

Jurist-Diction

Volume 2 No. 3, Mei 2019

Histori artikel: Submit 18 April 2019; Diterima 23 April 2019; Diterbitkan online 1 Mei 2019.

Karakteristik *Head Of Agreement* Menurut Hukum Kontrak Indonesia

Cicik Nur Hayati
cicikhayati@gmail.com
Universitas Airlangga

Abstract

Negotiation is one of the keys to success in building contractual relationships. In general, the contractual relations carried out by the parties began with negotiations on the subject matter being promised. The principal arrangement that was agreed by the parties, should be included to Head of Agreement which is one of the types of preliminary agreements. Making a Head of Agreement to initiate a complex type of contract, the realization requires a long time, and large costs. The emergence of the Head of Agreement is based on the existence of the freedom of contract principle. Head of Agreement or other preliminary agreements are introduced from contract forms that apply in common law system. It is important to compare between common law system and civil law system because there are differences in good faith. Good faith in common law system is only emphasized in implementing contracts. While good faith in civil law system must be included in the three stages of the contract, i.e. pre-contractual, contract closure, and post-contract implementation. The absence of good faith and sudden withdrawing from the Head of Agreement could result in one party experiencing a loss, can be classified as onrechtmatige daad and the loss party has the right to get the compensation for the costs he loss, including losing the opportunity to negotiate with the third party (negative interest).

Keywords: *Head of Agreement; Binding Power; Liability; Pre-Contractual.*

Abstrak

Negosiasi merupakan salah satu kunci keberhasilan dalam membangun hubungan kontraktual. Pada umumnya hubungan kontraktual yang dilakukan para pihak diawali dengan adanya negosiasi tentang pokok yang diperjanjikan. Rumusan pokok yang diperjanjikan tersebut kemudian dituangkan ke dalam Head of Agreement yang merupakan salah satu jenis perjanjian pendahuluan. Pembuatan Head of Agreement untuk mengawali jenis kontrak yang kompleks, realisasinya memerlukan waktu yang lama, dan biaya yang besar. Munculnya Head of Agreement dilatarbelakangi adanya prinsip kebebasan berkontrak. Istilah Head of Agreement atau perjanjian pendahuluan lainnya diintrodusir dari bentuk-bentuk kontrak yang berlaku di negara common law. Penting dilakukan perbandingan di antara negara common law dan civil law karena terdapat perbedaan mengenai itikad baik. Itikad baik dalam negara common law hanya ditekankan pada pelaksanaan kontrak. Sedangkan itikad baik dalam negara civil law harus disertakan dalam ketiga tahapan kontrak yaitu pra kontraktual, penutupan kontrak, dan pasca (pelaksanaan) kontrak. Ketidadaan itikad baik dan penarikan diri secara tiba – tiba dari Head of Agreement sehingga mengakibatkan salah satu pihak mengalami kerugian, dapat diklasifikasikan sebagai perbuatan melanggar hukum dan pihak yang dirugikan tersebut berhak atas kompensasi biaya – biaya yang telah ia keluarkan, termasuk kehilangan kesempatan bernegosiasi dengan pihak ketiga (negative interest).

Kata Kunci: Head of Agreement; Kekuatan Mengikat; Tanggung Gugat; Pra Kontraktual.

Pendahuluan

Perkembangan ekonomi global saat ini mengakibatkan banyak pelaku usaha asing melakukan investasi di Indonesia, investasi diartikan sebagai suatu pengeluaran untuk memperoleh kekayaan atau aset lainnya untuk menghasilkan pendapatan atau perolehan aset.¹ Seiring dengan investor asing yang masuk ke Indonesia maka banyak pula masuknya berbagai macam jenis kontrak guna mendukung terselenggaranya kegiatan investasi tersebut. Definisi kontrak dikemukakan oleh para ahli yaitu Yohanes Sogar Simamora yang menyatakan bahwa istilah kontrak berasal dari kata “*contract*” dalam bahasa Inggris dan “*overeenkomst*” dalam bahasa Belanda. Istilah *overeenkomst* dan *contract* di dalam BW menunjuk pada pengertian yang sama, hal ini secara jelas dapat disimak dari judul Buku III titel Kedua Tentang “Perikatan-Perikatan yang Lahir dari Kontrak atau Perjanjian” yang dalam bahasa aslinya (bahasa Belanda), yaitu: “*van verbintenissen die uit contract of overeenkomst geboren wordern*”.² Dalam bahasa Indonesia istilah kontrak sama pengertiannya dengan perjanjian. Namun istilah kontrak lebih mengacu atau menunjukkan pada nuansa bisnis atau komersial dalam hubungan hukum yang dibentuk. Menurut Pasal 1313 *Burgelijk Wetboek* (selanjutnya akan disingkat menjadi BW):

“Perjanjian adalah perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Dari peristiwa ini, timbullah suatu hubungan hukum antara dua orang atau lebih yang disebut Perikatan yang di dalamnya terdapat hak dan kewajiban masing-masing pihak”.

Adanya asas umum perjanjian “*freedom of contract*” (kebebasan berkontrak) memberikan kebebasan pada para pihak untuk membuat kontrak sesuai keinginan para pihak itu sendiri. Berkaitan dengan hal tersebut, Subekti mengatakan bahwa asas kebebasan berkontrak pada dasarnya membolehkan membuat perjanjian atau kontrak yang berisi dan macam apapun asalkan tidak bertentangan dengan undang-undang,

¹ Rachmi Jened, *Teori dan Kebijakan Hukum Investasi Langsung (Direct Investment)*, (Kencana 2016).[1].

² Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial* (Laksbang Mediatama 2013).[13].

kesusilaan, dan ketertiban umum.³ Untuk mengantisipasi lamanya pembuatan suatu perjanjian, sebelum menandatangani perjanjian biasanya para pihak didahului dengan membuat sebuah kesepakatan terlebih dahulu antara para pihak, salah satu jenis perjanjian pendahuluan adalah *Head of Agreement*. Hal yang menjadi perdebatan adalah *Head of Agreement* yang dibuat di Indonesia apakah hanya sebagai perjanjian pendahuluan ataukah memang sebagai suatu kontrak. Mengingat bahwa negara Indonesia menganut sistem *civil law*, dalam sebuah transaksi dapat segera dibuat perumusan kehendak para pihak dalam sebuah perjanjian karena menggunakan pola-pola dogmatis. Dalam sistem *civil law*, suatu hal yang tidak diatur dalam perjanjian, akan mengacu pada ketentuan perundang-undangan yang lebih tinggi. Hal ini berbeda halnya dengan sistem *common law* di mana dalam sebuah perjanjian harus telah diatur secara terperinci segala sesuatu termasuk segala kemungkinan yang akan terjadi akibat dari ditandatanganinya sebuah perjanjian.⁴ *Head of Agreement* dibuat dalam proses negosiasi maka akan timbul pertanyaan mengenai kekuatan mengikat dari *Head of Agreement* ini, apakah kesepakatan dalam *Head of Agreement* telah menimbulkan hak dan kewajiban diantara para pihak sehingga bila terjadi pengingkaran akan memberikan hak gugat pada pihak yang dirugikan. Apakah pengingkaran dalam *Head of Agreement* dapat dikatakan sebagai wanprestasi atau tidak. Setelah melihat apakah ada kewajiban yang mengikat atau tidak dalam *Head of Agreement* maka akan dapat menentukan penyelesaian sengketa yang tepat apabila terjadi pengingkaran terhadap pelaksanaan *Head of Agreement* oleh para pihak.

Metode Penelitian

Penelitian ini menggunakan tipe *doctrinal research* bertujuan untuk memberikan preskripsi mengenai apa yang seyogyanya dilakukan.⁵ Adapun

³ Subekti, *Hukum Perjanjian* (Intermasa 2001).[13].

⁴ Ari Wahyudi Hertanto dan Dewi Lestari, 'Memorandum Of Understanding Dan Letter Of Intent Aplikasi Dan Kontroversinya Dalam Praktek Hukum Bisnis Nasional', (2007) 37 Jurnal Hukum dan Pembangunan.[222].

⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi* (Prenada Media Group 2013). [69].

pendekatan yang dilakukan dalam penelitian adalah pendekatan Undang-Undang (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan komparatif (*comparative approach*).

Pengertian dan Alasan Pembuatan *Head of Agreement*

Menurut investopedia, *Head of Agreement* adalah:

*Heads of agreement is a non-binding document that outlines the basic terms of a tentative partnership agreement or transaction. Also known as “heads of terms,” or “letter of intent,” a heads of agreement represents the first step on the path to a full legally binding agreement or contract and a guideline for the roles and responsibilities of the parties involved in a potential partnership before any binding documents are drawn up. Such a document is commonly used in commercial transactions, such as the purchase of a business.*⁶

Jenis perjanjian ini dikenal dengan istilah *preliminary agreement*⁷ dan lazim digunakan di negara yang menganut *common law system* seperti Australia, New Zealand and the United Kingdom. Perjanjian pendahuluan lazim digunakan untuk mengawali jenis perjanjian yang kompleks dan realisasinya memerlukan waktu yang lama untuk menyiapkannya, hal ini dikarenakan karena belum adanya kepastian mengenai biaya atau karena belum ada persetujuan dari Pemerintah.⁸ *Head of Agreement* sebagai isyarat niat baik dan sebagai janji untuk melanjutkan ke penjualan sehingga *Head of Agreement* secara eksplisit menyatakan apakah para pihak berniat untuk terikat dan tunduk pada kontrak.⁹

Pembuatan *Head of Agreement* memiliki kelebihan dan kekurangan.¹⁰

Kelebihannya antara lain:

- a. Mengkonfirmasi komitmen para pihak;
- b. Membantu fokus negosiasi;

⁶ Will Kenton, 'Head of Agreement' (Investopedia 2018) <<https://www.investopedia.com/terms/h/headsofagreement.asp>> accessed 11 Oktober 2018.

⁷ Yohanes Sogar Simamora, *Hukum Perjanjian Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah* (Laksbang Pressindo 2009). [227].

⁸ William F. Fox, Jr. *International Commercial Agreement (A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes)*, (Kluwer 1992). [127].

⁹ Priscilla, 'When is a Heads of Agreement legally enforceable?', (Legal Vision, 2014) <<https://legalvision.com.au/heads-agreement-legally-enforceable/>> accessed 20 Oktober 2018.

¹⁰ Eugene F. Collins, 'Head of Agreement' (EFC, 2015) <http://www.efc.ie/images/uploads/Heads_of_Agreement_Nov_2015_edit07122015.pdf>, accessed 20 Oktober 2018.

