

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang Perjanjian

1. Pengertian Itikad Baik

Dalam bahasa Indonesia, frasa "itikad baik" terdiri atas dua komponen, "itikad" yang berarti kepercayaan atau keyakinan yang teguh dan tidak gampang bergeser, serta "baik", yang merepresentasikan kualitas positif atau menguntungkan. Beritikad berarti memiliki keyakinan yang kuat terhadap sesuatu, benar-benar percaya pada suatu hal, dan memiliki hasrat yang sungguh-sungguh terhadap sesuatu. Dalam konteks KUHPerdara, terutama Pasal 1338 ayat 3, disebutkan bahwa pelaksanaan suatu perjanjian harus didasarkan pada asas itikad baik. Ini menggarisbawahi bahwa tidak hanya itikad baik yang menjadi dasar pelaksanaan, namun juga penghormatan terhadap norma-norma kesusilaan dan kepatutan adalah esensial dalam setiap perjanjian. Prinsip ini mendukung pengaturan perjanjian agar berlangsung dengan adil dan sesuai dengan nilai-nilai moral yang berlaku.

Pengertian itikad baik menurut para ahli:

- a. Itikad baik adalah keinginan dari suatu pihak dalam perjanjian untuk menghindari menimbulkan kerugian pada pihak lain yang turut serta dalam perjanjian itu atau pada kepentingan umum. Hal ini menegaskan pentingnya asas itikad baik dalam menjaga integritas dan keadilan dalam suatu perjanjian¹¹

¹¹ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak Dan Perlindungan Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Di Indonesia*, Jakarta: Institut Bankir Indonesia. 1993, hal 122

- b. Konsep itikad baik terbagi menjadi dua kategori, yaitu itikad baik subyektif dan itikad baik objektif. Itikad baik subyektif berhubungan dengan kejujuran pribadi seseorang dalam menjalankan kegiatan hukum. Sementara itu, itikad baik objektif berkaitan dengan kewajiban menjalankan perjanjian yang sesuai dengan norma kesopanan umum atau yang dianggap pantas oleh masyarakat luas¹²
- c. Dalam kamus hukum *Black's Law Dictionary*, istilah itikad baik diartikan sebagai perilaku yang dilandasi oleh kejujuran yang sebenarnya, keterbukaan, dan kesungguhan tanpa adanya unsur penipuan atau kecurangan, serta tanpa rekayasa atau tindakan yang bersifat pura-pura.

Asas itikad baik yang terkandung dalam pembentukan perjanjian diuraikan dengan jelas dalam Pasal 1338 KUHPerdara. Menurut pasal ini, perjanjian yang telah disusun sesuai dengan aturan hukum memiliki kekuatan mengikat setara dengan undang-undang bagi semua pihak yang berpartisipasi. Perjanjian ini hanya dapat diakhiri melalui kesepakatan kolektif antar pihak atau karena alasan-alasan spesifik yang sudah ditetapkan oleh undang-undang. Selain itu, pelaksanaan dari perjanjian tersebut harus dijalankan dengan itikad baik oleh semua pihak. Berdasarkan ketentuan dalam pasal tersebut, asas itikad baik menjadi syarat esensial yang harus dijunjung oleh setiap pihak dalam sebuah perjanjian. Itikad baik terbagi menjadi dua pengertian, yaitu:

¹² Nur Muliadi. Asas Kebebasan Berkontrak Dalam Kaitannya Dengan Perjanjian Baku (Standard Contract). www.pojokhukum.com.

- a. Itikad baik secara obyektif, yang menekankan bahwa pelaksanaan perjanjian harus sesuai dengan norma-norma kesusilaan dan kepatutan. Hal ini menunjukkan bahwa perjanjian tersebut harus dijalankan sedemikian rupa agar tidak membawa kerugian kepada salah satu pihak
- b. Itikad baik secara subyektif, yang berkaitan dengan keadaan batin individu yang terlibat dalam perjanjian. Dalam konteks hukum benda, itikad baik ini dapat diinterpretasikan sebagai sebuah tindakan yang dilandasi oleh kejujuran.

2. Pengertian Perjanjian

Perjanjian adalah sumber penting yang melahirkan perikatan. pengertian perjanjian diatur dalam pasal 1313 KUHPerdara: “Perjanjian atau persetujuan adalah suatu perbuatan hukum dimana seorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap seorang atau lebih”. Dapat diartikan suatu perbuatan hukum dimana seorang berjanji kepada seorang lain, atau dimana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu. Suatu perjanjian menerbitkan perikatan, oleh karena itu perjanjian merupakan sumber terpenting yang melahirkan perikatan. Dalam bentuknya perjanjian itu berupa suatu rangkaian kata-kata yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis.

a. Macam-macam Perjanjian

Perjanjian terdiri dari 2 (dua) macam, yaitu perjanjian yang *obligatoir* dan perjanjian yang *non obligatoir*¹³

¹³ Komariah, SH., M.Si., M.Hum, 2016, Hukum Perdata, UMM Press, Malang. Hlm. 140.

- 1) Perjanjian *obligatoir*, yaitu perjanjian dimana mengharuskan atau mewajibkan seseorang membayar atau menyerahkan sesuatu.
- 2) Perjanjian non *obligatoir* yaitu perjanjian yang tidak mengharuskan seseorang membayar atau menyerahkan sesuatu

b. Unsur-Unsur Perjanjian

Suatu perjanjian itu harus memenuhi 3 (tiga) macam unsur:

- 1) *Essentialia*, ialah unsur yang sangat esensi/penting dalam suatu perjanjian yang harus ada. Unsur *essentialia* ini ciri-cirinya ditentukan oleh Undang-Undang dan tidak bisa disimpangi atau dikesampingkan oleh para pihak.
- 2) *Naturalia*, ialah unsur perjanjian yang sewajarnya ada jika tidak dikesampingkan oleh kedua belah pihak.
- 3) *Accidentalialia*, ialah unsur perjanjian yang ada jika dikehendaki oleh kedua belah pihak

c. Asas-Asas Perjanjian

- 1) Asas konsensualitas, artinya dengan kata sepakat antara kedua belah pihak, perjanjian sudah mengikat. Jadi perikatan lahir sejak detik tercapainya kesepakatan. Perjanjian konsensualitas ini dapat penulis simpulkan dari pasal 1320 KUHPerdara yang menentukan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian adalah kata sepakat. karena dalam pasal tersebut tidak disebutkan suatu formalitas tertentu disamping kesepakatan yang tercapai itu, maka disimpulkan bahwa setiap perjanjian itu sudah sah atau mengikat

apabila sudah tercapai kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian itu

- 2) Bentuk perjanjian bebas, artinya perjanjian tidak terikat pada bentuk tertentu. Jadi boleh diadakan secara tertulis, boleh dengan lisan dan sebagainya. Terhadap asas dalam bentuk perjanjian ini terdapat kekecualian, yakni adanya perjanjian formil, misalnya: pendirian PT, perjanjian jual beli tanah, hipotik dan sebagainya. Asas bentuk perjanjian bebas ini juga dapat disimpulkan dari pasal 1320 KUHPerdata seperti asas konsensualitas.
- 3) Asas itikad baik, artinya semua perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik (*te goeder trouw; in good faith*). Demikianlah isi Pasal 1338 ayat 3 KUH Perdata. Asas ini menegaskan bahwa para pihak dalam membuat perjanjian harus didasarkan pada itikad baik dan kepatutan, yang mengandung pengertian pembuatan perjanjian antara para pihak harus didasarkan pada kejujuran untuk mencapai tujuan bersama. Pelaksanaan perjanjian juga harus mengacu pada apa yang patut dan seharusnya diikuti dalam pergaulan masyarakat. Asas ini merupakan asas yang harus ada dalam setiap perjanjian, dan tidak bisa ditiadakan meskipun para pihak menyepakatinya.
- 4) Kebebasan berkontrak (*freedom of Contract*), pengertian asas kebebasan berkontrak adalah:

