

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG PERJANJIAN DAN PERJANJIAN YANG DILARANG DALAM PERSAINGAN USAHA

A. PENGERTIAN PERJANJIAN PADA UMUMNYA

1. Pengertian Perjanjian

Dalam praktik istilah kontrak atau perjanjian terkadang masih dipahami secara rancu. Banyak pelaku bisnis mencampuradukkan kedua istilah tersebut seolah merupakan pengertian yang berbeda. *Burgerlijk Wetboek* (selanjutnya disingkat BW) menggunakan istilah *overeenkomst* dan *contract* untuk 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 worden*”. Pengertian ini juga didukung pendapat banyak sarjana, antara lain: Jacob Hans Niewenhuis, Hofmann, J. Satrio, Soetojo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, Mariam Darus Badruzaman, Purwahid Patrik, dan Tirtodiningrat. Yang menggunakan istilah kontrak dan perjanjian dalam pengertian yang sama.⁶²

Roscoe Found menyatakan bahwa “memenuhi janji” adalah sesuatu yang penting dalam kehidupan sosial. Hukum kontrak berkaitan dengan pembentukan dan melaksanakan suatu janji. Suatu janji adalah suatu pernyataan tentang suatu

⁶² Agus Yudha Hernoko, “*Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*”. Kencana, Jakarta. 2010. hlm. 13

kehendak yang akan terjadi atau tidak terjadi pada masa yang akan datang. Dalam makna yang lain, dapat dikatakan bahwa janji merupakan pernyataan yang dibuat oleh seseorang kepada orang lain yang menyatakan suatu keadaan tertentu atau yang terjadi, atau akan melakukan suatu perbuatan tertentu. Orang terikat pada janjinya sendiri, yakni janji yang diberikan kepada pihak lain dalam perjanjian. Janji itu mengikat dan janji itu menimbulkan utang yang harus dipenuhi.⁶³

Pada prinsipnya kontrak terdiri dari satu atau serangkaian janji yang dibuat para pihak dalam kontrak. Esensi dari kontrak itu sendiri adalah kesepakatan (*agreement*). Atas dasar itu, Subekti mendefinisikan kontrak sebagai peristiwa dimana seseorang berjanji kepada orang lain dimana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu. Menurut Sudikno Mertokusumo, perjanjian hendaknya dibedakan dengan janji, walaupun janji itu didasarkan pada kata sepakat, tetapi kata sepakat itu tidak untuk menimbulkan akibat hukum, yang berarti apabila janji itu dilanggar, tidak ada akibat hukumnya atau tidak ada sanksinya.⁶⁴

Berlainan dengan itu, didalam berbagai definisi kontrak didalam literatur hukum kontrak *common law*, kontrak itu berisi serangkaian janji, tetapi yang dimaksud dengan janji itu secara tegas dinyatakan adalah janji yang memiliki akibat hukum dan apabila dilanggar, pemenuhannya dapat dituntut ke

⁶³ Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia dalam Prespektif Perbandingan* (bagian pertama), cetakan kedua, FH UII Press, Yogyakarta, 2014, hlm. 58

⁶⁴ *Ibid.*

Pengadilan. Kontrak adalah suatu kesepakatan yang dapat dilaksanakan atau dipertahankan dihadapan Pengadilan.⁶⁵

Bab II Buku III KUHPerdara Indonesia menyamakan kontrak dengan perjanjian. Hal tersebut secara jelas terlihat dalam judul Bab II Buku III KUHPerdara, yakni “*Van Verbintenissen die uit contract of overeenkomst* (Perikatan yang lahir dari Kontrak atau Perjanjian). Pasal 1313 KUHPerdara menentukan *eene overeenkomst is eene handeling waarbij een of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden* (suatu perjanjian adalah suatu perbuatan yang terjadi antara satu orang atau lebih mengikatkan dirinya kepada satu orang atau lebih lainnya). Definisi tersebut dianggap tidak lengkap dan terlalu luas dengan berbagai alasan tersebut dibawah ini.⁶⁶

Dikatakan tidak lengkap, karena definisi tersebut hanya mengacu kepada perjanjian sepihak saja. Hal ini terlihat dari rumusan kalimat “yang terjadi antara satu orang atau lebih mengikatkan dirinya kepada satu orang atau lebih.”

Mengingat kelemahan tersebut, J. Satrio mengusulkan agar rumusan diubah menjadi : “perjanjian adalah suatu perbuatan yang terjadi antara satu orang atau dua orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap orang lain atau dimana kedua belah pihak saling mengikatkan diri.”⁶⁷

Dikatakan terlalu luas, karena rumusan: “suatu perbuatan” dapat mencakup perbuatan hukum (seperti *zaakwaarneming*) dan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*). Suatu perbuatan melawan hukum memang dapat timbul

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

karena perbuatan manusia dan sebagai akibatnya timbul suatu perikatan, yakni adanya kewajiban untuk melakukan transaksi tertentu yang berwujud ganti rugi kepada pihak yang dirugikan perbuatan melawan hukum jelas tidak didasarkan atau timbul dari perjanjian. Perjanjian kawin dalam hukum keluarga atau perkawinan pun berdasarkan rumusan perjanjian dalam Pasal 1313 KUHPerdara tersebut dapat digolongkan sebagai perjanjian.⁶⁸

J. Satrio membedakan perjanjian dalam arti luas dan sempit. Dalam arti luas, suatu perjanjian berarti setiap perjanjian yang menimbulkan akibat hukum sebagai yang dikehendaki (atau dianggap dikehendaki) oleh para pihak, termasuk didalamnya perkawinan, perjanjian kawin. Dalam arti sempit, perjanjian hanya ditujukan kepada hubungan-hubungan hukum dalam lapangan hubungan harta kekayaan saja sebagaimana diatur dalam Buku III KUHPerdara. Artikel 6.213.1. NBW mendefinisikan perjanjian sebagai *een overeenkomst in de zin van deze title is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een meer andere een verbintenis aagaan* (perjanjian adalah suatu perbuatan hukum yang terjadi antara satu orang atau lebih mengikatkan dirinya kepada satu orang lainnya atau lebih dimana keduanya saling mengikatkan dirinya).⁶⁹

Arthur S. Hartkamp and Marianne M.M. Tillema mengemukakan suatu definisi umum mengenai kontrak. Kontrak didefinisikan sebagai suatu perbuatan hukum yang diciptakan – dengan memenuhi persyaratan yang ditentukan hukum

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

oleh persesuaian kehendak yang menyatakan maksud bersama yang interdependen dari dua atau lebih pihak untuk menciptakan akibat hukum untuk kepentingan satu pihak, kedua belah pihak, dan juga untuk pihak lain.⁷⁰

Kontrak merupakan golongan dari ‘perbuatan hukum’, perbuatan hukum yang dimaksud adalah suatu perbuatan yang menghasilkan akibat hukum dikarenakan adanya niat dari perbuatan satu orang atau lebih. Sehingga dapat dikatakan bahwa beberapa perbuatan hukum yang bersifat multilateral adalah kontrak. Ciri khas yang paling penting dari suatu kontrak adalah adanya kesepakatan bersama (*mutual consent*) para pihak. Kesepakatan bersama ini bukan hanya merupakan karakteristik dari pembuatan kontrak, tetapi hal itu penting sebagai suatu niat yang diungkapkan kepada pihak lain, disamping itu, sangat mungkin suatu kontrak yang sah dibuat tanpa adanya kesepakatan bersama.⁷¹

Untuk menyesuaikan rumusan kalimat bahwa suatu kesepakatan haruslah interdependen. Satu pihak akan setuju karena atau jika pihak lain setuju pula. Tanpa adanya ketergantungan (*interdependent*) maka tidak ada kesepakatan (*consent*); contohnya ketika dalam rapat pemilihan dean direksi suatu perusahaan, pemilihan ini dipilih dengan persetujuan secara umum, hal ini bukan merupakan kontrak karena tidak ada *mutual interdependence*. Niat para pihak harus bertujuan untuk menciptakan adanya akibat hukum. Terdapat banyak perjanjian yang menimbulkan kewajiban sosial atau kewajiban moral, tetapi

⁷⁰*Ibid*

⁷¹*Ibid*, hlm. 62

tidak mempunyai akibat hukum. Contohnya, janji untuk pergi ke bioskop tidak menimbulkan akibat hukum, walaupun ada beberapa yang dapat menimbulkan akibat hukum dalam situasi khusus tertentu. Maksud para pihak untuk mengadakan hubungan hukum sangatlah menentukan dalam kasus ini. Pada akhirnya, akibat hukum harus dihasilkan untuk kepentingan satu pihak dan pihak lainnya, atau, untuk kepentingan kedua belah pihak. Para pihak dalam kontrak hanya dapat untuk mengadakan perikatan terhadap satu dengan yang lain.⁷²

Menurut Sudikno Mertokusumo, ajaran yang memandang bahwa kontrak atau perjanjian sebagai perbuatan hukum yang bersisi dua (*een tweezijdige overeenkomst*) yang didasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum adalah pandangan teori klasik. Menurut teori klasik, yang dimaksud dengan satu perbuatan hukum yang meliputi penawaran (*offer atau aanbod*) dari pihak yang satu dan penerimaan (*acceptance atau aanvaarding*) dari pihak yang lain.⁷³ Pandangan klasik itu kurang tepat karena dari pihak yang satu ada penawaran dan di pihak lain ada penerimaan, maka ada dua perbuatan hukum yang bersegi satu. Dengan demikian, perjanjian tidak merupakan satu perbuatan hukum, tetapi merupakan hubungan hukum antara dua orang yang bersepakat untuk menimbulkan akibat hukum. Sesungguhnya pendapat Sudikno Mertokusumotersebut hanya mengikuti pendapat J.M van Dunné.⁷⁴

Didalam sistem *common law* ada pembedaan antara *contract* dan *agreement*. Semua kontrak adalah *agreement*, tetapi tidak semua *agreements*

⁷²*Ibid.*

⁷³*Ibid.*

⁷⁴*Ibid.*

adalah kontrak. *American Restatement of Contract (second)* mendefinisikan kontrak sebagai ‘*a promise or set of promises for the breach of which the law give remedy or the performance of which the law in some way recognized a duty.*’⁷⁵

Substansi definisi kontrak diatas adalah adanya mutual *agreement* atau persetujuan (*assent*) para pihak yang menciptakan kewajiban yang dilaksanakan atau kewajiban yang memiliki kekuatan hukum. *Agreement* sendiri merupakan:

“*a coming together of mind; a coming together an opinion or determination; the coming together in accord of two minds on a give proposition... the union on two or more minds in a thing done or to be done; a mutual asset to do thing... agreement is a broader term e.g. an agreement might lack an essential element of contract.*” *Agreement* atau persetujuan dapat dipahami sebagai suatu perjumpaan nalar, yang lebih merupakan perjumpaan pendapat atau ketetapan maksud. Persetujuan adalah perjumpaan dari dua atau lebih nalar tentang suatu hal yang telah dilakukan atau akan dilakukan. Secara lebih luas persetujuan dapat ditafsirkan sebagai suatu kesepakatan timbal balik untuk melakukan sesuatu.⁷⁶

Dengan demikian, *agreement* merupakan esensi kontrak. *Agreement* mensyaratkan adanya *offer* dan *acceptance* oleh para pihak. *Offer* sendiri menurut Section 24 *American Restatement Contract (second)*, adalah manifestasi kehendak untuk mengadakan transaksi yang dilakukan agar orang

⁷⁵*Ibid.*

⁷⁶*Ibid.*

lain tahu bahwa persetujuan pada transaksi itu diharapkan dan hal itu akan menutup transaksi itu. Adapun *acceptance* adalah manifestasi dari persetujuan pihak *offeree* (orang menawarkan) terhadap penawaran yang bersangkutan. Singkatnya *offer* dan *acceptance* sepadan dengan istilah ijab dan kabul. Prinsip semacam ini di Indonesia dikenal sebagai prinsip persesuaian kehendak.⁷⁷

Salah satu kelemahan dari pengertian kontrak yang disebutkan dalam *American Restatement* tersebut adalah tidak adanya elemen persetujuan (*bargain*) dalam kontrak. Tidak adanya indikasi yang dimuat dalam definisi tersebut diatas adalah merupakan suatu ciri khas perjanjian dua belah pihak (*two-sided affair*), sesuatu yang sedang dijanjikan atau dilaksanakan dalam satu sisi merupakan pengganti untuk sesuatu yang sedang dijanjikan atau dilaksanakan dalam sisi yang lain. Kemudian, berdasarkan pengertian diatas, bahwa kontrak secara sederhana dapat menjadi ‘suatu janji’. Hal ini berarti untuk melihat fakta yang secara umum merupakan beberapa tindakan atau janji yang diberikan sebagai pengganti untuk janji yang lain sebelu, janji itu menjadi sebuah kontrak. Disamping itu, kontrak juga dapat merupakan “serangkaian janji”. Hal ini tidak memberikan indikasi bahwa beberapa janji biasanya diberikan sebagai pengganti untuk janji yang lainnya. Hal tersebut bisa saja salah untuk mengasumsikan bahwa semua kontrak adalah persetujuan asli dimana di satu sisi suatu hal yang ditawarkan untuk suatu hal lain yang memiliki nilai sama dengan yang lainnya. Faktanya, seperti yang kita lihat, ada beberapa kasus dimana sebuah janji

⁷⁷*Ibid.*

diperlakukan sebagai pemikiran kontraktual yang tidak ada persetujuan (*bargain*) yang nyata.⁷⁸

Beberapa pengertian kontrak yang lain masih memiliki arti yang sama, tetapi ada satu pengertian yang tepat dan ringkas yang diungkapkan oleh Pollock yang mendefinisikan kontrak sebagai ‘suatu janji dimana hukum dapat diberlakukan baginya’ (*promises which the law will enforce*). Substansi dari definisi-definisi kontrak diatas adalah adanya mutual agreement atau persetujuan (*assent*) para pihak yang menciptakan kewajiban yang dilaksanakan atau kewajiban yang memiliki kekuatan hukum. John Gooley dan Peter Radan menyebutkan bahwa di *common law* berkembang dua tipe definisi tentang kontrak. Tipe yang pertama adalah yang mendefinisikan kontrak sebagai satu janji atau seperangkat janji. Tipe yang kedua adalah yang mendefinisikan kontrak sebagai kesepakatan.⁷⁹

Hukum perikatan merupakan istilah yang paling luas cakupannya. Istilah Perikatan merupakan kesepadanan dari istilah bahasa Belanda “*Verbintenis*”. Istilah hukum perikatan ini mencakup semua ketentuan dalam buku ketiga dari KUHPerdota. Karena itu, istilah Hukum Perikatan terdiri dari dua golongan besar, yaitu:⁸⁰

- a. Hukum Perikatan yang berasal dari Undang-Undang
- b. Hukum Perikatan yang berasal dari Perjanjian.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Munir Fuady, *Hukum Kontrak* (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis), PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm, 1 .