- c. Membantu pihak-pihak untuk menginstruksikan kepada penasihat mereka untuk mengajukan pertanyaan yang tepat dan mungkin menyoroti masalah yang sebelumnya tidak dianggap oleh para pihak;
- d. Membantu memberikan kesepakatan kepada pihak yang tidak terlibat langsung dalam negosiasi seperti dewan direksi atau pemberi pinjaman;
- e. Memberi kesempatan untuk memperkenalkan komitmen mengikat.

Adapun kekurangan dari *Head of Agreement* antara lain:¹¹

- a. Waktu yang diambil untuk menyetujui *Head of Agreement* dapat menjadi tidak proporsional untuk setiap manfaat;
- b. Dapat membatasi fleksibilitas dalam negosiasi selanjutnya karena posisi pihak dalam negosiasi dapat dilemahkan jika berusaha untuk keluar dari persyaratan yang disepakati;
- c. Dapat berakhir sebelum kesepakatan akhir dijalankan dan jika hal ini tidak dipenuhi, kekosongan kontraktual dapat timbul dimana pekerjaan para pihak tidak tercakup dalam yang kesepakatan.

Ruang Lingkup *Head of Agreement*

Head of Agreement merupakan perjanjian pendahuluan. Perjanjian pendahuluan (*pactum de contrahendo*) merupakan perjanjian yang digunakan sebagai pendahuluan untuk mengadakan perjanjian lain yang lebih pasti.¹² Jenis perjanjian ini biasanya dibuat oleh para pihak setelah dilakukannya negosiasi tetapi belum sampai pada momen penutupan kontrak. Jenis perjanjian pendahuluan tidak diatur secara spesifik di dalam *Burgelijk Wetboek* (selanjutnya disingkat BW) namun landasan yang digunakan dalam praktik penggunaan perjanjian pendahuluan bertumpu pada prinsip kebebasan berkontrak sebagaimana dalam Pasal 1338 (1) BW. Dalam kaitannya dengan tahapan kontrak yang terdiri dari 3 tahap yaitu pra kontraktual, kontrak, dan pasca kontraktual maka *Head of Agreement* dapat dimasukkan sebagai perjanjian pra kontraktual karena bersifat membuka jalan untuk kontrak yang sebenarnya. Pra kontraktual adalah tahap

¹¹ *ibid.*

¹² Yohanes Sogar Simamora, *Buku Ajar Teknik Perancangan Kontrak* (Fakultas Hukum Universitas Airlangga 2006).[30].

dimana para pihak memutuskan apakah mereka akan masuk dalam kontrak atau tidak, tahap ini ditandai dengan adanya negosiasi.¹³ Hubungan pra kontraktual merupakan suatu hubungan hukum yang dikuasai itikad baik (*Van een rechtsverhouding die door de goede trouw beheers wordt*).¹⁴ Terdapat kewajiban yang harus dilaksanakan dalam tahap pra kontraktual yang diatur dalam Pasal 6.248 *Nieuw Burgelijk Wetboek* (selanjutnya disingkat NBW) yaitu itikad baik. Para pihak ditekankan bahwa mereka tidak dapat menarik diri dalam melakukan negosiasi apabila telah mencapai tahap-tahap tertentu dalam melakukan hubungan negosiasi. Perjanjian pendahuluan termasuk *Head of Agreement* pada khususnya dapat dikategorikan sebagai *gentleman's agreement*. Hal ini mengartikan bahwa perjanjian pendahuluan belum menimbulkan perikatan karena tidak adanya hak dan kewajiban yang dibebankan kepada masing-masing pihak. Apa yang tertuang dalam *head of agreement* yang termasuk ke dalam kategori perjanjian pendahuluan pada prinsipnya merupakan kemauan kontrak yang negatif (*negative contractual intention*).¹⁵ Tidak menutup kemungkinan substansi yang termuat dalam *head of agreement* dapat dinilai sebagai kontrak yang mengikat apabila substansi yang termuat di dalamnya menunjukkan adanya niat para pihak untuk terikat yang ditandai dengan perumusan yang spesifik tentang janji yang dipertukarkan¹⁶ sehingga melahirkan hak dan kewajiban para pihak.

Asas-Asas Pokok *Head of Agreement*

Menurut Peter Mahmud Marzuki, aturan-aturan hukum yang menguasai kontrak sebenarnya penjelmaan dari dasar-dasar filosofis yang terdapat pada asas-asas hukum secara umum.¹⁷ Terdapat empat asas yang dianggap sebagai saka guru hukum kontrak dari berbagai asas hukum yang terdapat dalam hukum kontrak,

¹³ Erni Agustin, *Business Law: The Duty of Good Faith and Pre-Contractual Liability (A Comparative Study)* (Pusat Penerbitan dan Percetakan Unair 2013).[43].

¹⁴ Ridwan Khairandy, *Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak* (Fakultas Hukum Universitas Indonesia 2003).[252].

¹⁵ Y. Sogar Simamora.*Op.Cit.*[231].

¹⁶ *ibid.*

¹⁷ Agus Yudha Hernoko.*Op.Cit.* [88].

termasuk di dalam *Head of Agreement* yaitu:¹⁸

1. Asas Kebebasan Berkontrak

Definisi kebebasan berkontrak ini tersirat pada Pasal 1338 ayat (1) BW. Subekti mengatakan bahwa menyimpulkan asas kebebasan berkontrak adalah dengan cara menekankan pada perkataan “semua” yang ada di muka perkataan “perjanjian”.¹⁹ *Head of Agreement* merupakan bentuk kebebasan para pihak dalam menentukan bentuk perjanjian dan isi perjanjian yang mereka kehendaki.