- a. Setiap orang bebas membuat jenis-jenis perjanjian yang diatur dalam Undang-undang yang dikenal dengan perjanjian bernama seperti perjanjian jual beli, sewa menyewa, pinjam meminjam dan sebagainya. Maupun membuat perjanjian tidak bernama yakni perjanjian yang belum diatur oleh Undang-Undang;
 - b. Membuat atau tidak membuat perjanjian;
 - c. Mengadakan perjanjian dengan siapapun;
 - d. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaannya, dan persyaratannya;
- d. Menentukan bentuk perjanjian apakah lisan atau tertulis.
- 1) *Pacta Sun Servanda*, yaitu apa yang diperjanjikan mengikat kedua belah pihak. Asas ini dapat disimpulkan dari pasal 1338 ayat (10) KUHPerdara seperti halnya asas kebebasan berkontrak tersebut diatas. Mengikat artinya masing-masing pihak dalam perjanjian tersebut harus menghormati dan melaksanakan isi perjanjian, serta tidak boleh melakukan perbuatan yang bertentangan dengan isi perjanjian. Isi perjanjian yang mengikat tersebut berlaku sebagai Undang-undang (Undang-Undang dalam arti konkrit) bagi mereka yang membuatnya.
 - 2) Asas persamaan hak, yaitu asas ini menempatkan para pihak dalam perjanjian mempunyai persamaan derajat, dengan tidak mengindahkan perbedaan bangsa, ras, agama, golongan, jenis

kelamin maupun status sosial. Masing-masing pihak wajib mengakui persamaan hak ini dan harus menghormatinya.

- 3) Asas kepercayaan, yaitu para pihak mau mengadakan perjanjian karena adanya kepercayaan satu sama lain bahwa masing-masing akan melaksanakan prestasi (bagi debitur) dan tegegn atau kontra prestasi (bagi kreditur). Tanpa adanya unsur kepercayaan ini, tidak terjadi perjanjian antara para pihak.
- 4) Asas kepatutan, yaitu dituangkan dalam pasal 1339 KUHPerdara “bahwa perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang menjadi tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, dan Undang-Undang, menurut asas ini ukuran tentang hubungan para pihak ditentukan juga oleh rasa keadilan dalam masyarakat.
- 5) Asas kepastian hukum, yaitu dalam 1338 KUHPerdara menegaskan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya. Dari pasal ini tertuang asas kepastian hukum, karena mengakui isi perjanjian sebagai Undang-Undang bagi para pihak yang disebut dengan Undang-Undang dalam arti konkrit, yakni undang-undang yang lahir dari perjanjian dan hanya berlaku pada para pihak dalam perjanjian.

e. Syarat Sah Perjanjian

Untuk menentukan keabsahan suatu perjanjian maka harus dikaji terlebih dahulu bagaimana hukum kontrak mengatur syarat-syarat keabsahan kontra. Dalam hukum kontrak Amerika menentukan empat syarat sah nya suatu perjanjian, yaitu:

- 1) Adanya penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*).
- 2) Adanya persesuaian kehendak (*meeting of minds*)
- 3) Adanya prestasi (*consideration*).
- 4) Adanya kewenangan hukum para pihak (*competent legal parties*) dan pokok persoalan yang sah (*legal subject matter*)¹⁴.

Hampir sama dengan ini, Pasal 1320 KUHPerdara juga menentukan empat syarat sah nya perjanjian, yaitu:

- 1) Adanya kesepakatan (*toesteming*) para pihak.

Kata sepakat di dalam perjanjian pada dasarnya adalah pertemuan atau persesuaian kehendak antara para pihak di dalam perjanjian. Seseorang dikatakan memberikan persetujuannya atau kesepakatannya (*toestemming*) jika ia memang menghendaki apa yang disepakati. Mariam Darus Badruzaman berpendapat bahwa pengertian sepakat sebagai persyaratan kehendak yang disetujui (*overeenstemende wilsverklaring*) antar pihak-pihak. Pernyataan pihak yang menawarkan dinamakan tawaran (*offerte*). Pernyataan pihak yang menerima penawaran dinamakan akseptasi

¹⁴ Salim HS, Hukum Kontrak:Teori & Teknik Penyusunan Kontrak, Cetakan I,(Sinar Grafika : Jakarta, 2003), Hlm. 161-162

(*acceptatie*)¹⁵. Mengingat tidak adanya definisi penawaran tersebut, Rutten mendefinisikan penawaran sebagai suatu usul untuk menutup perjanjian yang ditujukan kepada pihak lawan janjinya, usul mana telah dirumuskan sedemikian rupa sehingga penerimaan usul itu langsung menimbulkan perjanjian¹⁶

Kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antara satu orang atau lebih dengan pihak lainnya. Dengan sepakat dimaksudkan bahwa pihak-pihak yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat dan setuju mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang diadakan itu. Kesepakatan kedua belah pihak dalam suatu perjanjian itu harus diberikan secara bebas¹⁷. Pernyataan kehendak merupakan pernyataan bahwa ia harus menghendaki timbulnya hubungan hukum. Kesesuaian kehendak antara dua saja belum melahirkan perjanjian, karena kehendak tersebut harus dinyatakan, harus nyata bagi pihak yang lain, dan harus dapat dimengerti oleh pihak lain.

2) Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian.

Orang-orang yang mengadakan perjanjian harus cakap dan berwenang untuk melakukan perjanjian tersebut. Dalam pasal 1330 KUHPerdara disebutkan orang-orang yang tidak cakap untuk membuat suatu perjanjian, yaitu:

¹⁵ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, (Alumni : Bandung, 1994), Hlm. 24

¹⁶ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Timbul dari Perjanjian*, Buku 1, (Citra Aditya Bakti : Bandung, 1995), Hlm. 166.

¹⁷ Komariah, *Op Cit*, Hlm. 146

- a) Orang-orang yang belum dewasa;
- b) Mereka yang ditaruh dibawah pengampunan;
- c) Orang perempuan yang telah kawin (dengan adanya UU No.1 Tahun 1974, ketentuan ini tidak berlaku lagi).

3) Suatu hal tertentu

Syarat sahnya perjanjian yang ketiga yakni adanya suatu hal tertentu (*een bepaald onderwerp*). Pasal 1333 KUHPerdara menentukan bahwa suatu perjanjian harus mempunyai pokok suatu benda (*zaak*) yang paling sedikit dapat ditentukan jenisnya. Suatu perjanjian harus memiliki objek tertentu. Suatu perjanjian harus mengenai suatu hal tertentu berarti bahwa apa yang diperjanjikan, yakni hak dan kewajiban kedua belah pihak. Barang yang dimaksudkan dalam perjanjian paling sedikit dapat ditentukan jenisnya. Istilah barang dimaksud di sini apa yang dalam bahasa Belanda disebut sebagai *zaak*.