Dalam Burgerlijk Wetboek (BW) yang kemudian diterjemahkan oleh R. Subekti dan R. Tjitrosudibio menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) bahwa mengenai hukum perjanjian diatur dalam Buku III tentang Perikatan, dimana hal tersebut mengatur dan memuat tentang hukum kekayaan yang mengenai hak-hak dan kewajiban yang berlaku terhadap orang-orang atau pihak-pihak tertentu. Sedangkan menurut teori ilmu hukum, hukum perjanjian digolongkan kedalam hukum tentang diri seseorang dan hukum kekayaan karena hal ini merupakan perpaduan antara kecakapan seseorang untuk bertindak serta berhubungan dengan hal-hal yang diatur dalam suatu perjanjian yang dapat berupa sesuatu yang dinilai dengan uang.

Rumusan yang diberikan dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tersebut hendak memperlihatkan bahwa suatu perjanjian adalah:

- a. Suatu perbuatan.
- b. Antara sekurangnya 2 (dua) orang.
- c. Perbuatan tersebut melahirkan perikatan di antara pihak-pihak yang berjanji tersebut.⁸¹

Rumusan Pasal 1313 KUH Perdata tersebut memiliki banyak kelemahan. Abdul Kadir Muhammad menyatakan kelemahan-kelemahan dalam pasal tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Hanya menyangkut sepihak saja

⁸¹ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, Cet. 1, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 7.

Hal tersebut dapat diketahui dari perumusan “satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih. Pengertian “perbuatan” termasuk juga tindakan melaksanakan tugas tanpa kuasa, tindakan melawan hukum yang tidak mengandung konsensus. Seharusnya dipakai kata persetujuan.

b. Kata “perbuatan” mencakup juga tanpa konsensus

Pengertian “perbuatan” termasuk juga tindakan melaksanakan tugas tanpa kuasa, tindakan melawan hukum yang tidak mengandung konsensus. Seharusnya dipakai kata persetujuan.

c. Pengertian perjanjian terlalu luas

Pengertian perjanjian dalam pasal tersebut terlalu luas karena mencakup juga pelangsungan kawin, janji kawin yang diatur dalam lapangan hukum keluarga.

d. Tanpa menyebut tujuan

Dalam Pasal 1313 KUH Perdata tersebut tidak disebutkan tujuan mengadakan perjanjian, sehingga pihak-pihak mengikatkan diri itu tidak jelas untuk apa.⁸²

Berdasarkan *Black's Law Dictionary*, *Contract* diartikan sebagai suatu perjanjian antara dua orang atau lebih yang menciptakan kewajiban untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu hal yang khusus. Melihat batasan dari kontrak yang diberikan ini dapat dikatakan bahwa antara perjanjian dan kontrak

⁸²Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, PT. Citra Aditya, Bandung 1992. hlm 78.

memunyai arti yang sama. Dari pemakaian sehari-hari apabila diperhatikan, kontrak yang dilakukan oleh seseorang biasanya dibuat secara tertulis. Dengan demikian, tampak bahwa yang dimaksudkan dengan kata kontrak adalah perjanjian tertulis.⁸³

Perjanjian adalah suatu hubungan hukum kekayaan atau harta benda antara dua orang atau lebih yang memberi kekuatan hukum pada satu pihak untuk memperoleh prestasi sekaligus mewajibkan para pihak lain untuk menunaikan prestasi.⁸⁴

Menurut doktrin (teori) lama yang disebut perjanjian adalah: “Perbuatan hukum berdasarkan kata sepakat untuk menimbulkan akibat hukum”. Definisi ini, telah tampak adanya asas konsensualisme dan timbulnya akibat hukum (tumbuh/lenyapnya hak dan kewajiban). Menurut teori baru yang dikemukakan oleh Van Dunne, yang diartikan dengan perjanjian adalah “Suatu hubungan hukum antara dua pihak atau lebih berdasarkan sepakat untuk menimbulkan akibat hukum”. Teori baru tersebut tidak hanya melihat perjanjian semata-mata, tetapi harus dilihat perbuatan sebelumnya atau yang mendahuluinya.⁸⁵

Dari beberapa definisi kontrak diatas dapat unsur-unsur yang terdapat didalam kontrak. Penarikan kesimpulan unsur-unsur tersebut disesuaikan dengan makna kontrak yang berkembang di Indonesia dan dalam sistem *civil law* pada umumnya, sistem *common law*, dan sistem hukum Islam.

⁸³IG. Rai Widjaya, *Merancang Suatu Kontrak*, Kesaint Blanc, Jakarta ,2008, hlm. 12

⁸⁴M. Yahya Harahap, *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Cet. 1, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 6.

⁸⁵Salim H.S.*Op.Cit.* hlm 25.

Dari makna kontrak yang berkembang di Indonesia dan Belanda dapat ditarik kesimpulan bahwa ada beberapa unsur yang terdapat dalam kontrak, yaitu:

1. Ada para pihak
2. Ada kesepakatan yang membentuk kontrak
3. Kesepakatan itu ditujukan untuk menimbulkan akibat hukum; dan
4. Ada objek tertentu.⁸⁶

Dikaitkan dengan sistem hukum kontrak yang berlaku di Indonesia, unsur-unsur perjanjian tersebut dapat diklasifikasikan dalam tiga klasifikasi, yaitu unsur *essentialia*, unsur *naturalia*, dan unsur *accidentalia*. Menurut J. Satrio, unsur-unsur itu lebih hanya diklasifikasikan dalam dua klasifikasi saja, yaitu unsur *essentialia* dan bukan unsur *essentialia*. Unsur *essentialia* adalah unsur yang harus ada di dalam suatu perjanjian. Unsur ini merupakan sifat yang harus ada dalam perjanjian. Sifat ini menentukan atau mengakibatkan suatu perjanjian tercipta (*constructieve oordeel*). Tanpa adanya unsur ini maka tidak ada perjanjian. Misalnya didalam perjanjian jual beli, unsur adanya barang dan harga barang adalah mutlak ada di dalam perjanjian jual beli. Unsur mutlak yang harus ada didalam perjanjian sewa-menyewa adalah kenikmatan atas suatu barang dan harga sewa.⁸⁷

Unsur *naturalia* adalah unsur perjanjian yang oleh hukum diatur tetapi dapat dikesampingkan oleh para pihak. Bagian ini merupakan sifat alami (*nature*) perjanjian secara diam-diam melekat pada perjanjian, seperti penjual wajib

⁸⁶ Munir Fuady, *Op. Cit*, hlm. 45

⁸⁷ Ridwan Khairandy, *Op. Cit*, hlm. 66

menjamin bahwa barang tidak ada cacat (*vrijwaring*). Contoh lainnya, berdasar ketentuan Pasal 1476 KUHPerdara, penjual wajib menanggung biaya penyerahan. Ketentuan ini berdasar kesepakatan dapat dikesampingkan para pihak. *accidentalialia* adalah unsur yang merupakan sifat pada perjanjian yang secara tegas diperjanjikan oleh para pihak. Misalnya, didalam suatu perjanjian jual-beli tanah, ditentukan bahwa jual-beli ini tidak meliputi pohon atau tanaman yang berada di atasnya.⁸⁸

Didalam sistem *common law*, kontrak dimaknai sebagai persetujuan (*agreement*) antara pihak satu yang membuat penawaran (*offer*) dan pihak lainnya yang melakukan penerimaan atas penawaran tersebut (*acceptance*). Tanpa adanya kesepakatan bersama (*mutual assent*), maka tidak ada kontrak. Konsep ini sebenarnya sama dengan konsep kesepakatan berdasar hukum perjanjian Indonesia dan Belanda.⁸⁹

Dengan konsep tersebut, dapat ditarik kesimpulan bahwa unsur utama dalam kesepakatan adalah penawaran dan penerimaan. Orang yang membuat penawaran disebut *offeror*, dan orang yang menerima tawaran disebut *offeree*. *The Oxford Universal Dictionary* mendefinisikan penawaran (*offer*) sebagai pernyataan kehendak untuk memberikan sesuatu atau melakukan sesuatu atau membayar sesuatu. Definisi hukum mengenai penawaran serupa dengan definisi diatas. Didalam hukum, suatu penawaran adalah suatu pernyataan kehendak dari pihak yang satu (*offeror*) mengenai kehendaknya untuk melakukan suatu

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

kewajiban dengan syarat-syarat tertentu. Pernyataan kehendak itu dibuat dengan maksud agar ada penerimaan (*acceptance*) dari syarat-syarat itu oleh pihak lainnya (*offeree*), dan *offeror* akan terikat untuk melaksanakan kewajibannya.⁹⁰

Penawaran adalah janji atau komitmen untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan pada masa yang akan datang. Penawaran ini adalah manifestasi keinginan untuk mengadakan suatu tawar-menawar (*bargain*) kepada pihak lainnya. Suatu penawaran akan valid apabila dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

1. Penawaran harus serius, ada maksud yang secara objektif untuk terikat terhadap penawaran
2. Isi penawaran harus tertentu dan rasional; dan
3. Penawaran harus disampaikan kepada pihak yang akan menerima penawaran.⁹¹

Unsur berikutnya dari kontrak adalah penerimaan (*acceptance*). Tanpa adanya penerimaan, tidak ada kontrak. Penerimaan dapat didefinisikan sebagai kesepakatan akhir dari *offeree* terhadap persyaratan penawaran. Penerimaan dapat dilakukan dengan cara tertentu. Penerimaan dapat dilakukan secara tegas (*eksplisit*) atau dilakukan secara tidak langsung yang dapat ditafsirkan dari perbuatan atau perilaku (*implisit*) *offeree*.⁹²

Dalam suatu kontrak Periode atau fase dalam kontrak dapat dibagi tiga periode, yakni : Pertama, periode prakontrak (*pre contractual period*); Kedua,

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

periode pelaksanaan kontrak (*contractual performance period*); dan Ketiga, periode pasca kontrak (*post contractual period*).⁹³

1. Periode Prakontrak

Periode prakontrak merupakan masa sebelum para pihak mencapai kesepakatan mengenai rencana transaksi yang mereka adakan. Pada periode ini dilakukan negosiasi atau perundingan oleh para pihak mengenai rencana kerjasama atau transaksi diantara mereka.

Negosiasi merupakan proses permulaan sebagai usaha untuk mencapai kesepakatan antara pihak yang satu dan pihak yang lain. Saat negosiasi inilah pihak yang satu melakukan penawaran kepada pihak yang lain. Dalam proses pembentukan kontrak seringkali penawaran itu tidak diterima begitu saja, tetapi seringkali harus dilakukan negosiasi atau tawar-menawar yang berulang-ulang.

Didalam transaksi yang sangat rumit atau kompleks, negosiasi biasanya dilakukan berulang-ulang dan memakan waktu yang cukup lama. Adakalanya pada tahap awal atau permulaan negosiasi dilakukan oleh para direktur utama perusahaan yang mengadakan kerjasama. Negosiasi yang mereka lakukan seringkali hanya bersifat umum, tidak rinci. Hal ini dapat terjadi karena ada kemungkinan para direktur utama tidak memiliki waktu yang cukup untuk melakukan negosiasi atau dapat pula mereka tidak menguasai hal yang rinci dan teknis.

Kalau diantara mereka didapat kesepakatan tentu kesepakatan itu juga bersifat umum. Mereka sepakat untuk bekerjasama atau melakukan transaksi dengan beberapa ketentuan yang bersifat umum. Ini adalah kesepakatan awal. Isinya sangat umum dan hanya mengatur pokok-pokok mengenai rencana kerjasama atau transaksi yang bersangkutan.

Kesepakatan pendahuluan (kesepakatan awal) itu dituangkan dalam *memorandum of understanding* (MoU) atau juga dituangkan dalam *Letter of Intent* (LoI). Kedua bentuk dokumen tersebut memiliki fungsi

⁹³*Ibid.*

atau maksud yang sama yaitu mengatur hal-hal pokok mengenai rencana kerjasama atau transaksi para pihak. Kedua dokumen tersebut hanya berbeda formatnya saja.

Semestinya dengan telah adanya isi MoU atau LoI tersebut ini, isi tidak langsung dilaksanakan. Semestinya harus dilakukan lagi negosiasi lanjutan lebih mendalam. Negosiasi lanjutan yang mendalam atau rinci biasa dilakukan oleh orang-orang yang levelnya dibawah direktur utama. Mereka lebih mengetahui hal-hal yang bersifat teknis.

MoU atau LoI tersebut dapat berfungsi sebagai pegangan untuk melakukan negosiasi lebih lanjut. Hasil negosiasi yang lebih mendalam inilah yang menjadi penentuan isi kontrak. Hasil negosiasi yang lebih mendalam tersebut tentu menghasilkan kesepakatan yang bersifat rinci pula. Kesepakatan yang lebih rinci tersebut dituangkan dalam kontrak atau perjanjian.

Dapat saja terjadi kontrak atau perjanjian tersebut isinya lain dari yang ditentukan dalam MoU atau LoI. Hal ini dapat terjadi ketika apa yang ditentukan dalam MoU atau LoI tidak dapat dilaksanakan atau juga ada kesepakatan baru yang menggugurkan isi MoU atau LoI.⁹⁴

2. Periode Pelaksanaan Kontrak

Ini adalah periode ketika para pihak yang mengadakan kontrak melaksanakan isi kesepakatan. Periode pelaksanaan kontrak ini dimulai sejak para pihak mencapai kesepakatan, dan berakhir seiring dengan berakhir seiring dengan berakhirnya kontrak.⁹⁵

3. Periode Pascakontrak

Periode yang terakhir dalam adalah periode pascakontrak. Periode ini adalah setelah berakhirnya kontrak.⁹⁶

⁹⁴*Ibid*, hlm.71

⁹⁵*Ibid*.

⁹⁶*Ibid*, hlm.72

	Kata Sepakat	Berakhirnya Kontrak
Prakontrak	Pelaksanaan Kontrak	Pascakontrak

Hukum perjanjian yang diatur dalam KUHPerduta menganut asas kebebasan berkontrak sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerduta yang menentukan bahwa *“Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”*. Ketentuan pasal tersebut masih dibatasi dengan KUHPerduta yang menentukan bahwa *“Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang/ apabila berlawanan dengan kesusilaan baik /ketertiban umum”*.