2. Asas Konsensualisme

Asas konsensualisme dapat dijumpai dari ketentuan dalam Pasal 1320 BW. Makna asas ini adalah setiap perjanjian hanya terbentuk jika antara para pihak terdapat consensus atau kesepakatan. *Head of Agreement* dibuat setelah adanya negosiasi para pihak, dimana terdapat kesepakatan untuk membuat perjanjian (*agreed to agree* atau *the contract to enter into the contract*).

3. Asas *Pacta Sunt Servanda*

Semua perjanjian yang dibuat oleh para pihak secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya sebagaimana dalam Pasal 1338 ayat (1) BW. Hanya perjanjian yang benar-benar timbul secara sah (*wettiglijk gemaakt*) yang mempunyai kekuatan mengikat, yaitu perjanjian-perjanjian yang causanya diperbolehkan dan tidak mengandung cacat kehendak.

4. Asas Itikad Baik

Asas itikad baik tertuang dalam Pasal 1338 (3) BW yang menyatakan adanya keharusan bagi para pihak untuk melaksanakan kontrak dengan itikad baik. Dalam *Head of Agreement* para pihak mempunyai kewajiban beritikad baik, yaitu kewajiban untuk memeriksa (*onderzoekplicht*) dan kewajiban untuk memberitahukan (*medelingsplicht*).

Keabsahan *Head of Agreement*

Keabsahan *Head of Agreement* dapat ditinjau dari empat syarat sah perjanjian

¹⁸ *ibid.*[92].

¹⁹ Subekti, *Aneka Perjanjian* (Intermasa 1995).[36].

yang disebutkan dalam Pasal 1320 BW yaitu:

1. Kesepakatan;

Penawaran dan penerimaan adalah wujud dari niat para pihak. Penawaran mencakup unsur *esensialia*.²⁰ Pada umumnya, kesepakatan dalam *Head of Agreement* dinyatakan secara tegas dengan menyatakan seperti “*para pihak berniat untuk...*”. *Head of agreement* yang dibuat dalam divestasi saham PT Freeport Indonesia memuat antara lain:²¹

- a) Inalum (PT Indonesia Asahan Aluminium), an Indonesian SOE, and Provincial/Local Government to acquire:
 - Rio Tinto JV interest for \$3.5 billion cash
 - PT Indocopper Investama (PT-II) shares owned by FCX for \$350 million cash
- b) Inalum to contribute JV interest to PT Freeport Indonesia (PT-FI) in exchange for 40% of PT-FI
 - Subject to agreement between shareholders to replicate Rio Tinto JV economics through 2022
- c) Rio Tinto will forego in favor of Freeport-McMoran (FCX) cash received from JV from January 2018 through closing
- d) Government of Indonesia (GoI) to grant extension of PT-FI’s operations through 2041 with legal and fiscal certainty
- e) PT-FI with FCX and Inalum as shareholder to construct smelter within five years of extension
- f) Freeport to provide continuity in management of PT-FI’s operations
- g) Subject to negotiation and documentation of definitive agreement and FCX board approval

Dari *head of agreement* telah disepakati mengenai harga dan besaran saham, hal ini menunjukkan bahwa unsur *esensialia* dari perjanjian jual beli yang akan dibuat telah ada namun unsur *esensialia* dalam *head of agreement* bukanlah sebuah kesepakatan akhir karena hanya menjadi fokus negosiasi lanjutan dan studi kelayakan dalam tahap pra kontraktual. Hal ini ditunjukkan dengan *sales and purchase agreement* yang ditandatangani pada tanggal 27 September 2018 sebagai lanjutan *head of agreement* dimana besaran harga yang disepakati

²⁰ Agus Yudha Hernoko. *Op.Cit.*[162].

²¹ Conference Call on PT Freeport Indonesia Divestment & New Partnership with PT Inalum *Establishes Path Forward to Long-Term Stability in Indonesia*, 12 Juli 2018.

sebagai kesepakatan akhir berubah menjadi \$3.85 billion.²²

Penerimaan dan penawaran yang ada dalam *head of agreement* adalah berupa pokok-pokok bahasan. Sepakat dalam *head of agreement* adalah kesepakatan untuk membuat perjanjian (*agreed to agree* atau *the contract to enter into the contract*).

2. Kecakapan;

Dalam *Head of Agreement* yang dibuat oleh para pihak, kedua pihak merupakan subyek hukum yang cakap untuk membuat suatu perjanjian yang dapat berupa perorangan dan/atau badan hukum.

3. Suatu hal tertentu;

Suatu hal tertentu adalah prestasi yang menjadi pokok perjanjian yang bersangkutan.²³ Pernyataan-pernyataan yang tidak dapat ditentukan luas kewajiban dan sifat adalah tidak mengikat.²⁴ Mengacu pada *head of agreement* yang tidak menentukan hak dan kewajiban para pihak maka bersifat tidak mengikat. Terkait hal atau obyek tertentu sebagai syarat sah perjanjian ini dapat merujuk dari substansi Pasal 1332, 1333 dan 1334 BW.

4. Causa yang diperbolehkan.

Dalam Pasal 1335 BW disebutkan bahwa suatu perjanjian tanpa sebab atau yang telah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan. Sebab yang dilarang menurut pasal 1337 BW yaitu apabila dilarang oleh undang-undang atau bertentangan dengan kesusilaan atau ketertiban umum.