Zaak dalam bahasa Belanda tidak hanya berarti barang dalam arti sempit, tetapi juga berarti yang lebih luas lagi, yakni pokok persoalan. Oleh karena itu, objek perjanjian tidak hanya berupa benda, tetapi juga bisa berupa jasa. J. Satrio menyimpulkan bahwa yang dimaksud dengan suatu hal tertentu dalam perjanjian adalah objek prestasi perjanjian. Isi prestasi tersebut harus tertentu atau paling sedikit dapat ditentukan jenisnya. KUHPerdara menentukan bahwa barang yang dimaksud

tidak harus disebutkan, asalkan nanti dapat dihitung atau ditentukan. Misalnya mengenai perjanjian “panen tembakau dari suatu ladang dalam tahun berikutnya” adalah sah. Perjanjian jual beli “teh untuk seribu rupiah” tanpa penjelasan lebih lanjut, harus dianggap tidak cukup jelas. Komariah menyimpulkan bahwa suatu hal tertentu artinya barang yang menjadi obyek perjanjian paling sedikit harus dapat ditentukan jenisnya, sedangkan jumlahnya tidak menjadi soal asalkan dapat ditentukan kemudian. Barang-barang yang diperdagangkan (pasal 1332 KUHPerdara);

- a. Barang-barang yang sedikitnya dapat ditentukan jenisnya (pasal 1333 KUHPerdara). Tidaklah menjadi halangan bahwa jumlah barang tidak tentu, asal saja jumlah itu dikemudian hari dapat ditentukan atau dihitung jumlahnya;
- b. Barang-barang yang akan ada dikemudian hari (pasal 1334 ayat (1) KUHPerdara), kecuali warisan yang belum terbuka (pasal 1334 ayat (20) KUHPerdara)
- c. Adanya sebab yang halal (*geoorloofde oorzaak*). Syarat sahnya perjanjian yang keempat adalah adanya kausa hukum yang halal. Kata kausa yang diterjemahkan dari kata *oorzaak* (Belanda) atau *causa* (Latin) bukan berarti sesuatu yang menyebabkan seseorang membuat perjanjian, tetapi mengacu kepada isi dan tujuan perjanjian itu sendiri. Misalnya dalam perjanjian jual beli, isi dan tujuan atau kausanya adalah pihak

yang satu menghendaki hak milik suatu barang, sedangkan pihak lainnya menghendaki uang.

Menurut Pasal 1335 jo 1337 KUHPerdota bahwa suatu kausa dinyatakan terlarang jika bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. Suatu kausa dikatakan bertentangan dengan undang-undang, jika kausa di dalam perjanjian yang bersangkutan isinya bertentangan dengan undangundang yang berlaku. Untuk menentukan apakah suatu kausa perjanjian bertentangan dengan kesusilaan (*goede zeden*) bukanlah masalah yang mudah karena istilah kesusilaan tersebut sangat abstrak, yang isinya bisa berbeda-beda antara daerah yang satu dan daerah atau antara kelompok masyarakat yang satu dan lainnya Selain itu penilaian orang terhadap kesusilaan dapat pula berubahubah sesuai dengan perkembangan zaman.

Syarat sahnya perjanjian yang disebutkan dalam pasal 1320 KUHPerdota nomor 1 yakni adanya kesepakatan para pihak dan syarat nomor 2 yakni kecakapan untuk membuat suatu perjanjian disebut syarat subyektif, karena syarat tersebut merupakan syarat yang harus dipenuhi oleh subyek atau para pihak dalam perjanjian. Sedangkan syarat nomor 3 yaitu syarat hal tertentu dan syarat nomor 4 yaitu syarat sebab atau causa yang halal disebut syarat obyektif, karena syarat tersebut harus dipenuhi oleh obyek perjanjian. Tidak dipenuhinya salah satu atau lebih dari syarat-

syarat sahnya perjanjian sebagaimana yang diatur dalam pasal 1320 baik syarat subyektif maupun obyektif yang akan mempunyai akibat-akibat sebagai berikut¹⁸:

- a) Non-eksistensi, apabila tidak ada kesepakatan maka tidak timbul perjanjian.
- b) *Vernietigbaar* atau dapat dibatalkan, apabila kontrak tersebut lahir karena adanya cacat kehendak (*wilsgebreke*) atau karena ketidakcakapan (*onbekwaamheid*) Pasal 1320 BW syarat pertama dan kedua, berarti hal ini terkait dengan unsur subyektif, sehingga berakibat kontrak tersebut dapat dibatalkan; dan
- c) *Nietig* atau batal demi hukum, apabila terdapat perjanjian yang tidak memenuhi syarat objek tertentu atau kausanya tidak diperbolehkan (Pasal 1320 BW syarat ketiga dan keempat), berarti hal ini terkait dengan unsur obyektif, sehingga berakhirnya perjanjian tersebut batal demi hukum.

Berdasarkan penjelasan di atas, dapat diketahui bahwa syarat sahnya perjanjian ini bersifat kumulatif. Artinya seluruh persyaratan tersebut harus dipenuhi agar perjanjian itu menjadi sah, dengan konsekuensi tidak dipenuhi satu atau lebih syarat dimaksud akan menyebabkan perjanjian tersebut dapat diganggu gugat keberadaannya (batal/*neitig* atau dapat dibatalkan/*vernietigbaar*)¹⁹

¹⁸ J. Niewenhuis, Pokok-Pokok Hukum Perikatan (penerjemah: Djasadin saragih ed, fakultas Hukum Universitas Airlangga 1985).

¹⁹ Agus Yudha Hernoko, Azas Proporsionalitas Sebagai Perwujudan Doktrin Keadilan Berkontrak' (2007) XII Perspektif <http://jurnal-perspektif.org>, di akses pada tanggal 29 Juni 2018

Kesepakatan dalam perjanjian adalah wujud dari suatu persesuaian kehendak antara dua pihak atau lebih mengenai apa yang mereka kehendaki untuk dilaksanakan, bagaimana cara melaksanakan dan kapan akan dilaksanakan, serta siapa yang harus melaksanakan. Intinya adalah para pihak saling menyatakan kehendak masing-masing untuk menutup suatu perjanjian atau pernyataan pihak yang satu “cocok” dengan pernyataan pihak yang lain. Oleh sebab itu, pengertian sepakat dilukiskan sebagai pernyataan kehendak yang disetujui (*overeenstemende wilsverklaring*) antara pihak-pihak, yang mana dalam hal ini pernyataan pihak yang menawarkan dinamakan tawaran (*offerte*) dan pernyataan pihak yang menerima tawaran dinamakan akseptasi (*acceptatie*)²⁰

Dapat disimpulkan bahwa cacat kehendak meliputi sebagai berikut:

a) Unsur kekhilafan atau kesesatan (*dwaling*)

Unsur kekhilafan atau kesesatan (*dwaling*) manakala seseorang ketika membuat perjanjian tersebut dipengaruhi oleh pandangan atau kesan yang ternyata tidak benar.

Kesesatan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1322 BW meliputi kesesatan mengenai orangnya (*error in persona*) dan kesesatan mengenai hakikat benda yang diperjanjikan (*error in substantia*).