Dari Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dapat dikatakan bahwa, Pasal itu mengandung suatu pernyataan bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian apa saja dan itu akan mengikat kita sebagaimana mengikatnya Undang-Undang. Prinsip yang terkandung dalam ketentuan di atas, jelaslah bahwa suatu perjanjian dapat dibuat secara lisan dan dapat pula dalam bentuk tulisan. Jika dibuat secara tertulis, hal ini bersifat sebagai alat pembuktian apabila terjadi perselisihan di kemudian hari.⁹⁷

Pasal 1338 ayat (2) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menyebutkan Suatu perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah

⁹⁷Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Putra Abardin, Bandung, 1977.hlm. 64.

pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh Undang-Undang dinyatakan cukup untuk itu. Ada persetujuan-persetujuan dimana untuk setiap salah satu pihak menimbulkan suatu kewajiban yang berkelanjutan, misalnya sewa menyewa.⁹⁸

Sementara itu dalam Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menyebutkan : Semua perjanjian itu harus dilaksanakan dengan itikad baik, dan hakim diberikan kekuasaan untuk mengawasi pelaksanaan suatu perjanjian, jangan sampai pelaksanaan itu melanggar kepatutan dan keadilan.⁹⁹

Pada umumnya perikatan yang lahir dari perjanjian merupakan yang paling banyak terjadi dalam kehidupan manusia sehari-hari. Eksistensi perjanjian sebagai salah satu sumber perikatan dapat kita temui landasannya pada ketentuan Pasal 1233 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan bahwa tiap-tiap perikatan dilahirkan, baik karena persetujuan, baik karena Undang-Undang.

2. Syarat Sahnya Perjanjian.

Suatu perjanjian akan mengikat kedua belah pihak yang membuatnya apabila perjanjian itu dibuat secara sah sesuai dengan syarat-syarat perjanjian yang tercantum dalam pasal 1320 KUH Perdata, suatu perjanjian itu sah harus terpenuhi 4 syarat, yaitu:

- a. Adanya kata sepakat;
- b. Kecakapan untuk membuat perjanjian;

⁹⁸ *Ibid*, hlm .64

⁹⁹ R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, Alumni Bandung, 1979, hlm 7.

- c. Adanya suatu hal tertentu;
- d. Adanya causa yang halal.¹⁰⁰

Syarat pertama dan kedua adalah syarat yang harus dipenuhi oleh subyek suatu perjanjian, oleh karena itu disebut sebagai syarat subyektif. Syarat ketigadan keempat adalah syarat yang harus dipenuhi oleh obyek perjanjian oleh karena itu disebut syarat obyektif.¹⁰¹ Adapun penjelasan dari masing-masing adalah sebagai berikut:

a. Kata Sepakat

Menurut Subekti, yang dimaksud dengan kata sepakat adalah persesuaian kehendak antara dua pihak yaitu apa yang dikehendaki oleh pihak ke satu juga dikehendaki oleh pihak lain dan kedua kehendak tersebut menghendaki sesuatuyang sama secara timbal balik. Dan dijelaskan lebih lanjut bahwa dengan hanya disebutkannya "sepakat" saja tanpa tuntutan sesuatu bentuk cara (formalitas) apapun seperti tulisan, pemberian tanda atau panjer dan lain sebagainya, dapat disimpulkan bahwa bilamana sudah tercapai sepakat itu, maka sahlah sudah perjanjian itu atau mengikatlah perjanjian itu atau berlakulah ia sebagai Undang-undang bagi mereka yang membuatnya.¹⁰²

J. Satrio, menyatakan, kata sepakat sebagai persesuaian kehendak antara dua orang di mana dua kehendak saling bertemu dan kehendak tersebut harus dinyatakan. Pernyataan kehendak harus merupakan pernyataan bahwa ia

¹⁰⁰ Subekti, *Op. Cit.*, hlm 33

¹⁰¹ *Ibid*

¹⁰² Subekti, *Bunga Rampai Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 4.

menghendaki timbulnya hubungan hukum. Dengan demikian adanya kehendak saja belum melahirkan suatu perjanjian karena kehendak tersebut harus diutarakan, harus nyata bagi yang lain dan harus dimengerti oleh pihaklain.¹⁰³

Di dalam KUH Perdata tidak dijelaskan mengenai kata sepakat ini, tetapi di dalam Pasal 1321 ditentukan syarat bahwa tidak ada sepakat yang sah apabila sepakat itu diberikan karena kekhilafan atau diperolehnya karena dengan paksaan atau penipuan. Dari pasal ini dapat disimpulkan bahwa terjadinya kata sepakat antara masing-masing pihak harus diberikan secara bebas atau tidak boleh ada paksaan, kekhilafan dan penipuan.

Menurut Subekti, yang dimaksud paksaan adalah paksaan rohani atau paksaan jiwa (*psychis*) jadi bukan paksaan badan (fisik). Selanjutnya kekhilafan terjadi apabila salah satu pihak khilaf tentang hal-hal yang pokok dari apa yang diperjanjikan atau tentang sifat-sifat yang penting dari barang yang menjadi objek perjanjian. Kekhilafan tersebut sedemikian rupa sehingga seandainya orang itu tidak khilaf mengenai hal-hal tersebut ia tidak akan memberikan persetujuan. Kemudian penipuan terjadi apabila satu pihak dengan sengaja memberikan keterangan-keterangan yang palsu atau tidak benar disertai dengan tipu muslihat untuk membujuk pihak lawannya memberikan perizinannya. Dengan demikian suatu perjanjian yang kata sepakatnya didasarkan paksaan, kekhilafan, penipuan maka perjanjian itu dikemudian hari dapat dimintakan pembatalannya oleh salah satu pihak.¹⁰⁴

¹⁰³ J. Satrio, *Hukum Jaminan, Hak-Hak Jaminan Kebendaan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 129

¹⁰⁴ R. Subekti, *Op. Cit*, hlm. 23-24

Mengenai terjadi atau timbulnya kesepakatan dalam suatu perjanjian terdapat empat teori, yaitu:

- 1) Teori Pernyataan (*uitingsheorie*), kesepakatan terjadi pada saat pihak yang menerima penawaran itu menulis surat jawaban yang menyatakan bahwa ia menerima penawaran itu.
- 2) Teori Pengiriman (*verzendingtheorie*), kesepakatan terjadi apabila pihak yang menerima penawaran mengirimkan telegram, surat, atau telex. Menurut teori ini tanggal cap pos pada saat pengiriman jawaban penerimaan dipakai sebagai pegangan kapan saat lahirnya perjanjian.
- 3) Teori Pengetahuan (*vernemingstheorie*), menurut teori ini kesepakatan terjadi apabila pihak yang menawarkan itu mengetahui adanya *acceptatie*, tetapi penerimaan itu belum diterimanya (tidak diketahui secara langsung).
- 4) Teori Penerimaan (*ontvangstheorie*), kesepakatan terjadi saat pihak yang menawarkan menerima langsung jawaban dari pihak lawan.¹⁰⁵

b. Cakap untuk membuat perjanjian.

Kecakapan (*bekwaamheid – capacity*) yang dimaksud dalam Pasal 1320 BW syarat 2 adalah kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum. Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum diartikan sebagai kemungkinan untuk melakukan perbuatan hukum secara mandiri yang mengikat diri sendiri tanpa dapat diganggu gugat. Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum pada umumnya diukur dari standar berikut ini:

¹⁰⁵ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, 1987, hlm. 58

- 1) *Person* (pribadi), diukur dari standar usia kedewasaan (*meerderjaring*);
dan
- 2) *Rechtspersoon* (badan hukum), diukur dari aspek kewenangan (*bevoegheid*).¹⁰⁶

Adanya kecakapan untuk bertindak dalam hukum merupakan syarat subyektif kedua terbentuknya perjanjian yang sah di antara para pihak. Kecakapan bertindak ini dalam banyak hal berhubungan dengan masalah kewenangan bertindak dalam hukum, meskipun kedua hal tersebut secara prinsipil berbeda, namun dalam membahas masalah kecakapan bertindak yang melahirkan suatu perjanjian yang sah, maka masalah kewenangan untuk bertindak juga tidak dapat dilupakan. Dapat saja seseorang yang cakap bertindak dalam hukum tetapi ternyata tidak berwenang untuk melakukan suatu perbuatan hukum. Dan sebaliknya orang yang dianggap berwenang untuk bertindak untuk melakukan suatu perbuatan hukum, ternyata, karena suatu hal, menjadi tidak cakap untuk bertindak dalam hukum. Pada dasarnya yang paling pokok dan mendasar adalah masalah kecakapan untuk bertindak. Setelah seseorang dinyatakan cakap untuk bertindak untuk dan atas namanya sendiri, baru kemudian dicari tahu apakah orang perorangan yang cakap bertindak dalam hukum tersebut, juga berwenang untuk melakukan suatu tindakan atau perbuatan hukum tertentu.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit.*, hlm. 183

¹⁰⁷ Kartini Muljadi & Gunawan Widjaja, “*Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*”. Raja Grafindo Persada, Jakarta. 2003. hlm. 126

Dalam Pasal 1329 KUH Perdata menyebutkan bahwa setiap orang adalah cakap untuk membuat suatu perjanjian dengan ketentuan oleh undang-undang tidak ditentukan lain yaitu ditentukan sebagai orang yang tidak cakap untuk membuat suatu perjanjian.

Selanjutnya Pasal 1330 KUH Perdata menyebutkan bahwa orang yang tidak cakap membuat perjanjian adalah:

- 1) Orang yang belum dewasa
- 2) Mereka yang berada di bawah pengampuan/perwalian dan
- 3) Orang perempuan/isteri dalam hal telah ditetapkan oleh Undang-undang dan semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat persetujuan-persetujuan tertentu.

Mengenai orang yang belum dewasa diatur dalam Pasal 1330 KUHPerdata, dinyatakan bahwa “belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap 21 (dua puluh satu) tahun dan sebelumnya belum kawin”. Apabila perkawinan itu dibubarkannya sebelum umur mereka genap 21 (dua puluh satu)tahun, maka mereka tidak kembali lagi dalam kedudukan belum dewasa¹⁰⁸. Namun dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, Pasal 39 dan 40 dinyatakan untuk penghadap dan saksi paling sedikit berumur 18 tahun atau telah menikah. Dalam hal ini cakap bertindak untuk keperluan khusus. Selanjutnya dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dinyatakan cukup umur untuk kawin adalah 18 tahun. Sehingga apabila

¹⁰⁸Mariam Darus Badruzaman, (ed), *Kompilasi Hukum Perikatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 78.

seseorang belum berusia genap 21 tahun tetapi telah kawin menimbulkan konsekuensi menjadi cakap bertindak. Dengan demikian dasar usia cakap untuk bertindak, jika tidak untuk keperluan khusus (telah diatur dalam undang-undang tertentu) maka usia yang dipakai adalah dua puluh satu tahun atau telah menikah berdasarkan Pasal 1330 KUH Perdata.

Dalam KUH Perdata, pengampunan atau perwalian diatur dalam pasal 433 yang sebutkan bahwa "Setiap orang dewasa, yang selalu berada dalam keadaan dungu, sakit otak atau mata gelap harus ditaruh di bawah pengampunan, pun jika ia kadang-kadang cakap menggunakan pikirnya. Seorang dewasa boleh juga ditaruh di bawah pengampunan karena keborosannya". Sedangkan dalam pasal 435 menyebutkan "Apabila salah satu dari kedua orang tua meninggal dunia maka perwalian terhadap anak-anak kawin yang belum dewasa, demi hukum dipangku oleh orang tua yang hidup terlama, sekadar ini tidak telah dibebaskan atau dipecat dari kekuasaan orang tuanya".

Selanjutnya untuk penjelasan tentang orang perempuan/isteri dalam hal telah ditetapkan oleh undang-undang dan semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat persetujuan-persetujuan tertentu, diatur pula dalam Pasal 108 KUH Perdata disebutkan bahwa seorang perempuan yang bersuami, untuk mengadakan suatu perjanjian, memerlukan bantuan atau izin (kuasa tertulis) dan suaminya. Namun hal ini sudah tidak berlaku dengan adanya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yakni Pasal 31 yang menyatakan: hak dan kedudukan isteri adalah seimbang dengan hak dan

kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat.

Subekti menjelaskan bahwa dari sudut keadilan, perlulah bahwa orang yang membuat suatu perjanjian dan nantinya akan terikat oleh perjanjian itu, mempunyai cukup kemampuan untuk menginsyafi benar-benar akan tanggungjawab yang dipikulnya dengan perbuatannya itu. Sedangkan dari sudut ketertiban hukum, karena seorang yang membuat suatu perjanjian itu berarti mempertaruhkan kekayaannya, maka orang tersebut haruslah seorang yang sungguh-sungguh berhak bebas berbuat dengan harta kekayaannya.¹⁰⁹

c. Adanya Suatu Hal Tertentu

Yang dimaksud dengan suatu hal tertentu dalam suatu perjanjian ialah objek perjanjian. Objek perjanjian adalah prestasi yang menjadi pokok perjanjian yang bersangkutan. Prestasi itu sendiri bisa berupa perbuatan untuk memberikan suatu, melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu.

Di dalam KUH Perdata Pasal 1333 ayat (1) menyebutkan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai suatu hal tertentu sebagai pokok perjanjian yaitu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya. Mengenai jumlahnya tidak menjadi masalah asalkan di kemudian hari ditentukan (Pasal 1333 ayat 2). Sebagaimana disebutkan di dalam ketentuan Pasal 1320 KUHPdata yang dimaksud dengan “suatu hal tertentu” tidak lain adalah apa yang menjadi kewajiban dari debitor dan apa yang menjadi hak dari kreditor. Sejalan dengan

¹⁰⁹ Subekti, *Op. Cit*, hlm. 20

pendapat itu ialah pendapat dari Asser Rutten. Ia menyatakan bahwa “suatu hal tertentu” sebagai objek perjanjian dapat diartikan sebagai keseluruhan hak dan kewajiban yang timbul dari perjanjian. Pendapat tersebut memiliki dasar historis dan juga sejalan dengan ketentuan Pasal 1332–1334 KUHPerdara.¹¹⁰

Tuntutan dari undang-undang adalah objek perjanjian haruslah tertulis. Setidaknya objek perjanjian cukup dapat ditentukan. Tujuan dari suatu perjanjian adalah untuk timbulnya/terbentuknya, berubah, atau berakhirnya suatu perikatan. Perjanjian tersebut mewajibkan kepada (para) pihak untuk memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, atau tidak berbuat sesuatu (prestasi). Pada akhirnya, kewajiban tersebut haruslah dapat ditentukan.¹¹¹

Namun demikian, ini tidak berarti barang untuk kepentingan umum tidak dapat menjadi pokok perjanjian. Perjanjian antara kotamadya dan pemborong untuk pekerjaan pemasangan pipa air leding atau pembuat gorong-gorong tidaklah dapat digolongkan ke dalam perjanjian yang dimaksudkan Pasal 1332 KUHPerdara. Pada umumnya, sepanjang pokok perjanjian berkaitan dengan kepentingan umum, maka perjanjian tersebut prestasinya adalah untuk melakukan sesuatu, sedangkan untuk prestasi memberikan sesuatu, sehubungan dengan dialihkannya barang untuk kepentingan umum tersebut, maka itu harus dilakukan sesuai dengan prosedur yang ditetapkan peraturan perundang-undangan.¹¹²

¹¹⁰ Hardijan Rusli, *Hukum Perjanjian Indonesia dan Common Law*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993, hlm. 86.