Klausula Pokok *Head of Agreement*

Head of Agreement memuat janji-janji atau komitmen-komitmen yang telah disepakati oleh para pihak. Unsur-unsur yang terdapat dalam *Head of Agreement*

²² Andri Donnal Putera, 'Kuasai 51 Persen Saham Freeport, Inalum Bayar Rp 57 Triliun secara Tunai', (Kompas 2018) <<https://ekonomi.kompas.com/>> accessed 25 Januari 2019.

²³ Agus Yudha Hernoko. *Op.Cit.*[191].

²⁴ *ibid.*

seperti halnya kontrak lainnya antara lain:

1. Bagian pembuka:²⁵

Waktu dan tempat *Head of Agreement* dibuat, Komparisi (identitas para pihak), Recitals (latar belakang atas suatu keadaan)

2. Ketentuan-ketentuan pokok perjanjian;

Klausula transaksional berisi tentang hal-hal yang disepakati oleh para pihak tentang obyek perjanjian serta tata cara pemenuhan prestasi dan kontra prestasi oleh masing masing pihak yang menjadi kewajibannya.²⁶ Dalam *Head of Agreement*, klausula ini memang diikutsertakan dalam substansi namun tidak dijelaskan mengenai rinci terkait tata cara pemenuhan prestasi dan kontra prestasi tersebut karena rinciannya akan diatur dalam kontrak.

Klausula spesifik, berisi tentang hal-hal khusus sesuai dengan karakteristik jenis perjanjian.²⁷ Dalam *Head of Agreement* pada umumnya klausula spesifik ini menerangkan mengenai kekuatan mengikat *Head of Agreement* yang telah disepakati oleh para pihak, apakah para pihak menyepakati untuk *Head of Agreement* mengikat atau tidak. Telah diketahui bahwa *Head of Agreement* merupakan perjanjian pendahuluan yang bersifat tidak mengikat secara hukum maka klausula yang menjadikan *Head of Agreement* sebagai dokumen yang mengikat menimbulkan suatu pertentangan. Namun dengan adanya asas kebebasan berkontrak, para pihak dapat memberikan persetujuan pada setiap isi atau substansi yang dikehendaki dan kesepakatan yang timbul antara para pihak adalah bersifat mengikat sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) BW. Klausula antisipatif, berisi tentang hal-hal yang menyangkut kemungkinan-kemungkinan yang akan terjadi selama berlangsungnya perjanjian.

3. Ketentuan-ketentuan penunjang;

Condition presedent (klausula yang memuat tentang syarat yang harus dipenuhi

²⁵ Hasanudin Rahman, *Contract Drafting Seri Keterampilan Merancang Kontrak* (Citra Aditya Bakti 2003).[23].

²⁶ *ibid.*[103].

²⁷ *ibid.*

terlebih dahulu), *Affirmatif convenants* (klausula yang memuat tentang janji-janji para pihak untuk melakukan hal-hal tertentu), *Negative convenants* (klausula yang memuat tentang janji-janji para pihak untuk tidak melakukan hal-hal tertentu).

4. Bagian penutup

Bagian penutup dalam *Head of Agreement* meliputi penempatan tanda tangan bagi para pihak.

Tanggung Gugat Para Pihak dalam *Head of Agreement*

Head of agreement terletak pada proses setelahnya negosiasi dan tawar-menawar sebelum memasuki negosiasi lanjutan untuk masuk ke dalam kontrak. Dalam tahap pra kontraktual, para pihak bebas menentukan apakah akan masuk ke dalam hubungan kontraktual atau tidak. Namun dalam tahap ini, kebebasan berkontrak para pihak dibatasi dengan adanya kewajiban untuk beritikad baik. Prinsip itikad baik berperan penting agar memunculkan rasa percaya yang sangat dibutuhkan dalam bisnis agar pembuatan kontrak dapat terwujud. Kewajiban tersebut berawal pada tahun 1906 ketika Rudolf Van Jhering mengintrodusir konsep *Culpa in Contrahendo* yaitu tanggung gugat yang lahir karena kesalahan yang dilakukan dalam negosiasi.²⁸ Sebagian besar *Head of Agreement* merupakan konfirmasi bahwa akan terbentuk adanya kontrak namun ada kemungkinan bahwa para pihak tidak akan meneruskan *Head of Agreement* ke dalam kontrak tersebut. Setiap pihak dalam tahap pra kontraktual wajib memiliki pertimbangan wajar sebagai kepentingan, termasuk kewajiban untuk tidak menarik diri tanpa alasan yang baik ketika pihak lain berharap positif bahwa kontrak akan terwujud.²⁹ Selain penarikan diri dengan itikad buruk, membuat *head of agreement* tanpa ada niat juga dapat melahirkan gugatan ganti rugi.³⁰ Pihak yang merugikan pihak lainnya dalam *head of agreement* ber-

²⁸ Y. Sogar Simamora. *Op. Cit.* [225].

²⁹ Erni Agustin. *Op. Cit.* [47].

³⁰ John Cartwright and Martijn Hesselink, *Precontractual Liability in European Private Law* (Cambridge University Press 2008).[51].

tanggung gugat dengan memberikan penggantian ganti rugi guna mengembalikan posisi pihak lainnya karena pihak tersebut dianggap tidak beritikad baik. Tanggung gugat merujuk kepada posisi seseorang atau badan hukum dimana dipandang harus membayar kompensasi atau ganti rugi setelah adanya tindakan hukum dilakukan.³¹ Tindakan pra kontraktual yang menimbulkan ganti rugi dan hak gugat harus mendapatkan ganti rugi sesuai dengan nilai-nilai kepatutan dan nilai yang timbul dalam masyarakat.