²⁰ Mariam Darus Badruzaman, Kompilasi Hukum Perikatan, (Citra Aditya Bakti : Bandung, 2001), Hlm. 74

b) Paksaan (*dwang*)

Paksaan (*dwang*) yang diatur dalam Pasal 1324-1327 BW, dikatakan timbul apabila seseorang tergerak untuk menutup perjanjian (memberikan kesepakatan) di bawah ancaman yang bersifat melanggar hukum. Ancaman dapat bersifat melanggar hukum dalam dua hal, yaitu:

- 1) Sesuatu yang diancamkan tersebut memang melanggar hukum (misal pembunuhan, penganiayaan, laporan palsu);
- 2) Sesuatu yang diancamkan tersebut tidak melanggar hukum, tetapi ancaman tersebut dimaksudkan untuk mencapai sesuatu yang tidak dapat menjadi hak pelakunya.

c) Penipuan (*bedrog*)

Sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1328 BW adalah suatu tipu muslihat yang dipakai oleh salah satu pihak sehingga menyebabkan pihak lain dalam perjanjian tersebut telah menandatangani perjanjian tersebut, padahal tanpa tipu muslihat tersebut, pihak lain itu tidak akan menandatangani perjanjian yang bersangkutan.

d) Penyalahgunaan Keadaan (*misbruik van omstandigheden*)

Penyalahgunaan keadaan yang merugikan salah satu pihak pada prinsipnya merupakan penyalahgunaan kesempatan oleh

pihak lain. Menurut van Dunne, penyalahgunaan kesempatan ini dibedakan dalam dua hal, yaitu:

- 1) Penyalahgunaan keunggulan ekonomi, apabila salah satu pihak mempunyai keunggulan ekonomis terhadap pihak lain, sehingga pihak lain tersebut terpaksa mengadakan kontrak (misal: dalam beberapa kasus hubungan bank-nasabah).
- 2) Penyalahgunaan keunggulan kejiwaan, apabila salah satu pihak menyalahgunakan ketergantungan relatif (misal: hubungan dokter-pasien; advokat-klien) atau keadaan jiwa yang istimewa dari pihak lawan (misal: gangguan jiwa, tidak berpengalaman atau kurang berpengetahuan).

B. Pengertian Waralaba (*Franchise*)

Franchise sendiri berasal dari bahasa Latin, yaitu *francorum rex* yang artinya “bebas dari ikatan”, yang mengacu pada kebebasan untuk memiliki hak usaha. Sedangkan pengertian *franchise* berasal dari bahasa Prancis abad pertengahan, diambil dari kata “*franch*” (bebas) atau “*francher*” (membebaskan), yang secara umum diartikan sebagai pemberian hak istimewa. Oleh sebab itu, pengertian *franchise* diinterpretasikan sebagai pembebasan dari pembatasan tertentu, atau kemungkinan untuk melaksanakan tindakan tertentu, yang untuk orang lain dilarang²¹

²¹ Sutedi, Hukum Waralaba, 6

Amerika Serikat melalui IFA (*International Franchise Association*) mendefinisikan *franchise* merupakan suatu metode bisnis yang dilakukan terwaralaba yang menjamin hak dalam menawar, menjual, atau mendistribusikan barang dan jasa dibawah format pemasaran yang didesain oleh pewaralaba. Pewaralaba mengizinkan terwaralaba untuk menggunakan merek dagang, nama dan iklannya²²

Menurut Asosiasi *Franchise* Indonesia, yang dimaksud dengan franchise adalah suatu sistem pendistribusian barang atau jasa kepada pelanggan akhir, dimana pemilik merek (*franchisor*) memberikan hak kepada individu atau perusahaan untuk melaksanakan bisnis dengan merek, nama, sistem, prosedur dan cara-cara yang telah ditetapkan sebelumnya dalam jangka waktu tertentu meliputi area tertentu²³. Pengertian *franchise* juga diberikan oleh *Wilbur Cross dalam Dictionary of Business Terms*, bahwa *franchise* lebih menekankan pada kewajiban untuk mempergunakan sistem, metode, tata cara, prosedur, metode pemasaran dan penjualan maupun hal-hal lain yang telah ditentukan oleh *franchisor* (Pemberi Waralaba) secara eksklusif, serta tidak boleh dilanggar maupun diabaikan oleh *franchise* (Penerima Waralaba)²⁴

Berdasarkan versi pemerintah Indonesia, yang dimaksud dengan *franchise* (waralaba) adalah perikatan dengan salah satu pihak diberikan hak untuk memanfaatkan dan atau menggunakan hak kekayaan intelektual (HAKI), atau pertemuan ciri khas usaha yang dimiliki pihak lain dengan suatu imbalan berdasarkan persyaratan yang ditetapkan oleh pihak lain tersebut dalam rangka penyediaan dan atau penjualan barang dan jasa²⁵

²² Eti Rochaety dan Ratih Tresnati, *Kamus Istilah Ekonomi* (Jakarta: Bumi Aksara, 2013), 108

²³ Sonny Sumarsono, *Manajemen Bisnis Waralaba* (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2009), 1

²⁴ Widjaja, *Lisensi atau Waralaba*, 19-20

²⁵ Anki Novairi Dari dan Aditya Bayu Aji, *Kaya Raya dengan Waralaba* (Yogyakarta: Katahati, 2011), 17

Jadi, *franchise* adalah pemberian hak untuk menjual produk berupa barang atau jasa dengan memanfaatkan merek dagang *franchisor*, dengan kewajiban pihak *franchise* untuk mengikuti metode dan tata cara atau prosedur yang telah ditetapkan oleh *franchisor*

Franchise merupakan salah satu format bisnis digemari karena risiko kegagalan yang lebih kecil ketimbang mendirikan sebuah bisnis baru. Terutama bagi pebisnis pemula. Ada dua jenis *franchise* yang sudah biasa dijalankan oleh pebisnis tanah air. Berdasarkan kriteria yang digunakan yakni²⁶:

1. *Franchise* Industrial

Franchise industrial adalah suatu bentuk kerja sama wirausaha antar pengusaha (*manufactur*). *Franchisor* adalah pemilik sistem *manufactur*. *Franchisor* memberikan hak kepada pengusaha (*manufactur*) lainnya untuk mengeksploitasi sistem manufaktur, untuk dioperasikan di wilayah yang terbatas. Semua sarana yang diberikan *franchisor* akan memungkinkan *franchise* melakukan bisnis usaha yang sama dengan *franchisor*, yaitu dengan mengopi formula dan metodologi yang tentunya sudah teruji.

2. *Franchise* Komersial

Franchise komersial dibagi ke dalam tiga jenis, yaitu *franchise* distribusi produk, distribusi jasa, dan *franchise mix*. *Franchise* distribusi produk bertujuan untuk mengomersialisasikan satu atau beberapa produk, yang biasanya diproduksi oleh *franchisor* secara eksklusif. *Franchise* distribusi jasa memiliki objek perusahaan yang terdiri dari satu atau kesatuan jasa, yang dikomersialisasikan oleh *franchise*, berdasarkan metodologi yang

²⁶ Novairi Dari, Kaya Raya dengan Waralaba , 23-24

dia terima dari *franchisor*. *Franchise mix* merupakan *franchise* yang memiliki objek komersialisai berupa gabungan antara produk dan jasa. Berdasarkan formatnya, *franchise* terbagi menjadi dua macam berikut ini²⁷:

3. *Franchise* produk dan merek dagang

Franchise jenis ini adalah pemberian hak izin dan pengelolaan dari franchisor kepada penerima waralaba (*franchise*) untuk menjual produk dengan menggunakan merek dagang dalam bentuk keagenan, distributor, atau lisensi penjualan. Franchisor membantu franchise dalam memilih lokasi yang baik dan aman, serta menyediakan jasa untuk membantu mengambil keputusan antara “jadi atau tidak jadi”.