¹¹¹ Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011. hlm.107.

¹¹² *Ibid*, hlm, 106.

Barang-barang yang baru akan ada di kemudian hari dapat pula menjadi pokok perjanjian. Kemungkinan ini dibuka di dalam Pasal 1334 ayat (1) KUHPerdota. Pengertian “barang-barang yang baru akan ada” mengacu pada pengertian bahwa barang tersebut belum ada. Ini terjadi dalam hal orang memesan pada perusahaan mebel untuk dibuatkan sebuah lemari dan dikenal dengan sebutan barang yang baru ada bersifat obyektif. Sebaliknya barang yang akan ada bersifat subyektif adalah barang yang belum menjadi miliknya.

Dalam kaitannya dengan “barang-barang yang baru akan ada”, ketentuan Pasal 1334 ayat (2) KUHPerdota mengatur mengenai larangan memperjanjikan warisan yang belum jatuh terbuka, yaitu:

- 1) Melepaskan/menolak suatu warisan yang belum jatuh terbuka. Ketentuan yang senada terdapat pula pada pasal 1063 KUHPerdota, perjanjian antara calon ahli waris dan calon pewaris agar pada waktu pewaris meninggal dunia ahli waris yang bersangkutan akan menolak warisan pewaris di pengadilan negeri.
- 2) Minta diperjanjikan sesuatu hal mengenai warisan sekalipun dengan persetujuan dari orang yang nantinya akan meninggalkan warisan yang menjadi pokok perjanjian; perjanjian yang mengatur bagian warisan yang akan diwarisi oleh salah satu pihak.
- 3) Semuanya itu dengan tidak mengurangi ketentuan-ketentuan Pasal 169, 176, dan 178 KUHPerdota.

Akibat apabila dibuatnya perjanjian-perjanjian tersebut adalah perjanjian tersebut batal demi hukum.¹¹³

d. Adanya Suatu Sebab/ Kausa yang Halal.

Yang dimaksud dengan sebab atau kausa di sini bukanlah sebab yang mendorong orang tersebut melakukan perjanjian. Sebab atau kausa suatu perjanjian adalah tujuan bersama yang hendak dicapai oleh para pihak.¹¹⁴

Pada Pasal 1337 KUH Perdata menentukan bahwa suatu sebab atau kausa yang halal adalah apabila tidak dilarang oleh undang-undang, tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan. Perjanjian yang mempunyai sebab yang tidak halal akan berakibat perjanjian itu batal demi hukum.

Dari uraian di atas, apabila syarat subjektif tidak terpenuhi, maka salah satu pihak dapat meminta supaya perjanjian itu dibatalkan, namun, apabila para pihak tidak ada yang keberatan, maka perjanjian itu tetap dianggap sah. Sementara itu, apabila syarat objektif tidak terpenuhi, maka perjanjian itu batal demi hukum.

Keempat syarat tersebut haruslah dipenuhi oleh para pihak dan apabila syarat-syarat sahnya perjanjian tersebut telah terpenuhi, maka menurut Pasal 1338 KUH Perdata, perjanjian tersebut mempunyai kekuatan hukum sama dengan kekuatan suatu Undang-undang

¹¹³ *Ibid*, hlm, 110.

¹¹⁴ Sri Soedewi Masjchoen, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Liberty, Yogyakarta, 1980, hal. 319.

3. Asas-asas dalam Perjanjian.

Dalam membuat ataupun melaksanakan suatu perjanjian tidak dapat dilakukan dengan sembarangan, namun dalam membuat dan melaksanakan suatu perjanjian patutnya kita mengetahui asas-asas yang terdapat dalam suatu perjanjian, adapun asas-asas umum hukum dalam perjanjian tersebut antara lain:

a. Asas Kebebasan berkontrak (*freedom of contract*)

Menurut asas kebebasan berkontrak, setiap orang dapat leluasa membuat kontrak apa saja yang mereka inginkan, selama kontrak itu memenuhi syarat dan tidak melanggar ketentuan hukum, kesusilaan, serta ketertiban umum.¹¹⁵ Menurut Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara “*semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.*” “*semua perjanjian...*” berarti perjanjian apapun, diantara siapapun, tentang apapun, bahkan para pihak juga bebas untuk tidak membuat perjanjian.¹¹⁶ Namun kebebasan tersebut tetap ada batasnya, yaitu selama kebebasan itu berada didalam batas-batas persyaratannya, serta tidak melanggar hukum (undang-undang), kesusilaan dan ketertiban umum (misalnya kontrak membuat provokasi kerusuhan).

Asas ini merupakan suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk :

- 1) Membuat atau tidak membuat perjanjian

¹¹⁵ Subekti, *Op, Cit*, hlm. 127

¹¹⁶ I.G. Rai Widjaya, *Op, Cit*, hlm. 33.

- 2) Mengadakan perjanjian dengan siapa pun
- 3) Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya
- 4) Menentukan bentuk perjanjiannya apakah tertulis atau lisan.

Latar belakang lahirnya asas kebebasan berkontrak adalah adanya paham individualisme yang secara embrional lahir dalam zaman Yunani, yang diteruskan oleh kaum *Epicuristen* dan berkembang pesat dalam zaman *renaissance* melalui antara lain ajaran-ajaran Hugo de Grecht, Thomas Hobbes, John Locke dan J.J. Rosseau. Menurut paham individualisme, setiap orang bebas untuk memperoleh apa saja yang dikehendakinya. Dalam hukum kontrak asas ini diwujudkan dalam "kebebasan berkontrak". Teori *laisbet fair in* menganggap bahwa *the invisible hand* akan menjamin kelangsungan jalannya persaingan bebas. Karena pemerintah sama sekali tidak boleh mengadakan intervensi didalam kehidupan sosial ekonomi masyarakat. Paham individualisme memberikan peluang yang luas kepada golongan kuat ekonomi untuk menguasai golongan lemah ekonomi. Pihak yang kuat menentukan kedudukan pihak yang lemah. Pihak yang lemah berada dalam cengkeraman pihak yang kuat seperti yang diungkap dalam *exploitation de homme par l'homme*.¹¹⁷

Pada akhir abad ke-19, akibat desakan paham etis dan sosialis, paham individualisme mulai pudar. Paham ini tidak mencerminkan keadilan. Masyarakat menginginkan pihak yang lemah lebih banyak mendapat perlindungan. Oleh karena itu, kehendak bebas tidak lagi diberi arti mutlak, akan

¹¹⁷Salim H.S, *Op. Cit*, hlm. 33.

tetapi diberi arti relatif dikaitkan selalu dengan kepentingan umum. Pengaturan substansi kontrak tidak semata-mata dibiarkan kepada para pihak namun perlu juga diawasi. Pemerintah sebagai pengemban kepentingan umum menjaga keseimbangan kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Melalui penerobosan hukum kontrak oleh pemerintah maka terjadi pergeseran hukum kontrak ke bidang hukum publik. Oleh karena itu, melalui intervensi pemerintah inilah terjadi pemasyarakatan (*vermastchappelijking*) hukum kontrak/perjanjian.

Hukum kontrak atau perjanjian disebut pula sebagai hukum pelengkap yang dalam bahasa Belanda disebut *aanvulend recht* atau *optional law* dalam bahasa Inggris. Maksudnya pasal-pasal hukum kontrak berperan apabila para pihak tidak mengatur sendiri dalam perjanjian yang dibuatnya. Dengan keadaan demikian barulah hukum kontrak/ perjanjian tersebut tampil dan berperan mengatur hal-hal yang tidak atau lupa diatur oleh pihak yang berkepentingan. Sehingga pasal dan undang-undang dalam hukum kontrak akan berfungsi sebagai hukum pelengkap (*aanvulend recht*) yang melengkapi kekurangan yang terdapat dalam kontrak, dan untuk hal tersebut para pihak tunduk kepada undang-undang yang berlaku.¹¹⁸

b. Asas Konsensualisme (*consensualism*)

Pasal 1320 KUHPerdara dikatakan bahwa untuk sahnya suatu kontrak diperlukan empat syarat dan pada syarat pertama adalah “Kesepakatan dari

¹¹⁸I.G. Rai Widjaya, *Op, Cit*, hlm. 34.

mereka yang mengikatkan dirinya (*de toestemming*)”¹¹⁹ Pasal ini menjelaskan bahwa harus ada kesepakatan antara para pihak yang mengikat diri. Konsensualisme berarti kesepakatan (*consensus*), yaitu pada dasarnya kontrak dan perikatan yang timbul sudah dilahirkan sejak detik tercapainya kata sepakat. Kemauan untuk mengikat diri dianggap tidak ada jika perjanjian itu telah terjadi karena paksaan (*dwang*), kekhilafan (*dwaling*), atau penipuan (*bedrog*).¹²⁰

Kontrak telah lahir dan mengikat para pihak begitu adanya kesepakatan mengenai hal-hal pokok dalam kontrak atau disebut *esensialia* perjanjian, sehingga sebenarnya tidak perlu lagi formalitas tertentu. Pengecualian terhadap prinsip ini dapat terjadi dalam hal undang-undang memberikan syarat formalitas tertentu terhadap suatu kontrak, misalnya syarat harus tertulis, contoh “Akta Perdamaian” merupakan kesepakatan yang harus dibuat secara tertulis.¹²¹

c. Asas Kepastian Hukum (*Pacta Sunt Servanda*)

Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata mengakui bahwa suatu kontrak mempunyai kekuatan hukum layaknya undang-undang, namun terbatas hanya mengikat para pihak yang menandatangani, asas ini berhubungan dengan akibat perjanjian.¹²²

Asas kepastian hukum atau disebut juga dengan asas *pacta sunt servanda* merupakan asas yang berhubungan dengan akibat perjanjian. Asas *pacta sunt*

¹¹⁹ *Ibid*, hlm. 35.

¹²⁰ Budiman N.P.D. Sinaga, *Hukum Kontrak & Penyelesaian Sengketa dari Perspektif Sekretaris RajaGrafindo Persada*, Jakarta, 2005, hlm. 15.

¹²¹ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang lahir Dari Perjanjian, Buku I*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 49.

¹²² Salim H.S. *Op.Cit.*, hlm 10

servanda merupakan asas bahwa hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya sebuah undang-undang. Hakim atau pihak ketiga tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak. Asas *pacta sunt servanda* dapat disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat(1) KUHPerdara. Asas ini pada mulanya dikenal dalam hukum gereja. Dalam hukum gereja itu disebutkan bahwa terjadinya suatu perjanjian bila ada kesepakatan antar pihak yang melakukannya dan dikuatkan dengan sumpah. Hal ini mengandung makna bahwa setiap perjanjian yang diadakan oleh kedua pihak merupakan perbuatan yang sakral dan dikaitkan dengan unsur keagamaan. Namun, dalam perkembangan selanjutnya asas *pacta sunt servanda* diberi arti sebagai *pactum*, yang berarti sepakat yang tidak perlu dikuatkan dengan sumpah dan tindakan formalitas lainnya.¹²³

d. Asas Iktikad baik

Asas ini dapat dilihat dari Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang berbunyi: “Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik”. Asas itikad baik ini menyatakan bahwa sesungguhnya para pihak antara pihak kreditur dan pihak debitur haruslah melaksanakan suatu perjanjian dengan dilandasi itikad baik didalamnya.

Itikad baik berarti keadaan batin para pihak untuk membuat dan melaksanakan kontrak secara jujur, terbuka, dan saling percaya. Dalam kontrak,

¹²³*Ibid*, hlm. 14.

keadaan batin para pihak tidak boleh dicemari oleh maksud-maksud untuk melakukan tipu daya atau menutup-nutupi keadaan yang sebenarnya.

Pengertian itikad baik dan kepatutan berkembang sejalan dengan perkembangan hukum untuk Romawi, yang semula hanya memberikan ruang bagi kontrak-kontrak yang telah diatur dalam undang-undang (*iudicia stricti iuris* yang bersumber pada *Civil Law*). Di terimanya kontrak-kontrak yang didasarkan pada *bonae fides* yang mengharuskan diterapkannya asas itikad baik dan kepatutan dalam pembuatan dan pelaksanaan perjanjian.¹²⁴

Masalah yang muncul, hingga saat ini belum satu kata untuk memberikan dasar yang tepat sebagai patokan apakah perjanjian telah dilaksanakan atas dasar itikad baik dan kepatutan atau belum. Prakteknya diserahkan kepada hakim untuk menilai hal tersebut. Hal ini juga terjadi di negara-negara *Anglo Saxon*, hakim-hakim di negara-negara *Anglo Saxon* belum mempunyai standar yang telah disepakati untuk mengukur asas tersebut. Biasanya frase itikad baik dan kepatutan selalu dikaitkan dengan makna *fairness, reasonable standard of dealing, a common ethical sense*.¹²⁵

¹²⁴Ridwan Khairandi, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Universitas Indonesia, 2003. hlm. 131.

