.com/terms/h/headsofagreement.asp>> accessed 1 Agustus 2018.

Gavin Hanrahan, 'What is a Heads of Agreement and are the legally binding?', (*turnbullhill.com.au*, 2015) <<https://www.turnbullhill.com.au/articles/what-is-a-heads-of-agreement-and-are-they-legally-binding/>> accessed 7 Agustus 2018.

Bimo Prasetyo dan Asharyanto, 'Perbedaan antara Perjanjian dengan MOU', (*hukumonline.com*, 2013) <<https://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt514689463d4b2/perbedaan-antara-perjanjian-dengan-MOU>> accessed 11 September 2018.

Richard Mullet, 'You know you need a Heads of Terms Agreements when...?', (*thelegalpartners.com*, 2013) <<http://www.thelegalpartners.com/heads-terms-agreement-legal-advice-cfos/>> accessed 17 Agustus 2018.

Donnie Harris, 'Heads of Agreement', (*dhlaw.com.au*, 2015) <<https://www.dhlaw.com.au/heads-agreement/>> accessed 10 September 2018.

Kementerian Keuangan RI, 'Penandatanganan Pokok-Pokok Perjanjian Divestasi Saham PT Freeport Indonesia' (*kemenkeu.go.id*, 2018) <<https://www.kemenkeu.go.id/publikasi/siaran-pers/penandatanganan-pokok-pokok-perjanjian-divestasi-saham-pt-freeport-indonesia/>> accessed 17 Oktober 2018.

Andri Donnal Putera, 'Pemerintah RI Kuasai 51 Persen Saham Freeport Indonesia' (*msn.com*, 2018) <<https://www.msn.com/id-id/berita/nasional/sah-pemerintah-ri-kuasai-51-persen-saham-freeport-indonesia/ar-BBNC6E1?li=AAenITI%3FOCID>> accessed 25 Oktober 2018.

Presiden RI, 'Divestasi Freeport, Bukti Kedaulatan Tambang Kembali ke Ibu Pertiwi' (*presidenri.go.id*, 2018) <<http://presidenri.go.id/info-kementrian->

lembaga/divestasi-freeport-bukti-kedaulatan-tambang-kembali-ke-ibu-pertiwi.html> accessed 24 Oktober 2018.

Cambridge Business English Dictionary, 'Definition of Sale and Purchase Agreement' (*cambridge.org*)<<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/sale-and-purchase-agreement>> accessed 25 Oktober 2018

Singgih Soares, 'Inalum Named Holding Company for Mining SOEs', (*tempo.co*, 2016)<<https://en.tempo.co/read/749843/inalum-named-holding-company-for-mining-soes>> accessed 31 Oktober 2018.

Kementrian Keuangan RI, 'PT INALUM Jadi Pemegang Saham Mayoritas Divestasi Saham Freeport Indonesia' (*kemenkeu.go.id*, 2018)<<https://www.kemenkeu.go.id/publikasi/berita/pt-inalum-jadi-pemegang-saham-mayoritas-divestasi-saham-freeport-indonesia/>> accessed 31 Oktober 2018.

Michael Agustinus, 'Resmi, 51 Persen Saham Freeport dikuasai Inalum', (*kumparan.com*, 2018)<<https://kumparan.com/@kumparanbisnis/inalum-tak-ada-utang-dari-bank-china-untuk-caplok-freeport-1538132872498413908>> accessed 31 Oktober 2018.

### **Perundang-undangan**

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (Lembaran Negara Tahun 2009 Nomor 4, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4959).

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan (Lembaran Negara Tahun 1967 Nomor 22).

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (Lembaran Negara Tahun 2011 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5234).

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (Lembaran Negara Tahun 2009 Nomor 4, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4959).

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2012 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Barubara ( Lembaran Negara Tahun 2012 Nomor 45, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5282).

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2014 tentang Perubahan

Kedua atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Barubara ( Lembaran Negara Tahun 2014 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5489 ).

**Putusan Pengadilan/Yurisprudensi**

Booker Industries Pty. Ltd. v. Wilson parking (Qld) Pty. Ltd. Year 1982.

Coal Cliff Collieries Pty. Ltd. v. Sijemaha Pty. Ltd. Year 1991.

Gorodensky v. Mitsubishi Pulp Sales Inc. Year 2000.

PFT Roberson v. Volvo Trucks North America, Inc. Year 2005.

**HOW TO CITE:** Reza Septa Yuwono, 'Heads of Agreement (HOA) sebagai Salah Satu Perjanjian Pra-Kontrak (Pre-Contractual Agreement) Di Indonesia' (2019) Vol. 2 No. 2 Jurist-Diction.