4. *Franchise* format bisnis

Franchise jenis ini adalah sistem franchise yang tidak hanya menawarkan merek dagang dan logo, tetapi juga sistem yang lengkap dan komprehensif tentang tata cara menjalankan bisnis. Termasuk di dalamnya pelatihan dan konsultasi usaha dalam hal pemasaran, penjualan, pengelolaan stok, akunting, personalia, pemeliharaan dan pengembangan bisnis. Jenis waralaba yang banyak berkembang di Indonesia saat ini adalah jenis franchise format bisnis. Dalam transaksi semacam ini, pemberi lisensi franchise telah mengembangkan produk atau jasa dan keseluruhan sistem distribusi atau pengantaran serta pemasaran produk atau jasa tersebut. Terkadang, jasa pelayanan komponen barang atau jasa juga ditambahkan dalam sistem tersebut.

²⁷ Sutedi, Hukum Waralaba, 17-18

Selanjutnya, Martin Mandelsohn menyatakan bahwa *franchise* format bisnis ini terdiri atas²⁸:

- a. Konsep bisnis yang menyeluruh dari pemberi waralaba.
- b. Adanya proses permulaan dan pelatihan atas seluruh aspek pengelolaan bisnis, sesuai dengan konsep pemberi waralaba.
- c. Proses bantuan dan bimbingan yang terus-menerus dari pihak pemberi waralaba.

Adapun format usaha *franchise* diminati oleh masyarakat karena mengusung nama produk atau merek dagang yang sudah terkenal, sehingga dianggap dapat memberikan keuntungan *finansial* yang cukup menjanjikan bagi pelaku usaha yang berani menjalankan bisnis *franchise*. Sebagai suatu bentuk perjanjian, maka *franchise* (waralaba) tunduk pada ketentuan yang diatur secara umum dalam Kitab Undang-Undang Perdata, yakni²⁹:

- a. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
- b. Undang-Undang No.8Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.
- c. Undang-Undang No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang.
- d. Undang-Undang No. 15 Tahun 2001 tentang Merek.
- e. Undang-Undang No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang.
- f. Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba.
- g. Peraturan Menteri Perdagangan No. 71 Tahun 2019 tentang Penyelenggaraan Waralaba

²⁸ Widjaja, Lisensi atau Waralaba, 44

²⁹ Widjaja, Lisensi atau Waralaba, 110-111

Perjanjian waralaba merupakan suatu perjanjian yang sifatnya timbal balik, antara pemberi waralaba dengan penerima waralaba. Didalam perjanjian waralaba yang sifatnya timbal balik tersebut tentunya membebani suatu kewajiban-kewajiban tertentu bagi masing-masing pihak. Dapat dikatakan bahwa kewajiban bagi salah satu pihak merupakan hak bagi pihak lain, begitu pula sebaliknya. Dengan demikian penjelasan hak dan kewajiban dari para pihak (pemberi waralaba dan penerima waralaba) tersebut di bawah tidak dijelaskan secara berulang.

1. Hak pemberi waralaba dalam Perjanjian waralaba.

Adapun hak yang dimiliki pemberi waralaba yang merupakan kewajiban dari penerima waralaba adalah pemberi waralaba berhak mendapatkan:

- a. *Front Initial or "up" fee* yaitu sejumlah uang yang harus diberikan kepada pemberi waralaba sebagai bentuk terjadinya atau lahirnya hubungan antara para pihak (pemberi waralaba dan penerima waralaba)
- b. *Continuing Royalties*, yaitu kewajiban penerima waralaba membayar jasa selama perjanjian berlangsung, yang mana ketentuan semacam ini ditentukan dalam perjanjian waralaba dengan persentase meskipun demikian belum adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur perhitungannya, cara penyerahan dan penentuan besarnya persentase, pengaturan terhadap *royalty* ini dimaksudkan pula agar adanya kontrol terhadap devisa Negara.

c. *Other Fees*. Selain *fee-fee* yang harus dibayarkan tersebut diatas kepada pemberi waralaba, maka penerima waralaba biasanya membayar *fee-fee* lainnya atas biaya-biaya antara lain seperti *training fee, development /option fee*, tambahan uang sewa, komisi/pengurangan dari *supplier* kepada penerima waralaba, hubungan atas keterlambatan pembayaran, biaya audit.

2. Kewajiban Pemberi waralaba dalam Perjanjian waralaba.

Kalau dilihat dari beberapa pengertian dasar tentang waralaba sebelumnya, seperti yang dikemukakan oleh *The International Waralaba Association* maupun pakar waralaba, memberikan gambaran yang jelas bahwa dengan adanya kewajiban dari pemberi waralaba untuk melakukan atau memberikan bantuan teknik (*technical assistance*), pelatihan (*training*) dan tenaga kerja, perdagangan dan manajemen (*merchandising and management*). Bahkan kewajiban pemberi waralaba sudah dilakukan sebelum bisnis waralaba dimulai, meliputi:

- a. Program pelatihan yang meliputi aspek ekonomi atau bisnis yang akan dijalankan oleh penerima waralaba.
- b. Pengembangan tempat usaha yang di waralabakan, meliputi lokasi, kontruksi dan negosiasi sewa tempat; Hal tersebut dimaksudkan agar bisnis waralaba yang akan dijalankan oleh penerima waralaba bisa sesuai dengan standar bisnis yang dimiliki oleh pemberi waralaba, karena dengan pemberian lisensi melalui perjanjian waralaba sebenarnya pemberi waralaba mempertaruhkan sistem bisnis nya kepada penerima waralaba.

3. Hak penerima waralaba dalam perjanjian waralaba

Pada umumnya dalam pendirian usaha dengan menggunakan sistem waralaba, pihak penerima waralaba pada saat menandatangani perjanjian waralaba telah dibebani oleh *initial or up-front fee* atau *initial license fee/franchise fee* yang merupakan *sunk cost* bagi jaminan atas pelaksanaan bisnis waralaba yang akan dijalankan oleh penerima waralaba dengan jumlah yang relatif sangat tinggi, terhadap *initial fee* tersebut tidak dapat diminta kembali meskipun terjadi pengakhiran perjanjian tersebut, Pembebanan *fee* tersebut dalam perjanjian waralaba juga meliputi atas *royalty (continuing royalties) training fee*, serta biaya lainnya antara lain seperti *advertising fee*, maupun *management service fee*. Namun fokus analisis disini lebih menekankan pada royaltinya. Pembebanan atas royalti merupakan suatu bagian dari perjanjian lisensi pada umumnya, pembebanan atas royalti tersebut juga merupakan kewajiban yang harus dipenuhi oleh *licensee* atau penerima waralaba sebagai kompensasi penggunaan *trade mark/trade service licencor* atau pemberi waralaba. Salah satu aspek hukum yang harus dipertimbangkan sebagai "*legal audit*" dalam membuka bisnis waralaba baru adalah pembatasan royalti, oleh karenanya perlu pembahasan tersendiri terhadap royalti.