¹²⁵*Ibid.*

e. Asas Kepribadian (*personality*)

Asas kepribadian merupakan asas yang menentukan bahwa seseorang yang akan melakukan dan atau membuat kontrak hanya untuk kepentingan perseorangan saja. Hal ini dilihat dalam Pasal 1315 KUH Perdata, dinyatakan bahwa: "Pada umumnya seseorang tidak dapat mengadakan perikatan atau perjanjian selain untuk dirinya sendiri". Pada dasarnya asas ini menunjukkan bahwa suatu perjanjian yang dibuat oleh seseorang dalam kapasitasnya selaku individu maupun sebagai subjek hukum pribadi (*naturlijke persoon*), hanya berlaku dan mengikat untuk dirinya sendiri.¹²⁶

Namun demikian, ketentuan itu terdapat pengecualiannya sebagaimana diintrodusir dalam Pasal 1317 KUHPerdata yang menyatakan: "Dapat pula perjanjian diadakan untuk kepentingan pihak ketiga, bila suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri, atau suatu pemberian kepada orang lain, mengandung suatu syarat semacam itu." Pasal ini mengkonstruksikan bahwa seseorang dapat mengadakan perjanjian/kontrak untuk kepentingan pihak ketiga, dengan adanya suatu syarat yang ditentukan. Sedangkan di dalam Pasal 1318 KUHPerdata, tidak hanya mengatur perjanjian untuk diri sendiri, melainkan juga untuk kepentingan ahli warisnya dan untuk orang-orang yang memperoleh hak dari padanya. Jika dibandingkan kedua pasal itu maka Pasal 1317 KUHPerdata mengatur tentang perjanjian untuk pihak ketiga, sedangkan dalam Pasal 1318 KUHPerdata untuk kepentingan dirinya sendiri, ahli warisnya dan orang-orang yang memperoleh hak dari yang membuatnya. Dengan demikian, Pasal 1317

¹²⁶Salim H.S. *Op.Cit.*, hlm 11

KUHPerdata mengatur tentang pengecualiannya, sedangkan Pasal 1318 KUHPerdata memiliki ruang lingkup yang luas.¹²⁷

4. Berakhirnya Perjanjian

Mengenai hapusnya perjanjian atau berakhirnya perjanjian di atur pada Titel ke 4 Buku III KUHPerdata. Masalah ”hapusnya perjanjian” (*tenietgaan van verbintenist*) bisa juga disebut ”hapusnya persetujuan” (*tenietgaan van overeenkomst*). Berarti, menghapuskan semua pernyataan kehendak yang telah dituangkan dalam persetujuan bersama antara pihak kreditur dan debitur. Sehubungan dengan hal ini perlu kiranya mendapat perhatian ditinjau dari segi teoritis, hapusnya persetujuan sebagai hubungan hukum antara kreditur dan debitur dengan sendirinya akan menghapuskan seluruh perjanjian. Akan tetapi sebaliknya dengan hapusnya perjanjian belum tentu dengan sendirinya mengakibatkan hapusnya persetujuan. Hanya saja dengan hapusnya perjanjian, persetujuan yang bersangkutan tidak lagi mempunyai kekuatan pelaksanaan. Sebab dengan hapusnya perjanjian berarti pelaksanaan persetujuan telah dipenuhi debitur.¹²⁸

Dalam Pasal 1381 KUHPerdata, suatu perjanjian berakhir dikarenakan:

- a. Adanya pembayaran;
- b. Penawaran pembayaran diikuti dengan penitipan atau penyimpanan;
- c. Pembaharuan utang (novasi);

¹²⁷*Ibid*, hlm. 12

¹²⁸M. Yahya Harahap, *Op.Cit.*, hlm 106.

- d. Perjumpaan utang (kompensasi);
- e. Pencampuran utang;
- f. Pembebasan utang;
- g. Musnahnya barang yang terutang;
- h. Batal/Pembatalan;
- i. Berlakunya suatu syarat batal;
- j. Lewatnya waktu;

Perincian dalam Pasal 1381 KUHPerdara itu tidak lengkap, karena telah dilupakan hapusnya suatu perikatan karena lewatnya suatu ketetapan waktu yang dicantumkan dalam suatu perjanjian. Selanjutnya dapat di peringatkan dalam beberapa cara yang khusus ditetapkan terhadap perikatan, misalnya ketentuan bahwa suatu perjanjian "*maatschap*" atau perjanjian "*lastgeving*" hapus dengan meninggalnya seorang anggota *maatschap* itu atau meninggalnya orang yang memberikan perintah dan karena *curatele* pernyataan pailit mengakibatkan juga hapusnya perjanjian *maatschap* itu.¹²⁹

a. Pembayaran

Yang dimaksud dengan undang-undang dengan kata pembayaran ialah pelaksanaan atau pemenuhan tiap perjanjian secara suka rela, artinya tidak dengan paksaan atau eksekusi. Jadi perkataan itu oleh undang-undang tidak melulu ditujukan pada penyerahan uang saja, tetapi penyerahan tiap barang menurut perjanjian, dinamakan pembayaran, bahkan sipekerja yang melakukan

¹²⁹Subekti, *Op.Cit.*, hlm 152.

pekerjaannya untuk majikannya dikatakan “membayar”. Pada dasarnya hanya orang yang berkepentingan saja yang dapat melakukan pembayaran secara sah, seperti orang yang turut berhutang atau si penanggung (*borg*). Barang yang dibayarkan haruslah milik orang yang melakukan pembayaran dan orang itu juga harus berhak untuk memindahkan barang-barang itu ketangan orang lain. Pembayaran itu harus dibayarkan kepada si berpiutang atau seorang yang telah dikuasakan olehnya atau undang-undang, misalnya seorang juru kuasa atau seorang wali.¹³⁰

Mengenai pembayaran sebagai salah satu alasan yang menyebabkan hapusnya perikatan dapat diketahui dalam Bagian I Bab IV Buku III KUHPerdara, mulai dari pasal 1328 KUHPerdara hingga pasal 1403 KUHPerdara. Diawali dengan ketentuan Pasal 1382 KUHPerdara dinyatakan bahwa “Tiap-tiap perikatan dapat dipenuhi oleh siapa saja yang berkepentingan, seperti orang yang berpiutang atau orang yang turut menanggung hutang.

Suatu perikatan bahkan dapat dipenuhi juga oleh seorang pihak ketiga yang tidak mempunyai kepentingan, asal saja pihak orang ketiga itu bertindak atas nama dan untuk melunasi utang debitor, atau jika ia bertindak atas namanya sendiri, asal ia tidak menggantikan hak-hak kreditor”. Dengan demikian yang dimaksud dengan pembayaran adalah pemenuhan perikatan, kewajiban atau utang debitor kepada kreditor.¹³¹

¹³⁰*Ibid*, hlm 152-153.

¹³¹Gunawan Widjaja, *Hapusnya Perikatan*, Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 13.

b. Penawaran Pembayaran Tunai Diikuti oleh Penyimpanan

Ini suatu cara untuk menolong si berhutang dalam hal si berpiutang tidak suka menerima pembayaran. Barang yang hendak dibayarkan itu diantarkan pada si berpiutang atau ia diperingatkan untuk mengambil barang itu dari suatu tempat. Jikalau ia tetap menolaknya, maka barang itu disimpan disuatu tempat atas tanggungan si berpiutang. Penawaran dan peringatan tersebut harus dilakukan secara resmi, misalnya oleh seorang jurusita yang membuat proses verbal dari perbuatannya itu sedangkan penyimpanan dapat dilakukan di Kepaniteraan Pengadilan Negeri, dengan diberitahukan kepada si berpiutang. Jika cara-cara yang ditetapkan oleh undang-undang dipenuhi, dengan disimpannya barang tersebut, si berhutang telah dibebaskan dari hutangnya. Artinya ia dianggap telah membayar secara sah.¹³²

c. Pembaruan Hutang

Suatu pembuatan baru yang menghapuskan suatu perikatan lama, sambil sambil meletakkan suatu perikatan baru. Menurut Pasal 1415 KUHPerdara dinyatakan bahwa, kehendak untuk melakukan suatu pembaruan hutang itu, harus ternyata secara jelas dari pembuatan para pihak (dalam Pasal ini perikatan akte berarti pembuatan). Suatu pembaharuan hutang misalnya, akan terjadi jika seseorang penjual barang membebaskan si pembeli dari pembayaran harga barang, tetapi si pembeli itu disuruh menandatangani suatu perjanjian pinjaman uang yang jumlahnya sama dengan harga barang itu, pembaharuan hutang dapat

¹³²Abdulkadir Muhammad, *Op.cit.* hlm 176.

juga terjadi, jika si berhutang dengan persetujuan si berpiutang diganti oleh seorang lain yang menyanggupi akan membayar hutang itu. Disini juga ada perjanjian baru yang membebaskan si berpiutang yang lama dengan timbulnya perikatan baru antara si berpiutang dengan orang yang baru itu.¹³³

d. Kompensasi atau Perhitungan Hutang Timbal Balik

Jika seorang yang berhutang, mempunyai suatu piutang pada si berpiutang, sehingga dua orang itu sama-sama berhak untuk menagih piutang satu kepada si berpiutang yang lainnya, maka hutang piutang antara kedua orang itu dapat di perhitungkan untuk suatu jumlah yang sama. Menurut Pasal 1426 KUHPerdara perhitungan itu terjadi dengan sendirinya. Artinya tidak perlu para pihak menuntut diadakannya perhitungan itu. Untuk perhitungan itu tidak diperlukan bantuan dari siapapun. Untuk dapat diperhitungkan satu sama lain, kedua berpiutang itu harus mengenai uang atau mengenai sejumlah uang yang semacam, misalnya beras atau hasil bumi lainnya dari satu kualitas. Lagi pula kedua piutang harus dapat dengan seketika ditetapkan jumlahnya dan seketika dapat ditagih.¹³⁴

¹³³Gunawan Widjaja, *Op.cit.* hlm. 80.

¹³⁴*Ibid*, hlm 81.

e. Pencampuran Hutang

Ini terjadi jika si berhutang kawin dalam pencampuran harta kekayaan dengan si berpiutang atau dengan si berhutang menggantikan hak-hak si berpiutang karena menjadi warisnya ataupun sebaliknya.¹³⁵

f. Pembebasan Hutang

Suatu perjanjian baru dimana si berpiutang dengan sukarela membebaskan si berhutang dari segala kewajibannya. Pembebasan itu diterima baik oleh si berhutang. Sebab ada juga kemungkinan seseorang yang berhutang tidak suka dibebaskan dari hutangnya. Dalam Pasal 1439 KUHPerdara dinyatakan bahwa jika si berpiutang dengan sukarela memberikan surat perjanjian hutang dengan si berhutang, itu dapat dianggap suatu pembuktian tentang adanya suatu pembebasan hutang. Dalam Pasal 1441 KUHPerdara dinyatakan bahwa Jika suatu barang tanggungan dikembalikan, itu belum dianggap menimbulkan persangkaan tentang adanya pembebasan hutang.¹³⁶

g. Hapusnya Barang yang Dimaksudkan dalam Perjanjian

Dalam Pasal 1444 KUHPerdara dinyatakan bahwa, Jika suatu barang tertentu yang dimaksudkan dalam perjanjian hapus atau karena suatu larangan yang dikeluarkan oleh pemerintah, tidak boleh di perdagangkan atau hilang sampai tidak terang keadaannya, maka perikatan menjadi hapus, asal saja hapus

¹³⁵J. Satrio, *Op.cit.* hlm 146.

¹³⁶*Ibid*, hlm 147

atau hilangnya barang tersebut sama sekali di luar kesalahan si berhutang dan sebelumnya ia lalai menyerahkannya. Bahkan meskipun ia lalai menyerahkan barang itu, ia pun akan bebas dari perikaaan apabila ia dapat membuktikan bahwa hapusnya barang itu disebabkan karena suatu kejadian diluar kekuasaannya.¹³⁷

h. Pembatalan Perjanjian

Kalau yang dimaksudkan oleh undang-undang itu untuk melindungi suatu pihak yang membuat perjanjian sebagaimana halnya dengan orang-orang yang masih dibawah umur atau dalam hal terjadi suatu paksaan, kekhilafan atau penipuan, maka pembatalan itu hanya dpat dituntut oleh orang yang hendak dilindungi oleh undang-undang itu. Akan tetapi dalam hal yang dimaksudkan oleh undang-undang itu untuk menjaga ketertiban umum, sebagaimana halnya dengan perjanjian-perjanjian yang mempunyai sebab yang bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan atau ketertiban umum, maka pembatalan itu dapat dimintakan oleh siapa saja asal mempunyai kepentingan. Penuntutan pembatalan yang dapat diajukan oleh salah satu pihak yang merasa dirugikan, karena perjanjian itu harus dilakukan dalam waktu lima tahun, waktu mana yang diperoleh seseorang dalam membuat perjanjian yang dibuat oleh seorang yang belum dewasa dihitung dari orang itu menjadi dewasa dan dalam hal suatu perjanjian yang dibuat karena kekhilafan ataupun penipuan ini diketahuinya. Penuntutan pembatalan akan tidak diterima oleh hakim, jika ternyata sudah ada penerimaan baik dari pihak yang dirugikan. Karena orang yang telah menerima

¹³⁷Gunawan Widjaja, *Op.cit.* hlm 127.

baik satu kekurangan atau suatu perbuatan yang merugikan padanya, dapat dianggap telah melepaskan haknya untuk meminta pembatalan.¹³⁸

B. Perjanjian yang Dilarang Menurut Undang-undang No. 5 Tahun 1999

1. Pengertian Perjanjian yang Dilarang

Pasal 1 angka 7 Undang-undang No. 5 Tahun 1999 menyebutkan definisi perjanjian yaitu suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis. Berdasarkan perumusan pengertian tersebut, dapat disimpulkan unsur-unsur perjanjian menurut konsepsi Undang-undang No. 5 Tahun 1999 meliputi :

- a. Perjanjian terjadi karena suatu perbuatan
- b. Perbuatan tersebut dilakukan oleh pelaku usaha sebagai para pihak dalam perjanjian
- c. Perjanjian dapat dibuat secara tertulis atau tidak tertulis
- d. Tidak menyebut tujuan perjanjian.¹³⁹

Pengertian ini tidak jauh berbeda dengan pengertian perjanjian dalam *Kamus Besar Bahasa Indonesia* yang menyatakan bahwa perjanjian adalah persetujuan (tertulis atau dengan lisan) yang dibuat oleh dua pihak atau lebih, masing-masing bersepakat akan menaati apa yang tersebut dalam persetujuan itu. Sedangkan dalam *Black's Law Dictionary* yang dimaksud dengan perjanjian

¹³⁸Subekti, *Op.Cit.*, hlm 156

¹³⁹Rahmadi Usman, *Op. Cit*, hlm. 37

atau kontrak adalah “*an agreement between two or more persons which creates an obligation to do or not to do a particular thing*”.¹⁴⁰

Dengan demikian, meskipun sulit untuk dibuktikan, perjanjian lisan secara hukum sudah dapat dianggap perjanjian yang sah dan sempurna. Unsur adanya perjanjian tetap disyaratkan, dimana perjanjian lisan dianggap sudah cukup memadai untuk menyeret si pelaku untuk bertanggung jawab secara hukum.¹⁴¹ Jika dibandingkan dengan definisi yang diberikan dalam Pasal 1313 KUHPerdata yang merumuskan perjanjian sebagai suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih, maka dapat dilihat bahwa pada prinsipnya secara esensi tidak ada suatu perbedaan yang berarti, hanya saja dalam Undang -Undang No. 5 Tahun 1999 definisi yang telah diberikan secara tegas menyebutkan pelaku usaha sebagai subjek hukumnya, yaitu setiap orang perseorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai usaha dalam bidang ekonomi.¹⁴²

Perjanjian yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7 tersebut adalah perjanjian sepihak. Namun, tidak berarti hanya perjanjian sepihak yang terkena Undang -Undang No. 5 Tahun 1999. Harus dipahami bahwa perjanjian sepihak

¹⁴⁰Hermansyah, *Op. Cit*, hlm. 24.