Dasar Gugatan *Head of Agreement*

Head of agreement dibuat dalam tahap pra kontraktual dan apabila dibuat dengan itikad buruk sehingga merugikan pihak lain, maka hal ini akan menimbulkan tanggung gugat berupa ganti rugi. Ganti rugi yang dibayarkan oleh pihak yang melakukan itikad buruk meliputi segala biaya yang dikeluarkan sehubungan dengan negosiasi kontrak, termasuk hilangnya kemungkinan mencapai kesepakatan kontrak dengan pihak ketiga atau disebut dengan *negative interest*. Hal ini karena pihak yang dirugikan telah menggantungkan diri pada *head of agreement* tersebut sehingga pihak yang bersalah yaitu pihak yang tidak beritikad baik wajib untuk menutup biaya yang wajar dan benar-benar timbul dalam tahap pra kontraktual. Namun ganti rugi tersebut tidak termasuk keuntungan yang akan diperoleh seandainya pra kontraktual tersebut melahirkan kontrak atau yang disebut dengan *expectation or positive interest*.³² Meskipun *head of agreement* belum menimbulkan perikatan namun apabila salah satu pihak merasa dirugikan maka akan menimbulkan hak gugat bagi pihak yang dirugikan tersebut. Apabila perumusan *head of agreement* dilakukan para pihak seperti halnya sebuah kontrak maka dinilai sebagai kontrak

³¹ Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum (Kencana 2009).[258].

³² Article 2.1.15 (*Negotiations in bad faith*) UNIDROIT Principle berbunyi:

- (1) *A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.*
- (2) *However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.*
- (3) *It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party*

International Institute For The Unification Of Private Law (Unidroit) (Unidroit Principles Of International Commercial Contracts 2016).[60].

yang mengikat dan gugatan yang dapat diajukan adalah wanprestasi. Terkait dengan perkara ketiadaan itikad baik dalam *head of agreement* yang terletak pada tahap pra kontraktual sehingga menyebabkan kerugian bagi pihak lain, dasar gugatan yang dapat digunakan dalam hal adanya suatu penarikan diri dari *head of agreement* adalah atas dasar adanya perbuatan melanggar hukum.³³ Syarat dapat dilakukannya penuntutan ganti kerugian akibat perbuatan melanggar hukum harus memenuhi unsur berikut:³⁴

1. Adanya suatu perbuatan

Perbuatan dalam arti “perbuatan melanggar hukum” meliputi perbuatan positif (*daad*) dan perbuatan negatif, yakni kelalaian (*nalatigheid*) atau kurang hati – hati.³⁵

2. Perbuatan tersebut bersifat melanggar hukum

Perbuatan yang dilakukan tersebut haruslah melanggar hukum, tidak hanya hukum tertulis namun juga ketentuan yang tidak tertulis meliputi melanggar hak orang lain, bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku, bertentangan dengan kesusilaan, bertentangan dengan kecermatan yang diindahkan dalam masyarakat. *Head of agreement* berada pada tahap pra kontraktual sehingga terdapat kewajiban beritikad baik.³⁶

3. Adanya kerugian

Adanya kerugian (*schade*) bagi korban juga merupakan syarat agar gugatan berdasarkan 1365 BW dapat digunakan. Ganti rugi yang timbul sebesar biaya yang dikeluarkan sehubungan dengan pembuatan *head of agreement*, termasuk hilangnya kemungkinan mencapai kesepakatan kontrak dengan pihak ketiga atau disebut dengan *negative interest*.

4. Kerugian itu timbul sebagai akibat perbuatan tersebut (hubungan kausal)

Syarat hubungan kausal antara perbuatan melanggar hukum dan kerugian,

³³ Y. Sogar Simamora. *Op.Cit.* [229].

³⁴ J.H.Nieuwenhuis, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan* Terjemahan Djasadin Saragih, (Universitas Airlangga 1985). [118].

³⁵ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, (Citra Aditya Bakti 1990).[142 – 143].

³⁶ Y. Sogar Simamora. *Op.Cit.* [216-217].

untuk menentukan apakah antara perbuatan melanggar hukum dan kerugian ada syarat hubungan kausal.

5. Pelaku tersebut bersalah (kesalahan)

Syarat kesalahan dalam Pasal 1365 BW menghendaki bahwa disamping tercelanya perbuatan (sifat melanggar hukum), dapat disesalinya perbuatan itu (kesalahan) oleh pelaku merupakan syarat untuk tanggung gugat.³⁷

6. Norma yang dilanggar mempunyai daya kerja (*strekking*) untuk mengelakkan timbulnya kerugian (relativitas).

Forum Penyelesaian Sengketa *Head of Agreement*

Upaya hukum untuk memperoleh keadilan bagi pihak yang dirugikan akibat penarikan diri atau ketiadaan itikad baik dalam *head of agreement* dapat ditempuh melalui dua cara, yaitu melalui forum di luar pengadilan (non litigasi) dan proses penyelesaian sengketa melalui jalur pengadilan (litigasi). Upaya hukum di luar pengadilan yang dilakukan melalui alternatif penyelesaian sengketa dapat dilakukan melalui alternatif penyelesaian sengketa dan arbitrase. Sedangkan upaya hukum melalui pengadilan dapat dilakukan melalui pengajuan gugatan perbuatan melanggar hukum. Alternatif penyelesaian sengketa banyak dipilih karena lebih cepat dan murah serta dapat menjaga kredibilitas dan bonafiditas para pihak.