Pada perjanjian waralaba pembebanan atas royalti tersebut (pada perjanjian waralaba asing) seringkali didasarkan pada persentase penjualan bruto (*gross sales*) tiap bulan atau beberapa bulan yang ditentukan. Penerima waralaba berhak untuk:

- a. Memperoleh segala macam informasi yang berhubungan dengan hak atas kekayaan intelektual, penemuan atau ciri khas usaha misalnya sistem manajemen, cara penjualan atau penataan atau cara distribusi yang merupakan karakteristik khusus yang menjadi obyek waralaba, yang diperlukan olehnya untuk melaksanakan waralaba yang diberikan tersebut.
- b. Memperoleh bantuan dari pemberi waralaba atas segala macam cara pemanfaatan dan atau penggunaan. Hak atas kekayaan Intelektual penemuan atau ciri khas usaha misalnya sistem manajemen, cara penjualan atau penataan atau cara distribusi yang merupakan karakteristik khusus yang menjadi obyek waralaba.

4. Kewajiban Penerima waralaba dalam Perjanjian waralaba

Dalam perjanjian waralaba, penerima waralaba wajib dikenakan royalti. Sebagaimana dalam perjanjian tambahan perjanjian waralaba *Mac Donald's Corporation (Operating license agreement)* dan perjanjian waralaba pada *Chicken Delight, Inc*, yang mendasarkan pengenaan royalti pada prosentase penjualan bruto (*gross sales*). Adapun pada perjanjian waralaba Indonesia (Yayasan *Oxford Course* Indonesia) mendasarkan pengenaan royalti pada pendapatan *bruto (gross income)* pada umumnya dalam *franchising* pengenaan atas royalti ditetapkan melalui suatu persentase yang tetap yang dituangkan dalam perjanjian waralaba, bukan didasarkan pada kenaikan omzet penjualan penerima waralaba³⁰

³⁰ James A Dobkin (ed), *International Technology Joint Ventures in the Countries of the Pacific Rim*, Butterworth Legal Publishers, USA, 1988, hal. 17.

Berbagai analisis yang menyangkut materi perjanjian yaitu manajemen, royalti, serta penyelesaian sengketa akan memunculkan perhatian khusus bagi campur tangan negara atas lalu lintas franchising terutama aspek perlindungan hukum terhadap penerima waralaba, persoalan yang muncul terhadap bisnis waralaba yang ada selama ini tidak terlepas pula oleh aturan atau ketentuan yang secara tegas mengatur bisnis waralaba, sehingga perjanjian yang ada merupakan bentuk perjanjian yang tidak terdaftar/dibawah tangan (*un registered*). Pengaturan perjanjian waralaba melalui campur tangan negara bukan berarti berseberangan dengan prinsip-prinsip pasar bebas/perdagangan bebas (*free market/Free trade*), namun lebih tertuju pada penciptaan iklim bisnis waralaba yang fair dan transparan, keseimbangan hak dan kewajiban para pihak merupakan dasar bagi pengaturan *franchising* yang telah begitu marak di Indonesia, disamping itu campur tangan oleh negara, pada prinsipnya, dilakukan sebagai upaya untuk mendinamisasikan perekonomian kelas menengah ke bawah sebagai mitra bisnis dengan perusahaan waralaba, bukan dalam pengertian campur tangan yang pertentangan dengan asas kebebasan berkontrak, campur tangan yang dimaksud lebih ditujukan pada pembentukan kebijaksanaan bagi perjanjian waralaba yang dibuat para pihak.

Ada dua aspek pokok yang menjadi perhatian penulis menyangkut campur tangan pemerintah /negara, kaitannya untuk melindungi secara hukum keberadaan penerima waralaba dalam suatu perjanjian waralaba dengan membuat peraturan tentang waralaba secara khusus, mencakup aspek internal dan aspek eksternal.

a. Aspek Internal

Aspek Internal ini dimaksud terutama menyangkut eksistensi perjanjian waralaba yang ada baik dalam hal pendaftaran (*registration*), kewajiban untuk terbuka (*disclose*) bisnis pemberi waralaba kepada penerima waralaba, jangka waktu, royalti maupun persoalan pemutusan hubungan (*termination*). Sebagaimana praktek waralaba yang ada selama ini (Sebelum dikeluarkannya PP No.16 tahun 1997 yaitu sebelum PP No.42 tahun 2007), dilakukan secara di bawah tangan dan tidak adanya pengawasan atas perjanjian waralaba sebagai suatu bentuk perjanjian lisensi, pengawasan atas materi kontrak akan dapat dilakukan ketika draft perjanjian waralaba diregristrasikan, mengingat waralaba sebagai suatu lisensi yang ada selama ini merupakan bentuk PMDN. Namun dalam pasal 10 ayat 1 dan 2 PP No.42 tahun 2007 telah mewajibkan keterbukaan bagi pemberi waralaba dan kewajiban pendaftaran bagi penerima waralaba dalam hubungan franchising di antara mereka.

Ketentuan untuk mendaftarkan (*registration*) tersebut dimaksudkan sebagai pengawasan atas materi perjanjian waralaba agar memuat ketentuan-ketentuan yang secara keseluruhan tidak melanggar batas-batas kebebasan berkontrak serta mengontrol atas materi perjanjian yang tidak memberikan keseimbangan hak dan kewajiban. Hal yang cukup penting pula adalah adanya kesempatan bagi penerima waralaba untuk melakukan *bargaining* terhadap materi perjanjian yang

akan dibuat, akan tetapi dalam konteks pra perjanjian setidaknya-tidaknya harus ada ketentuan yang secara tegas mengatur keharusan bagi pemberi waralaba untuk terbuka memberikan informasi (bisa dikatakan sebagai prospektus) kepada penerima waralaba. Selanjutnya ada tiga hal pokok yang harus menjadi perhatian dalam perjanjian waralaba perlunya campur tangan negara/pemerintah di dalamnya, yaitu jangka waktu perjanjian waralaba, royalti dan pemutusan hubungan bisnis (*termination*).

b. Aspek Eksternal

Aspek ini pada prinsipnya merupakan garis besar kebijaksanaan pembentukan serta penerapan peraturan (yang menyangkut bisnis waralaba) oleh negara yang mengatur praktek usaha waralaba yang semakin marak bahkan masuk hingga daerah tingkat II. Campur tangan Negara dalam mengatur usaha waralaba tidak terlepas atas 2 hal pokok, yaitu proses pra perjanjian dilangsungkan oleh para pihak dan pelaksanaan perjanjian. Namun demikian secara umum dapat ditegaskan bahwa aspek eksternal disini adalah pembentukan peraturan yang baik secara langsung maupun tidak langsung menyangkut praktek usaha waralaba di Indonesia, seperti peraturan tentang antitrust/anti monopoli, peraturan tentang persaingan usaha (*fair business practices*). Kewenangan yang ada tersebut, tidak terlepas dari peraturan yang mengatur tentang aspek-aspek hukum lainnya seperti antitrust/anti monopoli serta perlindungan usaha kecil yang berkaitan dengan

waralaba, perlu segera dibentuk mengingat perkembangan waralaba yang semakin pesat diikuti pula oleh kasus-kasus yang muncul dalam hubungan bisnis waralaba tidak terangkat sampai ke permukaan/pengadilan untuk penyelesaian.