¹⁴¹Munir Fuady, Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli Menyongsong Era Persaingan Sehat*, Citra Aditya Bakti, Bandung 2003 hlm. 51.

¹⁴²Ahmad Yani dan Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis Anti Monopoli*, PT. Raja Grafindo Persada. Jakarta. 1999, hlm. 21.

saja sudah dapat terkena Undang -Undang No. 5 Tahun 1999. Kalau perjanjian sepihak tidak dilarang, keadaan ini akan disalahgunakan, sehingga akan terjadi perjanjian sepihak yang ditaati oleh pihak-pihak yang sebenarnya tidak terikat yang akhirnya merusak persaingan. Hal ini bisa diatasi dengan menambah suatu ketentuan lain seperti persekongkolan. Dengan ini, walaupun pasal perjanjian tidak bisa diberlakukan, mereka akan terkena ketentuan terakhir.¹⁴³

Secara sederhana untuk memudahkan pengertian membaca berbagai cara untuk lebih memudahkan pengertian tentang analisis suatu perjanjian dalam konteks persaingan, perjanjian yang diartikan lebih sekedar *meeting of minds*:

A. Dinyatakan (*expressed agreement*)

- 1) Dalam bentuk kontrak sehingga melingkupi penawaran dan penerimaan
- 2) Dinyatakan dalam pertemuan dua pemikiran yang bersifat informal

B. Tersirat (*implied agreement*)

- 1) Dengan melihat perubahan pada pasar secara terus-menerus
- 2) Menggunakan faktor plus untuk melihat perubahan kondisi pasar.¹⁴⁴

2. Jenis-Jenis Perjanjian yang Dilarang

Jenis-jenis perjanjian yang dilarang oleh Undang -Undang No. 5 Tahun 1999 diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 16. Dilarangnya jenis-jenis perjanjian sebagaimana diuraikan di bawah ini karena dapat mengakibatkan

¹⁴³Rahmadi Usman, *Op. Cit*, hlm. 38.

¹⁴⁴*Ibid*, hlm. 39.

praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Adapun jenis-jenis perjanjian tersebut adalah sebagai berikut:

a. Perjanjian Oligopoli

Perjanjian oligopoli (*shared monopoly*) ini dilarang dalam Pasal 4 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, yang berbunyi:

- 1) Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan /atau pemasaran barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat
- 2) Pelaku usaha patut diduga atau dianggap secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa, sebagaimana dimaksud oleh ayat 1 apabila 2 (dua) atau 3 (tiga) pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Dari perumusan Pasal 4 Undang-Undang No.5 Tahun 1999 tersebut telah terlihat bahwa suatu perjanjian yang menimbulkan oligopoli dilarang jika terpenuhinya unsur-unsur sebagai berikut:

- 1) Adanya suatu perjanjian
- 2) Perjanjian tersebut dibuat antar pelaku usaha
- 3) Tujuan dibuatnya perjanjian tersebut adalah untuk secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan atau pemasaran barang atau jasa

- 4) Perjanjian tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan curang
- 5) Praktik monopoli atau persaingan curang patut diduga telah terjadi jika dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar dari satu jenis barang atau jasa.¹⁴⁵

Berdasarkan Pasal 4 ini, perjanjian oligopoli dilarang apabila dapat merugikan persaingan, jadi bukan *per se illegal*. Sehingga dalam penerapannya harus diteliti dengan seksama apakah suatu perjanjian oligopoli itu merupakan tindakan yang dilarang atau tidak dengan memperhatikan unsur-unsur sebagai berikut:

- 1) Apakah tindakan tersebut terjadi pada suatu pasar tertentu baik pasar produk maupun pasar geografis
- 2) Selidiki pula apakah pelaku atau para pelaku usaha tersebut memiliki kekuatan untuk menguasai pasar tersebut
- 3) Kemudian harus diperhatikan apakah pelaku atau para pelaku usaha tersebut dalam melakukan praktik monopoli tersebut mempunyai niat atau kesengajaan untuk melakukan praktik monopoli.

Bila ketiga unsur tersebut dipenuhi maka barulah pelaku usaha dapat dikanakan pasal oligopoli tersebut.¹⁴⁶

¹⁴⁵Munir Fuady, *Op. Cit*, hlm. 53-54

¹⁴⁶Asril Sitompul, *Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Tinjauan Terhadap Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung 1999, hlm. 45

Pendekatan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 agak berbeda dalam hal oligopoli tersebut, karena biasanya oligopoli tidak terbentuk hanya dari perjanjian melainkan melalui penyesuaian (penyelarasan) perilaku masing-masing pelaku usaha. Di dalam pasar oligopoli khususnya barang-barang yang homogen akan terjadi keterkaitan reaksi, contohnya jika satu pelaku usaha menaikkan harga salah satu produknya maka pelaku usaha yang lain juga akan menaikkannya, demikian juga sebaliknya apabila harga diturunkan. Hal ini dapat terjadi karena sifat barang-barang yang homogen mengakibatkan tidak terjadinya.¹⁴⁷

b. Perjanjian Penetapan Harga

1) Penetapan harga (*price fixing*)

Pasal 5 ayat (1) melarang pelaku usaha membuat perjanjian dengan pesaing-pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa bagi konsumen atau pelanggannya. Jadi seharusnya para pelaku usaha yang mengadakan perjanjian tersebut bersaing satu sama lain di dalam harga tetapi karena adanya perjanjian tersebut, maka tidak ada lagi persaingan di antara mereka.

Dalam Pasal 5 ayat (1) ini penetapan harga secara horizontal dilarang tanpa melihat efek negatif dari perjanjian tersebut terhadap persaingan. Dengan kata lain, walaupun efek negatif yang ditimbulkan kecil terhadap persaingan, perjanjian tersebut tetap dilarang.¹⁴⁸

¹⁴⁷ M. Udin Silalahi, *op.cit*, hlm. 81

¹⁴⁸ Ayudha D. Prayoga, et.al, *Op. Cit*, hlm. 79

Perjanjian penetapan harga ini dapat mencakup: perjanjian penetapan kenaikan harga, perjanjian tentang suatu formula tertentu untuk perhitungan harga, perjanjian untuk menghilangkan atau membuat diskon dan rabat, perjanjian tentang syarat-syarat kredit bagi pelanggan atau konsumen, perjanjian untuk menghilangkan produk-produk yang dipasarkan pada harga yang murah untuk dapat membatasi *supply* dan mempertahankan tingginya harga.¹⁴⁹ Undang-undang memberikan pengecualian terhadap larangan membuat perjanjian ini jika perjanjian penetapan harga ini dibuat dalam hal usaha patungan atau didasarkan pada undang-undang yang berlaku.¹⁵⁰

2) Diskriminasi harga (*price discrimination*)

Pasal 6 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian yang mengakibatkan pembeli yang satu harus membayar dengan harga yang berbeda dari harga yang harus dibayar oleh pembeli lain untuk barang atau jasa yang sama. Terdapat berbagai bentuk dan tingkatan strategis diskriminasi harga, di mana setiap tingkatan menuntut informasi yang berbeda mengenai konsumen, yaitu:

- a) Diskriminasi harga sempurna, di mana produsen akan menetapkan harga yang berbeda untuk setiap konsumen. Setiap konsumen akan dikenakan harga yang tertinggi yang sanggup dibayarnya. Dengan menerapkan strategi ini, produsen akan menyerap seluruh surplus konsumen, sehingga

¹⁴⁹ *Ibid*, hlm. 80

¹⁵⁰ Pasal 5 ayat (2) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.

dapat mencapai laba yang paling tinggi. Strategi ini hanya dapat diterapkan dalam kasus tertentu saja, karena menuntut produsen untuk mengetahui dengan tepat berapa jumlah maksimum yang ingin dibayarkan oleh konsumen untuk jumlah barang yang ditawarkan.

- b) Pada situasi di mana produsen tidak dapat mengidentifikasi maksimum harga yang dapat dikenakan untuk setiap konsumen, atau situasi di mana produsen tidak dapat melanjutkan struktur harga yang sama untuk tambahan unit penjualan, maka produsen akan menerapkan strategi diskriminasi harga tingkat kedua, di mana produsen akan menerapkan sebagian surplus dari konsumen. Pada strategi ini produsen akan menerapkan harga yang berbeda untuk setiap pembelinya berdasarkan jumlah barang yang dibeli. Pembeli yang bersedia membeli barang yang lebih banyak diberikan harga per unit yang lebih murah. Makin sedikit barang yang dibeli, harga per unitnya semakin mahal. Strategi ini banyak digunakan pada penjualan grosir atau swalayan besar.
- c) Bentuk terakhir diskriminasi harga umumnya ditetapkan produsen yang mengetahui bahwa permintaan atas produk mereka beragam secara sistematis, berdasarkan karakteristik konsumen dan kelompok demografis. Pada kondisi ini, produsen dapat memperoleh keuntungan dengan mengenakan tarif yang berbeda untuk setiap kelompok konsumen yang berbeda.¹⁵¹

¹⁵¹ Ayudha D. Prayoga, et.al, *Op.cit*, hlm. 94-95.

3) Penetapan harga di bawah pasar (*Predatory Pricing*)

Perjanjian penetapan harga di bawah pasar ini diatur dalam Pasal 7 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, di mana pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga di bawah harga pasar, yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat. Berdasarkan pasal tersebut, perjanjian penetapan harga di bawah biaya marginal yang dilarang adalah perjanjian yang dibuat pelaku usaha dengan pelaku usaha pesaingnya dengan tujuan menetapkan harga di bawah pasar atau di bawah biaya rata-rata, yang membawa akibat timbulnya persaingan usaha tidak sehat. Pada satu sisi, penetapan harga di bawah biaya marginal akan menguntungkan konsumen dalam jangka pendek, tetapi di pihak lain akan sangat merugikan pesaing (produsen lain).¹⁵²

4) Perjanjian penetapan harga jual kembali atau Perjanjian dengan persyaratan tertentu (*Resale Price Maintenance*)

Dari bunyi Pasal 8 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 terlihat bahwa *resale price maintenance* hanya dilarang apabila ia dapat mengakibatkan terjadinya praktik persaingan usaha tidak sehat; berbeda dengan *price fixing* yang bersifat *per se illegal*. Perjanjian *resale price maintenance* dapat terjadi antara supplier dan distributor-distributornya di mana supplier menetapkan suatu harga terendah dari suatu barang atau jasa yang harus ditaati oleh distributor-distributor tersebut. Dengan kata lain, para distributor tersebut tidak boleh

¹⁵² Rahmadi Usman, *Op. Cit*, hlm. 50.

menjual atau memasok kembali barang atau jasa tersebut dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah ditetapkan tersebut.

Adapun alasan diadakannya perjanjian ini adalah untuk menghindari *intra-brand competition* di antara para distributor yang dapat mengancam stabilitas jaringan ecerannya. Selain itu, supplier juga dapat lebih mudah untuk mempertahankan persepsi konsumen terhadap kualitas produknya.¹⁵³

c. Perjajian Pembagian Wilayah (*Market Allocation*)

Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bertujuan untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar terhadap barang dan atau jasa sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.¹⁵⁴ Perjanjian pembagian wilayah ini dapat bersifat horizontal maupun vertikal. Perjanjian ini dilarang karena pelaku usaha meniadakan atau mengurangi persaingan dengan cara membagi wilayah pasar atau alokasi pasar; dimana wilayah pemasaran dapat berarti wilayah negara Republik Indonesia misalnya kabupaten, provinsi atau wilayah regional lainnya.¹⁵⁵

Dalam ilmu hukum antimonopoli, dikenal berbagai macam pembagian pasar (secara horizontal) yang secara yuridis tidak dibenarkan, yaitu sebagai berikut:

- 1) Pembagian pasar territorial
- 2) Pembagian pasar konsumen

¹⁵³ Ayudha D. Prayoga, et.al, *Op. Cit*, hlm. 80-81.

¹⁵⁴ Pasal 9 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.

¹⁵⁵ Hermansyah, *Op. Cit*, hlm. 30.

- 3) Pembagian pasar fungsional
- 4) Pembagian pasar produksi

d. Perjanjian Pemboikotan

Perjanjian mengenai pemboikotan terdapat dalam Pasal 10 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, dimana pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang dapat menghalangi pelaku usaha lain untuk melakukan usaha yang sama, baik untuk tujuan pasar dalam negeri maupun luar negeri. Atau pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menolak menjual setiap barang dan atau jasa dari pelaku usaha lain sehingga perbuatan tersebut akan merugikan atau dapat diduga akan merugikan atau dapat diduga akan merugikan pelaku usaha lain; atau membatasi pelaku usaha lain dalam menjual atau membeli setiap barang atau jasa dari pasar bersangkutan. Hal ini dapat juga disebut dengan *group boycott*. Pemboikotan ini merupakan suatu perjanjian horizontal yang dapat menutup akses kepada input yang diperlukan oleh pesaing-pesaing lain.¹⁵⁶

e. Perjanjian Kartel

Kamus Hukum Ekonomi mengartikan kartel (*cartel*) sebagai “persekongkolan atau persekutuan di antara beberapa produsen produk sejenis dengan maksud untuk mengontrol produksi, harga, dan penjualannya, serta untuk memperoleh posisi monopoli”.

¹⁵⁶ Ayudha D. Prayoga, et.al, *Op. Cit*, hlm. 84.