Negosiasi merupakan salah satu alternatif penyelesaian sengketa. Dalam hal ini disebut renegosiasi karena *head of agreement* merupakan hasil negosiasi yang dilakukan pada tahap pra kontraktual. Sehingga renegosiasi dilakukan dengan tujuan untuk merestrukturisasi kepentingan para pihak yang akan dibentuk dalam kata sepakat dan mencari solusi untuk penyelesaian masalah akibat sengketa yang terjadi pada negosiasi tahap pertama. Negosiasi merupakan cara penyelesaian sengketa yang efektif karena para pihak menyelesaikan sengketa secara langsung tanpa campur tangan pihak ketiga.³⁸

³⁷ J.H. Niuwenhuis. *Op.Cit.*[129].

³⁸ Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional Edisi Revisi* (Refika Aditama 2010).[197].

Penyelesaian sengketa terhadap *head of agreement* juga dapat dilakukan melalui arbitrase. Hal ini berdasarkan Pasal 5 ayat (1) UU Arbitrase dan APS bahwa: “*sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa*”. Berdasar pasal tersebut dapat diketahui bahwa *arbitrability* sengketa terbatas pada sengketa di bidang perdagangan dan sengketa mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh para pihak yang bersengketa. Sengketa di bidang perdagangan yaitu kegiatan-kegiatan bidang perniagaan, perbankan, keuangan, penanaman modal, industri dan hak kekayaan intelektual sebagaimana dijelaskan dalam penjelasan Pasal 66 huruf b UU Arbitrase dan APS. Sengketa mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh para pihak yang bersengketa adalah sengketa yang dimungkinkan untuk diselesaikan melalui perdamaian. Pasal 5 ayat (2) UU Arbitrase dan APS menjelaskan bahwa, “*Sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa yang menurut peraturan perundang-undangan tidak dapat diadakan perdamaian*” maka apabila dilakukan penalaran *argumentum a contrario* terhadap pasal tersebut dapat diketahui bahwa sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa yang menurut peraturan perundang-undangan dapat diadakan perdamaian. Sengketa yang dapat diselesaikan melalui perdamaian pada umumnya merupakan sengketa-sengketa yang muncul dari suatu perikatan yang diatur di dalam Buku III BW. Hal ini dikarenakan Buku III BW memiliki sifat terbuka yang didasari oleh asas kebebasan berkontrak, sehingga para pihak diperbolehkan untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan dalam undang-undang yang bersifat mengatur atau *aanvulend*.³⁹ Maka dari itu, dalam sengketa di luar bidang perdagangan, para pihak bersengketa masih

³⁹ Mashudi dan Mohammad Chidir Ali, *Bab-Bab Hukum Perikatan (Pengertian -Pengertian Elementer)* (Mandar Maju 1995).[58].

diperbolehkan untuk mengadakan perjanjian arbitrase atas dasar kesepakatan,⁴⁰ selama sengketa tersebut mengenai hak yang sepenuhnya dikuasai oleh para pihak dan menurut peraturan perundang-undangan. Maka perbuatan melanggar hukum dapat diselesaikan melalui arbitrase. Namun perbuatan melanggar hukum dimaksudkan hanya ada yang dalam ranah perdata bukan pidana karena sengketa yang terdapat unsur pidana tidak dapat diadakan perdamaian. Hal ini disebabkan pidana adalah hukum publik sehingga sengketa tersebut melibatkan negara dan kepentingan umum.⁴¹ Namun terjadi pertentangan mengenai kewenangan arbitrase dalam menyelesaikan sengketa perbuatan melanggar hukum dengan adanya Putusan Peninjauan Kembali Nomor 238 PK/PDT/2014 *jo.* Putusan Nomor 862 K/PDT/2013 *jo.* Putusan Nomor 629/PDT/2011/PT.DKI *jo.* Putusan Nomor 10/PDT.G/2010/PN.JKT.PST yang bertentangan dan telah diselesaikan oleh Badan Arbitrase Nasional Indonesia (selanjutnya disingkat BANI) dalam Putusan BANI Nomor 547/XI/ARB-BANI/2013.

Kesimpulan

Head of agreement merupakan jenis perjanjian pendahuluan yang dibuat pada tahap pra kontraktual dan dibuat di antara negosiasi awal dan tawar menawar dan sebelum negosiasi lanjutan untuk masuk ke kontrak sehingga berisi pokok-pokok bahasan dalam negosiasi lanjutan. *Head of agreement* belum melahirkan perikatan karena hanya berisi kehendak untuk membuat perjanjian (*agreed to agree* atau *the contract to enter into a contract*). *Head of agreement* memuat asas kebebasan berkontrak, konsensualisme, *pacta sunt servanda*, dan itikad baik. *Head of agreement* belum memenuhi syarat sah perjanjian berdasar Pasal 1320 BW yaitu terkait obyek tertentu dan causa yang diperbolehkan. Klausula spesifik dalam *head of agreement*

⁴⁰ Yahya Harahap, *Arbitrase Ditinjau dari Reglemen Acara Perdata, Peraturan Prosedur BANI, International Center for the Settlement of Investment Disputes, UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, PERMA No. 1 Tahun 1990 (Edisi Kedua)* (Sinar Grafika 2004). [63].