Apalagi sengketa yang muncul semata-mata bukan aspek kebebasan berkontrak saja tapi menyangkut aspek lainnya. Selain itu pula perlu adanya peraturan yang menindaklanjuti Undang-undang Nomor 9 tahun 1995 tentang Pembinaan Usaha Kecil pada pasal 27 huruf d memberikan isyarat akan keberadaan waralaba sebagai salah satu bentuk kemitraan. Adapun aturan-aturan yang secara spesifik mengatur tentang kemitraan melalui waralaba tidak diatur oleh Undang-Undang Nomor 9 tahun 1995, campur tangan pemerintah untuk segera mengatur peraturan organik atas Undang-undang Nomor 9 tahun 1995 tersebut di pandang sangat urgen. Mengingat pula bahwa soko guru perekonomian Indonesia adalah koperasi dan usaha kecil perlu dikembangkan di tengah-tengah persaingan global.

Persoalan kemitraan sendiri memang menjadi satu tuntutan karena meskipun pemerintah mengeluarkan kebijaksanaan yang menyangkut kemitrausahaan sebagaimana menurut Undang-Undang Nomor 9 tahun 1995 pada pasal 27 huruf d tersebut yaitu waralaba sebagai salah satu bentuk kemitraan tidak membawa dampak berarti bagi peningkatan peran pengusaha-pengusaha kecil dalam mendukung bisnis waralaba. Hal tersebut secara tegas sebagai ketentuan bagi

perlindungan usaha kecil. Aplikasi lebih konkret terhadap bentuk kemitraan melalui waralaba tidak terlihat pada undang-undang tersebut, karena memang bentuk kemitraan antara pengusaha waralaba dengan pengusaha kecil tidak dijelaskan wujud kemitraannya.

C. Risiko Kerugian

Risiko adalah suatu keadaan yang tidak pasti dan terdapat unsur bahaya³¹, akibat atau konsekuensi yang dapat terjadi akibat sebuah proses yang sedang berlangsung atau kejadian yang akan datang. Risiko juga dapat diartikan sebagai kewajiban untuk memikul kerugian jika ada sesuatu kejadian di luar kesalahan salah satu pihak yang menimpa benda yang di maksudkan dalam kontrak. Di sini berarti beban untuk memikul tanggung jawab dari risiko itu hanyalah kepada salah satu pihak saja, ada baiknya dalam setiap kontrak itu risiko diletakkan dan menjadi tanggung jawab kedua belah pihak³². Adapun risiko dalam hukum perjanjian adalah kewajiban memikul kerugian yang di sebabkan oleh suatu kejadian (peristiwa) diluar kesalahan salah satu pihak. Risiko adalah kehilangan miliknya (modal / barangnya) atau kemungkinan buruk yang mungkin terjadi³³

Jenis-jenis risiko secara Umum:

1. Risiko murni (*pure risk*) bersifat murni, yaitu risiko yang pasti menimbulkan kerugian dan terjadi tanpa sengaja. Misalnya seperti musibah, bencana alam, pencurian dan sebagainya.

³¹ Risiko dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia.

³² Abdul R. Saliman, Hukum Bisnis untuk Perusahaan teori dan contoh kasus,(Jakarta : Kencana Prenadamedia Group),hlm. 4

³³ Oni Sahroni Dan Adiwarmn A, Karim, Maqashid Bisnis dan Keuangan Islam, (Depok: PT. Rajagrafindo Persada,2017), hlm.212.

2. Risiko spekulatif, merupakan risiko yang dapat timbul karena disengajakan oleh yang bersangkutan agar mendapatkan keuntungan, misalnya seperti perkreditan.
3. Risiko fundamental, merupakan risiko yang tidak bisa dilimpahkan kepada seseorang atau orang lain.
4. Risiko khusus, adalah risiko yang muncul karena bersumber pada peristiwa tunggal atau mandiri. Sehingga sangat mudah diketahui penyebabnya. Misalnya seperti pesawat jatuh dan kapal tenggelam.
5. Risiko dinamis, merupakan risiko yang disebabkan oleh adanya kemampuan teknologi³⁴.

Adapun pengertian mengenai kerugian yaitu sesuatu yang di anggap mendatangkan rugi (tentang kerusakan)³⁵. Kerugian adalah perbedaan yang terjadi antara pendapatan dan beban yang terjadi. Dimana beban yang terjadi melebihi pendapatan yang di terima, sehingga beban sangat terkait dengan pendapatan. Kerugian memiliki arti dalam kelas verba atau kata kerja sehingga kerugian dapat menyatakan suatu tindakan, keberadaan, pengalaman, atau pengertian dinamis lainnya dan nominal atau kata benda sehingga kerugian dapat menyatakan nama dari seseorang, tempat, atau semua benda dan segala yang dibendakan.

Jadi risiko kerugian adalah kemungkinan terjadinya kerugian atau dampak negatif yang akan dialami akibat suatu kejadian atau tindakan. Ini bisa berupa kerugian finansial, kerusakan properti, cedera, atau kerugian lainnya. Risiko kerugian ada dalam berbagai bentuk dan situasi, baik dalam konteks pribadi, bisnis, maupun investasi.

³⁴ Bambang Rianto Rustam, Manajemen Risiko, (Jakaerta: Salemba Empat, 2013), hlm. 26.

³⁵ Kerugian dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia

D. Pembuatan Kontrak

Kontrak atau perikatan adalah suatu hubungan antara dua pihak atau lebih, dimana terhadapnya hukum meletakkan hak pada satu pihak, dan meletakkan kewajiban pada pihak lainnya. Apabila satu pihak tidak mengindahkan atau melanggar hubungan hukum tersebut maka hukum memaksakan supaya hubungan tersebut dipenuhi atau dipulihkan kembali. Sementara apabila salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya, maka hukum memaksakan agar kewajiban tersebut dipenuhi³⁶

Pasal 1313 KUHPerdara memuat pengertian yuridis kontrak, yaitu “suatu perbuatan dengan mana satu atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”. Pengertian kontrak menurut pasal 1313 KUHPerdara tersebut tidak lengkap, karena hanya mencakup kontrak sepihak, yaitu satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lainnya atau lebih, sedangkan satu orang lainnya atau lebih itu tidak diharuskan mengikatkan diri kepada pihak pertama. Jadi, pengertian kontrak tersebut tidak mengatur kontrak yang dalam kontrak itu kedua pihak saling mempunyai prestasi secara timbal balik. Selain itu, pengertian kontrak menurut pasal 1313 KUHPerdara juga terlalu luas, karena dapat mencakup perbuatan hukum dalam lapangan hukum keluarga.

Kontrak adalah satu dari beberapa sumber hukum perikatan dalam konteks ini adalah sumber hukum perikatan dalam arti formil yang diatur dalam Buku III Titel Kedua. Selain kontrak, sumber hukum perikatan lainnya adalah undang-undang, putusan hakim (*yurisprudensi*), hukum tidak tertulis, dan doktrin hukum.

³⁶ Tami Rusli, *Hukum Perjanjian Yang Berkembang Di Indonesia*, Bandar Lampung: Anugrah Utama Raharja (Aura) Printing & Publishing, 2012, Hlm.1.

Buku III KUHPerdara tidak memberikan pengertian perikatan secara tegas dan konkrit, namun berdasarkan penafsiran sistematis dan teleologis terhadap pasal-pasal yang relevan dalam Buku III KUHPerdara dapat dipahami dalam perikatan adalah hubungan hukum yang terjadi antara 2 (dua) subjek hukum atau lebih, yang terletak dalam lapangan harta kekayaan, yang di dalamnya satu pihak mempunyai kewajiban melaksanakan prestasi, dalam wujud memberikan sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu. Pada ketentuan umum mengenai perjanjian yang diatur dalam KUHPerdara, suatu perjanjian tidak diharuskan untuk dibuat secara tertulis, kecuali untuk perjanjian-perjanjian tertentu yang secara khusus di syaratkan adanya formalitas ataupun perbuatan fisik tertentu.