Perjanjian untuk membentuk kartel tidak dibenarkan oleh Pasal 11 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, yaitu menyatakan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya, yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang dan atau jasa, yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Adapun dari pengertian tersebut, bentuk-bentuk kartel dapat berupa kartel harga, kartel produksi dan kartel pembagian wilayah pemasaran. Inilah yang secara klasik disebut dengan *hard core cartels*.¹⁵⁷

Perjanjian Kartel merupakan salah satu perjanjian yang kerap kali terjadi dalam tindak monopoli. Secara sederhana, kartel adalah perjanjian satu pelaku usaha dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menghilangkan persaingan di antara keduanya. Dengan perkataan lain, kartel (*cartel*) adalah kerja sama dari produsen-produsen produk tertentu yang bertujuan untuk mengawasi produksi, penjualan, dan harga serta untuk melakukan monopoli terhadap komoditas atau industri tertentu.¹⁵⁸

Secara klasik, kartel dapat dilakukan melalui tiga hal, yakni dalam hal “harga”, “produksi”, dan “wilayah pemasaran”. Terdapat dua kerugian yang terjadi pada kartel yakni, *pertama*, terjadinya praktik monopoli oleh para pelaku kartel sehingga secara makro mengakibatkan inefisiensi alokasi sumber daya yang dicerminkan dengan timbulnya *deadweight loss*. *Kedua*, dari segi

¹⁵⁷ M. Udin Silalahi, *Op. Cit*, hlm.17.

¹⁵⁸Mustafa Kamal Rokan, *Op.cit*, hlm. 105.

konsumen akan kehilangan pilihan harga, kualitas yang bersaing, dan layanan purna jual yang baik.¹⁵⁹

Unsur - unsur Kartel antara lain adalah:

1. Adanya suatu perjanjian
2. Perjanjian tersebut dilakukan dengan pelaku usaha pesaing
3. Tujuannya untuk mempengaruhi harga
4. Tindakan untuk mempengaruhi harga dilakukan dengan jalan mengatur produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa tertentu
5. Tindakan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.¹⁶⁰

Komisi membuat indikator awal untuk mengidentifikasi kartel di dalam pedoman Pasal 11 Tentang Kartel. Secara teori, ada beberapa faktor struktural maupun perilaku sebagai indikator awal dalam melakukan identifikasi eksistensi sebuah kartel pada sektor bisnis tertentu.¹⁶¹ Berikut merupakan cara bagi KPPU untuk melakukan upaya menemukan alat bukti dalam indikasi terjadinya kartel melalui metode analisis ekonomi. Beberapa diantaranya sebagai berikut:

- 1) Tingkat konsentrasi dan jumlah perusahaan
- 2) Ukuran perusahaan
- 3) Homogenitas produk
- 4) Kontak multi pasar

¹⁵⁹Farid Nasution dan Retno Wiranti, *Kartel dan Problematikanya*, Majalah Kompetisi, Jakarta, 2008, hlm. 4.

¹⁶⁰Mustafa Kamal Rokan, *Op.cit*, hlm. 107

¹⁶¹KPPU, *Draft Pedoman Kartel*, diakses dari http://www.kppu.go.id/docs/Pedoman/draft_pedoman_kartel.pdf.

- 5) Persediaan dan kapasitas produk
- 6) Keterkaitan kepemilikan
- 7) Kemudahan masuk pasar
- 8) Karakter permintaan: keteraturan, elastisitas dan perubahan
- 9) Kekuatan tawar pembeli (*buyer power*).¹⁶²

Kartel dapat dideteksi dengan cara melihat perilaku dari para pelaku usaha yang saling memberikan informasi dan transparansi diantara mereka. Biasanya para pelaku usaha berusaha untuk menyimpan hal-hal yang menjadi rahasia keberhasilan perusahaan dalam mendapatkan pembeli/konsumen. Namun dalam kartel tidak diperlukan cara khusus untuk mendapatkan konsumen. Oleh karena ketidakhadiran dari persaingan yang sesungguhnya diantara pelaku usaha menjadikan pelaku usaha merasa aman akan laba dari perusahaan. Peran asosiasi biasanya juga penting dalam hal ini pertukaran informasi. Asosiasi dapat digunakan sebagai media yang mengatasnamakan asosiasi namun didalamnya terdapat pertukaran informasi dan transparansi harga, jumlah produksi dan pemasaran. Tindakan yang menurut KPPU merupakan hal yang melanggar ketentuan dari Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 dapat disamakan oleh adanya pertemuan-pertemuan yang mengatasnamakan asosiasi dagang.

Pada teorinya memang perjanjian kartel sangat menguntungkan para anggota kartel, dan sebaliknya sangat merugikan konsumen. Namun pada praktiknya, kartel sangat susah untuk dipertahankan karena sangat tergantung

¹⁶² Pengaturan Kartel dan contoh kasus, Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 4 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 11 tentang Kartel dari Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, hlm. 20.

kepada kesetiaan para pelakunya yang bila tidak dapat dipertahankan maka akan mengakibatkan harga kembali kepada titik persaingan.¹⁶³

f. Trust

Pasal 12 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 melarang adanya lembaga trust ini di mana pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk melakukan kerjasama dengan membentuk gabungan perusahaan atau perusahaan perseroan yang lebih besar, dengan tetap menjaga dan mempertahankan kelangsungan hidup masing-masing perusahaan atau perseroan anggotanya, yang bertujuan untuk mengontrol produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat. Melihat namanya, bentuk perjanjian ini sebenarnya yang merupakan inspirasi lahirnya undang-undang antimonopoli Amerika Serikat (*Antitrust Law*) di mana gabungan perusahaan raksasa membentuk suatu perusahaan besar yang bertujuan mengontrol produksi atau pemasaran dan menguasai pasar.¹⁶⁴

g. Oligopsoni

Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lainnya untuk secara bersama-sama menguasai pembelian atau penerimaan pasokan, agar dapat mengendalikan harga atas barang dan atau jasa dalam pasar

¹⁶³ Ningrum Natasya Sirait, *Op. Cit*, hlm. 92.

¹⁶⁴ Ningrum Natasya Sirait, *Kumpulan Tulisan Berbagai Aspek Mengenai Hukum Persaingan*, Pustaka Bangsa Press, Medan, 2004, hlm. 10

bersangkutan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.¹⁶⁵

Dugaan bila pelaku usaha patut diduga atau dianggap secara bersama-sama menguasai pembelian atau penerimaan pasokan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.¹⁶⁶

Perjanjian oligopsoni ini merupakan kebalikan dari oligopoli yang terjadi di tingkat penjualan sedangkan oligopsoni terjadi di tingkat pembelian.¹⁶⁷ Selain itu, perjanjian ini juga merupakan bentuk jamak dari monopsoni.¹⁶⁸

h. Integrasi vertikal

Integrasi vertikal adalah suatu penguasaan serangkaian proses produksi atas barang tertentu mulai dari hulu sampai hilir atau proses yang berlanjut atas suatu layanan jasa tertentu oleh pelaku usaha tertentu.¹⁶⁹ Pada umumnya argumentasi pembenaran dari tindakan melakukan integrasi vertikal adalah alasan pencapaian efisiensi yang sebenarnya justru disarankan undang-undang. Dapat dikemukakan beberapa manfaat tambahan yang diperoleh suatu perusahaan bila perusahaan tersebut berintegrasi vertikal dari hulu ke hilir, di antaranya:

¹⁶⁵ Pasal 13 ayat (1) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999

¹⁶⁶ Pasal 13 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999

¹⁶⁷ Ningrum Natasya Sirait, *Op.cit*, hlm. 14

¹⁶⁸ Monopsoni dimaksudkan sebagai seorang atau pelaku usaha yang menguasai pasar yang besar untuk membeli suatu produk

¹⁶⁹ Munir Fuady, *op.cit*, hlm. 68

- 1) Manfaat ekonomi karena karakter teknologi: mungkin terdapat penghematan biaya karena eksternalitas antar jalur produksi. Misalnya dalam industri baja, lebih menguntungkan untuk mengempa baja selagi panas. Jadi lebih menguntungkan untuk memiliki pabrik lembar baja dan pengempaan baja dalam satu atap daripada memisahkannya pada pabrik yang lain.
- 2) Manfaat ekonomi karena adanya kepastian kontrak: integrasi vertikal seringkali diambil sebagai langkah untuk menghindari perilaku perusahaan pemasok yang tidak menaati kontrak. Misalnya perusahaan yang memasok botol pada perusahaan minuman dapat menekan biaya produksi dengan tidak menaati prosedur pembuatan botol yang tercantum dalam kontrak antara perusahaan minuman dengan perusahaan pembuat botol minuman. Akibatnya mutu botol dapat berkurang, yang pada akhirnya dapat merusak citra perusahaan minuman tersebut.
- 3) Manfaat ekonomi karena pengurangan biaya transaksi: terdapat banyak kemungkinan yang terjadi di pasar. Namun tidak mungkin memperkirakan semua kemungkinan yang akan terjadi dan mencantumkannya dalam kontrak. Untuk mengurangi biaya transaksi yang mungkin timbul dalam situasi tak pasti, seringkali transaksi-transaksi tersebut perlu dilakukan dalam satu atap.¹⁷⁰

Tetapi yang menjadi perhatian dari perilaku yang menghambat persaingan apabila suatu perusahaan ketika menghadapi persaingan kemudian melakukan

¹⁷⁰ Ayudha D. Prayoga, et.al, *op.cit*, hlm. 106

*transfer pricing*¹⁷¹ atau kecurangan biaya produksi dalam invoice atau kwitansi mereka. Adapun tujuan dari *transfer pricing* ini adalah menekan biaya yang terjadi di level terbawah (dari unit ritel ke tangan konsumen) yang akan menjadi relatif lebih rendah dibanding dengan biaya produk yang tidak berasal dari produk integrasi vertikal. Selain itu, *transfer pricing* dapat memberikan keuntungan kepada pelaku usaha yang melakukannya sehingga pesaingnya tidak akan mampu bersaing di level tertentu dalam rangkaian produksi sampai pada tingkat konsumen.¹⁷²

Kesimpulan yang dapat ditarik adalah dampak integrasi vertikal bagi persaingan dan efisiensi tidak terlalu jelas. Di satu sisi terdapat alasan-alasan penghematan biaya yang dapat diperoleh dari integrasi tersebut. Di lain sisi, integrasi vertikal dapat digunakan oleh perusahaan untuk menghambat persaingan atau meningkatkan laba monopoli. Yang jelas, dampak negatif dari integrasi vertikal semakin jelas jika terdapat masalah monopoli di hulu atau hilir. Jika masalah monopoli ini dapat diatasi maka integrasi vertikal tidak terlalu penting untuk dipermasalahkan.¹⁷³

i. Perjanjian Tertutup

Pada prinsipnya seorang pelaku usaha bebas untuk menentukan sendiri pihak penjual atau pembeli atau pemasok suatu produk di pasar sesuai dengan

¹⁷¹ *Transfer pricing* adalah saat pelaku usaha memberikan harga yang lebih rendah kepada perusahaan yang terintegrasi diatas atau dibawahnya dengan tujuan membuat biaya produksi lebih rendah sehingga akan mengakibatkan harga jual yang lebih rendah dibanding pelaku usaha pesaingnya karena biaya produksi yang relatif rendah.

¹⁷² Ningrum Natasya Sirait, hlm. 11.

¹⁷³ Ayudha D. Prayoga, et.al, *op.cit*, hlm. 108.

berlakunya hukum pasar. Karena itu, setiap perjanjian yang membatasi kebebasan tersebut bertentangan dengan hukum pasar dan dapat mengakibatkan persaingan curang. Perjanjian yang membatasi kebebasan pelaku usaha tertentu untuk memilih sendiri pembeli, penjual atau pemasok disebut dengan istilah perjanjian tertutup. Perjanjian tertutup yang dilarang oleh Pasal 15 Undang - Undang No. 5 Tahun 1999 ini sebagai berikut :

- 1) Penerima produk hanya akan memasok kembali produk tersebut kepada pihak tertentu saja
- 2) Penerima produk tidak akan memasok kembali produk tersebut kepada pihak tertentu saja
- 3) Penerima produk hanya akan memasok kembali produk tersebut kepada tempat tertentu saja
- 4) Penerima produk tidak akan memasok kembali produk tersebut kepada tempat tertentu saja
- 5) Penerima produk harus bersedia membeli produk lain dari pelaku pemasok tersebut. Inilah yang disebut dengan *Tie-In Agreement* atau *Tying Agreement*¹⁷⁴
- 6) Penerima produk diberi potongan harga jika bersedia membeli produk lain dari pelaku pemasok
- 7) Penerima produk diberikan potongan harga jika tidak membeli produk dari pelaku pemasok.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Tying agreement dapat didefinisikan sebagai penjualan produk dengan syarat bahwa si pembeli harus juga membeli produk lain yang sebenarnya bisa dibeli oleh pembeli itu dari penjual lain.

¹⁷⁵ Munir Fuady, *Op.cit*, hlm. 68.

Salah satu ciri dari perjanjian tertutup ini ialah apabila pelaku usaha tersebut memiliki kekuatan pasar pada salah satu produknya sehingga dapat memaksakan kehendak kepada pelanggannya untuk membeli produk yang lain yang belum tentu dibutuhkan atau menjadi pilihannya.¹⁷⁶ Perjanjian tertutup ini termasuk ke dalam pembagian distribusi vertikal. Pembatasan distribusi vertikal ini dapat dibagi ke dalam dua katagori sebagai berikut:

- 1) Penetapan harga jual kembali, seperti penetapan harga maksimum penjualan kembali atau penetapan harga minimum penjualan kembali. Tetapi dalam hal ini, Pasal 8 Undang -Undang No. 5 Tahun 1999 melarang penetapan harga minimum. Sedangkan penetapan harga maksimum untuk distribusi vertikal tidak dilarang.
- 2) Pembatasan distribusi vertikal yang bukan tentang harga, misalnya pengalokasian konsumen dalam wilayah tertentu atau kelas konsumen tertentu kepada pihak-pihak penjual kembali (*reseller*) yang tertentu.

J. Perjanjian dengan Pihak Luar Negeri

Perjanjian dengan pihak luar negeri yang dilarang dalam Pasal 16 Undang -Undang No. 5 Tahun 1999 apabila pelaku usaha membuat perjanjian dengan pihak luar negeri yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Terdapat berbagai masalah dalam unsur Pasal 16 ini sebab tidak dijelaskan perjanjian yang bagaimana yang dimaksudkan dengan

¹⁷⁶ Ningrum Natasya Sirait, *Op.cit*, hlm. 12.

perjanjian luar negeri karena selama ini berbagai perjanjian telah dijalankan baik dalam bentuk kerjasama (*joint venture*), kontrak bisnis maupun perjanjian lainnya.¹⁷⁷

Selain itu, terdapat kejanggalan dalam hal pihak yang melakukan perjanjian tersebut yaitu siapa saja pihak lain di luar negeri ini, sebab menimbulkan beberapa persepsi misalnya apakah yang dimaksud perusahaan atau badan hukum Indonesia yang merupakan cabang / afiliasi dari perusahaan asing¹⁷⁸ ataupun sebaliknya termasukkah perusahaan atau badan hukum yang berdomisili di luar negeri namun merupakan cabang / afiliasi dari perusahaan atau badan hukum Indonesia serta ada juga pemahaman pihak luar yang memang tidak memiliki hubungan sama sekali dengan pelaku usaha tersebut sebelumnya.