⁴¹ Jimmy Joses Sembiring, *Cara Menyelesaikan Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi, Konsiliasi & Arbitrase)* (Visimedia). [65].

berisi tentang kesepakatan para pihak secara eksplisit mengenai kekuatan mengikat *head of agreement*. Dalam menentukan daya mengikat suatu *head of agreement* maka kriteria yang digunakan adalah substansinya bukan sekedar judulnya sehingga sekalipun judulnya *head of agreement* tetapi isinya bersifat kontraktual maka *head of agreement* tersebut harus dinilai sebagai kontrak dengan segala akibat hukumnya karena berlaku asas *pacta sunt servanda*. Pembuatan *head of agreement* tidak dengan itikad baik serta penarikan diri salah satu pihak dengan tidak beritikad baik sehingga menimbulkan kerugian bagi pihak yang dirugikan maka bertanggung gugat terhadap kerugian yang ditimbulkan tersebut. Ganti rugi yang dibayarkan oleh pihak yang melakukan itikad buruk meliputi segala biaya yang telah dikeluarkan. Dasar gugatan yang dapat digunakan oleh pihak yang dirugikan adalah perbuatan melanggar hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 BW. Pihak tertentu dapat dikategorikan melakukan perbuatan melanggar hukum (tidak beritikad baik) apabila pihak tersebut melakukan tindakan yang bertentangan dengan hak subyektif orang lain, kewajiban hukum pelaku, kaidah kesusilaan, dan kepatutan dalam masyarakat. Forum penyelesaian sengketa terhadap *head of agreement* dapat dilakukan melalui forum di luar pengadilan (non litigasi) dan melalui pengadilan (litigasi). Forum di luar pengadilan dapat berupa alternatif penyelesaian sengketa yaitu negosiasi, mediasi, konsultasi, konsiliasi, dan penilaian ahli dan arbitrase. Forum penyelesaian sengketa terhadap *head of agreement* melalui pengadilan yaitu dengan mengajukan gugatan perbuatan melanggar hukum.

Daftar Bacaan

Buku

Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial* (LaksBang Mediatama 2013).

Erni Agustin, *Business Law: The Duty of Good Faith and Pre-Contractual Liability (A Comparative Study)* (Pusat Penerbitan dan Percetakan Unair 2013).

Hasanudin Rahman, *Contract Drafting Seri Keterampilan Merancang Kontrak* (Citra Aditya Bakti 2003).

Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional Edisi Revisi* (Refika Aditama 2010).

International Institute For The Unification Of Private Law (Unidroit) (Unidroit Principles Of International Commercial Contracts 2016).

Jimmy Joses Sembiring, *Cara Menyelesaikan Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi, Konsultasi & Arbitrase)* (Visimedia).

John Cartwright and Martijn Hesselink, *Precontractual Liability in European Private Law* (Cambridge University Press 2008).

Mashudi dan Mohammad Chidir Ali, *Bab-Bab Hukum Perikatan (Pengertian -Pengertian Elementer)* (Mandar Maju 1995).

Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi* (Prenada Media Group 2013).

Rachmi Jened, *Teori dan Kebijakan Hukum Investasi Langsung (Direct Investment)*, (Kencana 2016).

Ridwan Khairandy, *Itikad Baik Dalam Kebebasan Berkontrak* (Fakultas Hukum Universitas Indonesia 2003).

Subekti, *Aneka Perjanjian* (Intermasa 1995).

-----, *Hukum Perjanjian* (Intermasa 2001).

William F. Fox, Jr. *International Commercial Agreement (A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes)*, (Kluwer 1992).

Yahya Harahap, *Arbitrase Ditinjau dari Reglemen Acara Perdata, Peraturan Prosedur BANI, International Center for the Settlement of Investment Disputes, UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, PERMA No. 1 Tahun 1990 (Edisi Kedua)* (Sinar Grafika 2004).

Yohanes Sogar Simamora, *Buku Ajar Teknik Perancangan Kontrak* (Fakultas Hukum Universitas Airlangga 2006).

-----, *Hukum Perjanjian Prinsip Hukum Kontrak Pengadaan Barang dan Jasa Oleh Pemerintah* (Laksbang Pressindo 2009).

Jurnal

Ari Wahyudi Hertanto dan Dewi Lestari, 'Memorandum Of Understanding Dan Letter Of Intent Aplikasi Dan Kontroversinya Dalam Praktek Hukum Bisnis Nasional', (2007) 37 Jurnal Hukum dan Pembangunan.

Laman

Andri Donnal Putera, 'Kuasai 51 Persen Saham Freeport, Inalum Bayar Rp 57 Triliun secara Tunai', (Kompas 2018) <<https://ekonomi.kompas.com/>> accessed 25 Januari 2019.

Eugene F. Collins, 'Head of Agreement' (EFC, 2015) <http://www.efc.ie/images/uploads/Heads_of_Agreement_Nov_2015_edit07122015.pdf> accessed 20 Oktober 2018.

Investopedia, 'Head of Agreement' <<https://www.investopedia.com/terms/h/head-sofagreement.asp>>, accessed 11 Oktober 2018.

Priscilla, 'When is a Heads of Agreement legally enforceable?', (Legal Vision, 2-14) <<https://legalvision.com.au/heads-agreement-legally-enforceable/>> accessed 20 Oktober 2018.

Perundang-undangan

Burgelijk Wetboek

Nieuw Burgelijk Wetboek

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 138, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3782).

HOW TO CITE: Cicik Nur Hayati, 'Karakteristik Head Of Agreement Menurut Hukum Kontrak Indonesia' (2019) Vol. 2 No. 3 Jurist-Diction.

--halaman ini sengaja dibiarkan kosong--