Asas hukum kontrak dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Asas Konsensualisme

Dalam membuat kontrak atau perjanjian harus didasarkan pada konsensualisme atau kesepakatan dari pihak-pihak yang membuat perjanjian. Dengan adanya asas konsensualisme, perjanjian dikatakan telah lahir jika ada kata sepakat atau persesuaian kehendak diantara para pihak yang membuat perjanjian. Menyimak rumusan pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara menyatakan bahwa “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Dalam asas ini terkandung kehendak para pihak untuk saling mengikat diri dan menimbulkan kepercayaan di antara para pihak terhadap pemenuhan perjanjian. Asas konsensualisme yang terkandung dalam pasal 1320 ayat (1) KUHPerdara yang mengharuskan adanya kata sepakat di antara para pihak

yang membuat kontrak. Berdasarkan asas konsensualisme bahwa sumber kewajiban kontraktual adalah bertemunya kehendak para pihak yang membuat kontrak.

Dalam pasal 1320 KUHPerdara ditentukan adanya persesuaian kehendak sebagai inti dari hukum kontrak³⁷. Hal ini tersimpul dari kesepakatan para pihak, namun demikian pada situasi tertentu terdapat perjanjian yang tidak mencerminkan wujud kesepakatan yang sesungguhnya. Hal ini disebabkan adanya cacat kehendak yang memengaruhi timbulnya perjanjian. Cacat kehendak meliputi tiga hal, yaitu: 1) Kesesatan atau *dwaling*. 2) Penipuan atau *bedrog*. 3) Paksaan atau *dwang*.

Dengan demikian, asas konsensualisme sebagaimana tersimpul dari ketentuan pasal 1320 KUHPerdara angka 1 menyatakan bahwa perjanjian itu telah lahir cukup dengan adanya kata sepakat. Apabila kata sepakat yang diberikan para pihak tidak berada dalam kerangka yang sebenarnya atau cacat kehendak, maka hal ini akan mengancam eksistensi kontrak itu sendiri. Sehingga memunculkan pemahaman terhadap asas konsensualisme tidak terpaku sekedar mendasarkan pada kata sepakat saja, tetapi syarat-syarat lain dalam pasal 1320 KUHPerdara telah terpenuhi sehingga kontrak tersebut menjadi sah.

Asas konsensualisme mempunyai hubungan yang erat dengan asas kebebasan berkontrak dan asas kekuatan mengikat yang terdapat dalam pasal 1338 (1) KUHPerdara. Subekti menyatakan asas konsensualisme yang

³⁷ Djasadin Saragih, sekilas perbandingan hukum kontrak civil law dan common law, lokakarya ELIPS Projects-Materi Perbandingan Hukum Perjanjian, kerjasama FH Unair dengan FH UI, Hotel Sahid Surabaya, 1993, hlm.5.

terdapat dalam pasal 1320 jo 1338 KUHPERdata. Pelanggaran terhadap ketentuan ini akan mengakibatkan perjanjian itu tidak sah dan juga tidak mengikat sebagai undang-undang

2. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas kebebasan berkontrak dapat dianalisis dari ketentuan pasal 1338 ayat (1) KUHPERdata, yang berbunyi semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Asas kebebasan berkontrak adalah suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk:

- a) Membuat atau tidak membuat perjanjian.
- b) Mengadakan perjanjian dengan siapa pun.
- c) Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya dan
- d) Menentukan bentuknya perjanjian, yaitu tertulis atau lisan.
- e) Menerima atau menyimpangi ketentuan-ketentuan undang-undang yang bersifat opsional

Asas kebebasan berkontrak mempunyai pengaruh dalam hubungan kontraktual para pihak. Selain dibatasi oleh ketentuan normatif dalam pasal 1338 KUHPERdata, kebebasan berkontrak juga dibatasi oleh ketentuan limitatif dalam Pasal 1337 KUHPERdata, karena pasal ini melarang kontrak yang substansinya bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan. Jadi, setiap kontrak yang disepakati tetap sah apabila memenuhi persyaratan yang ditentukan peraturan perundang-undangan, ketertiban umum, dan kesusilaan

3. Asas Kekuatan Mengikat Kontrak (*Asas Pacta Sunt Servanda*)

Asas pacta sunt servanda dapat dicermati dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata “suatu kontrak yang dibuat sesuai dengan undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Dalam pasal ini menjelaskan bahwa setiap subjek hukum (orang atau badan hukum) dan subjek hukum yang lain dapat melakukan perbuatan hukum seolah-olah pembentuk undang-undang dengan menggunakan kontrak. Sehingga semua subjek hukum dapat membuat kontrak sebagaimana halnya pembentukan undang-undang

Para pihak yang membuat kontrak secara otonom mengatur pola dan substansi hubungan hukum kontraktual di antara mereka. Ketentuan mengikat kontrak yang terdapat dalam pasal 1320 KUH Perdata mempunyai daya berlaku sepertihalnya undang-undang yang dibentuk, sehingga harus ditaati oleh para pihak yang membuat kontrak. Bahkan, jika perlu dapat menggunakan upaya paksa dengan bantuan sarana penegak hukum (hakim, juru sita) melalui proses gugatan ke pengadilan agar para pihak taat melaksanakan kontrak yang telah mereka buat.

4. Asas Itikad Baik

Itikad baik merupakan kewajiban hukum yang harus dipenuhi para pihak dalam melaksanakan kontrak. Ketentuan ini diatur dalam pasal 1338 ayat (3) bahwa perjanjian harus dilakukan dengan itikad baik. Undang-undang secara tegas mengharuskan para pihak melaksanakan satu kewajiban hukum yang muncul karena adanya kontrak yaitu bahwa kontrak harus dilakukan dengan itikad baik. Oleh karena itu perlu adanya kepercayaan dari

para pihak dalam membuat kontrak. Itikad baik juga dibedakan dalam dua sifat yaitu nisbi (relatif-subjektif) dan mutlak (absolut-objektif). Pada itikad baik yang nisbi memperhatikan sikap dan tingkah laku yang nyata dari subjek. Pada itikad baik yang mutlak atau hal yang sesuai dengan akal sehat dan keadilan, objektif untuk menilai keadaan sekitar perbuatan hukumnya (penilaian tidak memihak menurut norma-norma yang objektif).

5. Asas Kepribadian

Asas kepribadian merupakan asas yang menentukan bahwa seorang yang akan melakukan kontrak hanya untuk kepentingan perorangan. Hal ini dapat dilihat dalam pasal 1315 dan 1340 KUH Perdata. Dalam pasal 1315 menegaskan “pada umumnya seseorang tidak dapat mengadakan perjanjian hanya untuk kepentingan sendiri.” Pasal 1340 menegaskan “perjanjian hanya berlaku antara para pihak yang membuat.” Jika dibandingkan kedua pasal tersebut, maka dalam pasal 1317 KUH Perdata mengatur perjanjian untuk pihak ketiga, sedangkan dalam pasal 1318 untuk kepentingan sendiri, ahli warisnya, atau orang-orang yang memperoleh hak daripadanya. Artinya orang yang tidak ikut dalam perjanjian tersebut tidak dapat dituntut hak dan kewajibannya.