3. Perjanjian yang Dikecualikan dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999

Salah satu alasan terdapat perlunya pengecualian dalam hukum persaingan karena ada kebutuhan yang mendasar terhadap pengaturan jenis kegiatan, pihak maupun industri tertentu yang menyangkut kepentingan umum yang apabila dihitung secara ekonomi, proses produksi yang dilakukan oleh satu perusahaan saja akan mampu mengurangi biaya produksi secara keseluruhan. Selain itu, perlindungan terhadap pihak yang lemah dalam proses persaingan yang sangat keras yang dapat mengakibatkan sebagian pelaku usaha tersingkir dari proses persaingan¹⁷⁹

¹⁷⁷ *Ibid*, hlm. 13.

¹⁷⁸ Insan Budi Maulana, *Op. cit*, hlm. 26.

¹⁷⁹ Ningrum Natasya Sirait, *Hukum Persaingan di Indonesia, op.cit*, hlm. 214.

Latar belakang filosofis yuridis mengenai pengecualian dalam Undang - Undang No. 5 Tahun 1999 ini adalah berdasarkan Pasal 33 ayat (1) UUD RI Tahun 1945 di mana demokrasi ekonomi Indonesia berdasarkan asas kekeluargaan, di mana:

- a. Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara
 - b. Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat
 - c. Potensi, inisiatif dan daya kreasi setiap warga negara dikembangkan sepenuhnya dalam batas-batas yang tidak merugikan kepentingan umum
- Dengan demikian, UUD RI Tahun 1945 sejak awal telah menginstruksikan adanya proteksi terhadap bidang-bidang perekonomian tertentu.

Pada Bab IX, Pasal 50 (a) dikatakan bahwa yang dikecualikan dari undang-undang ini adalah:

- a. Perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku**

Beberapa unsur yang terdapat dalam Pasal 50 huruf a sebagai berikut :¹⁸⁰

Pertama, unsur Perbuatan yang dalam hal ini memiliki makna yang sama dengan kata “kegiatan” yang terdapat dalam Undang -Undang No. 5 Tahun 1999

¹⁸⁰ Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No: 253/KPPU/Kep/VII/2008 tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999, hlm. 12.

terutama dalam Pasal 17 sampai dengan Pasal 29 yang berupa larangan bagi pelaku usaha untuk melakukan sesuatu. Sehingga ketentuan yang diatur pada pasal-pasal tersebut dapat dikecualikan apabila dilakukan bertujuan melaksanakan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam hal terdapat peraturan perundang-undangan yang tidak secara langsung diamanatkan sebagai peraturan pelaksana dari suatu undang-undang, maka peraturan tersebut tidak dapat mengesampingkan Undang -Undang No. 5 Tahun 1999. Dengan demikian apabila materi muatan peraturan perundang-undangan di bawah Undang -Undang tersebut bertentangan dengan Undang -Undang No.5 Tahun 1999 maka tidak dapat diterjemahkan sebagai pengecualian sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf a Undang -Undang No. 5 Tahun 1999.¹⁸¹

Sebaliknya, walaupun peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar bagi pelaku usaha untuk melakukan perbuatan dan atau perjanjian adalah dalam bentuk Peraturan Menteri misalnya, tetapi jika Peraturan Menteri tersebut diterapkan atas delegasi dari Undang -Undang, maka perbuatan dan atau perjanjian tersebut walaupun akibatnya tidak sejalan dengan ketentuan Undang -Undang No. 5 Tahun 1999, pelaku usaha tersebut tidak dapat dikenakan sanksi hukum. Hal tersebut karena, tindakan hukum pelaku usaha adalah untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku, jadi termasuk dalam katagori pengecualian sebagaimana dimaksud pasal 50 huruf a.¹⁸²

¹⁸¹*Ibid*, hlm. 13.

¹⁸²*Ibid*.

Kedua, kata Perjanjian yang sesuai dengan perumusan Pasal 1 angka 7. *Ketiga*, unsur “bertujuan melaksanakan” yang dapat diartikan bahwa pelaku usaha melakukan sesuatu tindakan bukan atas otoritas sendiri tetapi berdasarkan perintah dan kewenangan yang secara tegas diatur dalam undang-undang atau peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tetapi mendapat delegasi secara tegas dari undang-undang. Melaksanakan peraturan perundang-undang tidak dapat ditafsirkan sama dengan berdasarkan peraturan perundang-undangan. “Melaksanakan” selalu dikaitkan dengan kewenangan yang secara tegas diberikan pada subjek hukum tertentu oleh undang-undang (peraturan perundang-undangan) sedangkan “berdasarkan” tidak terkait dengan pemberian kewenangan, tetapi semata-mata hanya menunjukkan untuk suatu hal tertentu diatur dasar hukumnya.¹⁸³

Keempat, kata Peraturan Perundang-undangan yang berlaku mengacu pada ketentuan Pasal 7 ayat (1) dan ayat (4) Undang -Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Yang termasuk jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan mencakup Undang -Undang Dasar Tahun 1945, Undang- Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden dan Peraturan Daerah. Selain itu, dalam Pasal 7 ayat (4) juga disebutkan Peraturan lainnya seperti peraturan yang dikeluarkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Bank Indonesia, Menteri, Kepala Badan,

¹⁸³*Ibid*, hlm. 14.

Lembaga/Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa/ yang setingkat.¹⁸⁴

b. Perjanjian yang berkaitan dengan hak atas kekayaan intelektual seperti lisensi, paten, merek dagang, hak cipta, desain produk industri, rangkaian elektronik terpadu, dan rahasia dagang, serta perjanjian yang berkaitan dengan waralaba

Ketentuan pengecualian pasal 50 huruf b ini harus dilihat dalam konteks undang-undang Paten, Merek Dagang, Hak Cipta, dll yang relevan dan telah disesuaikan dengan TRIPS. Tetapi dalam undang-undang hak kekayaan intelektual tersebut tidak ada disinggung kaitannya dengan masalah persaingan usaha. Maka pengecualian mutlak untuk hak atas kekayaan intelektual dari ketentuan persaingan usaha menimbulkan masalah dalam hukum persaingan usaha. Selain itu, dalam Pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999 melarang tanpa kecuali perjanjian eksklusif dan perjanjian distribusi, sedang pasal 50 mengecualikan sama sekali perjanjian lisensi dari jangkauan undang-undang ini.¹⁸⁵

Penemuan dalam bidang hak kekayaan intelektual umumnya bertujuan untuk peningkatan kualitas kehidupan umat manusia, sehingga wajar memberikan hak menikmati penemuannya dengan memberikan hak monopoli

¹⁸⁴*Ibid*, hlm. 16.

¹⁸⁵*Ibid*, hlm. 418.

yang dilindungi oleh undang-undang dalam kurun waktu tertentu sebelum menjadi milik publik (*public domain*). Alasan lain ialah penelitian hak atas kekayaan intelektual memerlukan dedikasi, biaya dan waktu yang lama, sehingga apresiasi terhadap upaya ini diberikan dengan jalan monopoli yang diproteksi.¹⁸⁶

c. Perjanjian penetapan standar teknis produk barang dan atau jasa yang tidak mengekang dan atau menghalangi persaingan

Perjanjian *de facto* antara pelaku usaha tentang penggunaan suatu standar yang seragam merupakan kartel yang menghalangi persaingan. Di lain sisi, perjanjian tersebut diperlukan untuk memungkinkan terjadinya persesuaian antar produk industri sehingga dapat menjamin penggunaannya di seluruh dunia.¹⁸⁷ Oleh sebab itu, yang dikecualikan hanya standar teknis yang tidak menghalangi persaingan usaha. Bentuk dari standarnya sendiri tidak menentukan, karena standar yang tidak mengikat juga dapat mengakibatkan hambatan persaingan. Yang menentukan adalah, apakah ada perjanjian sesuai dengan Pasal 1 angka 7 yang mengikat perusahaan-perusahaan terkait.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Ningrum Natasya Sirait, *Hukum Persaingan di Indonesia, op.cit*, hlm. 224.

¹⁸⁷ Knud Hansen, *et.al, Undang-Undang No.5 Tahun 1999: Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Law Concerning the Prohibiton of Monopolistic Practices and Unfair Competiton)*, GTZ bekerjasama dengan PT Katalis, Jakarta 2002, hlm. 444-445.

¹⁸⁸ Hal ini berhubungan dengan spesifikasi teknis murni akan selalu terjadi, apabila disepakati secara mengikat di antara pelaku usaha untuk mematuhi standar yang sebenarnya tidak mengikat. Tetapi dengan syarat tertentu spesifikasi tersebut dapat diterima, misalnya kalau tidak ada persaingan dan menurut situasi persaingan tersebut tidak mungkin terjadi karena tidak mempunyai manfaat ekonomi.

d. Perjanjian dalam rangka keagenan yang isinya tidak memuat ketentuan untuk memasok kembali barang dan atau jasa dengan harga lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan

Hukum Indonesia membedakan antara perwakilan dagang dan agen tunggal (*sole agent*). Apabila Pasal 50 ini menjangkau kedua bentuk tersebut, maka Pasal 15, yang melarang distribusi vertikal, menjadi tidak berarti. Namun, Pasal 50 d ini pada dasarnya hanya menjangkau perjanjian dengan perwakilan dagang, tidak dengan penyalur mandiri atau distributor. Hal ini terlihat dalam rumusnya yaitu hanya hubungan keagenan yang dibebaskan.

e. Perjanjian kerjasama penelitian untuk peningkatan atau perbaikan standar hidup masyarakat luas

Pengecualian akan berlaku atas dasar persyaratan sebagai berikut:

- 1) Semua pihak yang diikutsertakan berhak atas pemanfaatan hasil penelitian dan pengembangan bersama tersebut untuk tujuan penelitian lanjutan dan pemanfaatan. Namun, institut penelitian, lembaga akademis atau pelaku usaha yang memasok penelitian dan pengembangan sebagai jasa komersial tanpa umumnya aktif dalam pemanfaatan hasil untuk penelitian lebih lanjut
- 2) Tanpa mengabaikan Pasal 2, di mana perjanjian penelitian dan pengembangan hanya mengatur penelitian dan pengembangan bersama, masing-masing pihak harus bebas mandiri untuk memanfaatkan hasil

penelitian dan pengembangan bersama dan *know-how* yang sudah ada sebelumnya yang diperlukan untuk tujuan pemanfaatan termaksud.

- 3) Setiap penelitian bersama harus berkaitan dengan hasil yang dilindungi oleh hak kekayaan intelektual atau merupakan *know how* yang secara substansial mempunyai kontribusi terhadap kemajuan teknis atau ekonomis dan hasilnya harus bersifat menentukan terhadap produksi produk perjanjian atau terhadap penerapan proses perjanjian
- 4) Pelaku usaha yang ditugaskan untuk memproduksi melalui spesialisasi dalam produksi harus disyaratkan menerima tugas dari semua pihak, kecuali kalau perjanjian penelitian dan pengembangan bersama itu juga mengatur distribusi bersama.¹⁸⁹

f. Perjanjian internasional yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Republik Indonesia

Pengecualian yang dibicarakan di sini adalah negara sebagai subjek hukum perdata, bukan subjek hukum internasional. Walaupun negara membuat perjanjian dengan negara lain ataupun lembaga keuangan internasional maka negara atau pemerintah di sini dalam kapasitas sebagai subjek hukum perdata (*jure gestionis*) bukan sebagai subjek hukum publik (*jure imperii*).¹⁹⁰

¹⁸⁹ Knud Hansen, *et.al, op.cit*, hlm. 455.

¹⁹⁰ Emmy Yuhassarie, *et.al, op.cit*, hlm. 52.

g. Perjanjian dan atau kebutuhan yang bertujuan untuk ekspor yang tidak mengganggu kebutuhan dan atau pasokan pasar dalam negeri

Perjanjian ini dikecualikan karena tujuannya adalah membuka pasar di luar negeri. Ini tidak terlepas dari sejarah pembuatan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, di mana Indonesia saat itu berada dalam krisis ekonomi sehingga diperlukan dorongan untuk melakukan ekspansi dan penetrasi ke pasar luar negeri.

h. Pelaku usaha yang tergolong dalam usaha kecil

Pengecualian ini dianggap sangat khas Indonesia, karena pengecualian ini tidak dikenal di berbagai yurisdiksi.¹⁹¹ Adapun pengecualian ini memang bertujuan untuk melindungi usaha kecil yang merupakan komponen ekonomi kerakyatan yang dikehendaki Undang-Undang Dasar Tahun 1945.

i. Kegiatan usaha koperasi yang secara khusus bertujuan untuk melayani anggotanya

Usaha koperasi merupakan ciri khas ekonomi Indonesia dan dapat disebut sebagai bentuk klasik kegiatan ekonomi “orang kecil”, yang berasal dari mentalitas kebudayaan penduduk Indonesia, yaitu secara gotong royong melaksanakan tujuannya.¹⁹² Ketentuan tentang pengecualian koperasi ini erat hubungannya dengan pengecualian “usaha kecil”. Karena meskipun suatu

¹⁹¹ *Ibid*, hlm. 53.

¹⁹² Knud Hansen, *et.al, op.cit*, hlm. 475.

koperasi hanya beranggotakan usaha-usaha kecil, tetap harus dipastikan bahwa koperasi itu sendiri memenuhi persyaratan yang termuat dalam Pasal 50 huruf h. Jika tidak, maka untuk koperasi tersebut berlaku Undang-Undang No. 5 Tahun 1999.¹⁹³

Dalam pasal 51 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 juga disebutkan pengecualian oleh Badan Usaha Milik Negara (BUMN) sebagai berikut:

“Monopoli dan atau pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara diatur dalam undang-undang dan diselenggarakan oleh BUMN dan atau badan atau lembaga yang ditunjuk oleh Pemerintah.”

Perhitungan ekonomi memperlihatkan bahwa monopoli alamiah yang dilakukan oleh suatu perusahaan jelas akan lebih menguntungkan apabila hal tersebut berhubungan dengan hajat hidup orang banyak dan industri vital.¹⁹⁴

¹⁹³ *Ibid*, hlm. 479.

¹⁹⁴ Ningrum Natasya Sirait, *Hukum Persaingan di Indonesia*, *op.cit*, hlm. 232.