

PROF. DR. AGUS SARDJONO, SH, MH¹

PRINSIP-PRINSIP HUKUM KONTRAK DALAM CROSS BORDER TRANSACTION: ANTARA NORMA DAN FAKTA

Recently many cases of international contract have attracted public's attention namely Freeport mine contract, sale and purchase agreement of LNG Indonesia to China, Cepu mine contract, and Natuna's LNG mine contract. As what we call there is no exit point for the nation of Indonesia to get-ride-of the problems, many suggest to investigate the former president in charge during contract signed. What the world will say if every presidential replacement there always emerge issue of renegotiation of international contract. Does the nation have no single expert of international contract law?

It is really embarrassing since we have many prestigious universities with distinctive law school and have been graduated many doctor of law in the field of international law, contract law, economy law, etc, however in every international contract problem there always loudly speak to renegotiation contract. The question is whether or not the expert has been involving in preparation, signing and post-signing the contract? Is there any freedom of contract before signs it? Are there substantial errors such as mistake, manipulation, and duress within the implementation of freedom of contract?

Akhir-akhir ini banyak sekali kasus kontrak internasional yang menjadi sorotan publik antara lain kontrak tambang Freeport, kontrak jual beli gas LNG ke China, kontrak tambang minyak Cepu, kontrak tambang gas Natuna. Seperti tak ada habisnya bangsa kita dirundung masalah, banyak yang mengusulkan untuk mengusut presiden yang berkuasa pada saat kontrak di tanda-tangani. Apa kata dunia jika setiap ganti presiden selalu saja muncul isu kontrak internasional yang harus di negosiasi ulang. Apa bangsa ini memang nggak punya pakar-pakar hukum kontrak internasional?

Malu kita punya universitas-universitas terkemuka dengan fakultas hukum yang hebat dan telah banyak melahirkan doktor-doktor di bidang hukum internasional, hukum kontrak, hukum ekonomi dan sebagainya, tetapi setiap kali terjadi masalah kontrak internasional selalu ribut minta negosiasi ulang. Pertanyaannya ialah apakah para pakar hukum tidak dilibatkan dalam persiapan, penanda-tanganan dan pasca penanda-tanganan kontrak-kontrak internasional tersebut? Apakah telah terjadi kebebasan berkontrak sebelum penanda-tanganan kontrak? Apa ada unsur kekhilafan (*mistake*), penipuan (*manipulation*), dan ancaman/paksaan (*duress*) di dalam implementasi asas *freedom of contract*?

Pendahuluan

Berbicara tentang prinsip-prinsip Hukum Kontrak dalam konteks *Cross Border Transactions* pada hakekatnya berbicara prinsip Hukum Kontrak yang dikenal dalam hubungan kontraktual antara dua pihak dengan latar belakang sistem hukum yang berbeda-beda. Hal itu dapat dipahami mengingat transaksi antara pihak-pihak dari negara yang berbeda biasanya akan melibatkan sistem hukum yang berbeda pula, bergantung pada negara dari mana para pihaknya berasal. Perbedaan itu akan sangat terasa bila para pi-

haknya berasal dari negara-negara dengan tradisi hukum yang berbeda. Tulisan ini hanya akan membahas salah satu prinsip Hukum Kontrak yang paling utama dan berlaku secara umum pada hampir semua negara-negara di dunia, yaitu: *freedom of contract*. Adapun anak kalimat: antara norma dan fakta menunjukkan bahwa kajian dalam tulisan ini tidak hanya membahas dari sisi normatif, namun juga akan melihat dari sisi faktual yang sering terjadi dalam kaitannya dengan implementasi Hukum Kontrak dalam dunia praksis. Entah apakah ini yang disebut *socio-legal studies* atau *critical-legal studies*, terserah kepada

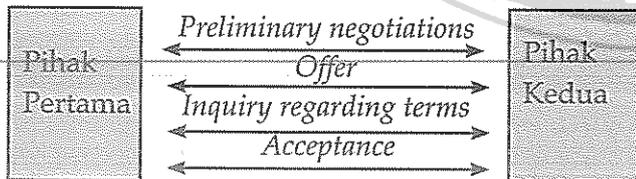
pembaca untuk menamakannya.

Mudah-mudahan tulisan ini berguna juga dalam rangka memahami kontrak bisnis yang dibuat oleh pihak-pihak di Indonesia dengan pihak-pihak dari luar, bahwa antara norma dan fakta seringkali tak berjalan seiring.

Freedom of Contract: antara prinsip dan implementasi

Salah satu prinsip umum yang paling populer dalam Hukum Kontrak adalah „*asas kebebasan berkontrak*“ atau dalam bahasa lain dikenal sebagai „*freedom of contract*“. Prinsip ini berlaku tidak saja dalam tradisi hukum *Civil Law*, namun juga dalam tradisi *Anglo Saxon*. Basis utamanya adalah ajaran Hukum Alam yang mengajarkan bahwa setiap individu memiliki kebebasan dalam menentukan kehendaknya sendiri. Dengan basis tersebut, Atiyah mengungkapkan bahwa: „*freedom of contract began by being freedom to deal with property by contract*“. Dengan kata lain, kehendak bebas manusia dalam hubungannya dengan harta kekayaan, antara lain diwujudkan dalam bentuk *contract*. Itu sebabnya dalam sistem hukum perdata Belanda, *contract (verbindtenissen die uit contract)* dimasukkan dalam kelompok „*hukum harta kekayaan (vermogensrecht)*“.

Persetujuan atau kesepakatan (*agreement* atau *mutual assent*) adalah bentuk (perwujudan) dari prinsip kebebasan para pihak dalam mewujudkan niatnya mengadakan hubungan bisnis. Dikatakan ada persetujuan atau kesepakatan apabila para pihak yang hendak mengadakan hubungan bisnis terlebih dahulu menyetujui (berdasarkan kehendak bebasnya) tentang hal-hal yang telah dibicarakan sebelumnya dalam proses negosiasi. *Figure* berikut adalah gambaran tentang terjadinya kesepakatan (*agreement*) dalam kontrak.



Pada tahap *acceptance*, para pihak menyatakan persetujuannya, baik secara tegas (*expressed*) maupun secara tidak langsung dalam bentuk tindakan (*implied*) tentang hal-hal yang ditawarkan pada tahap negosiasi. Secara normatif dalam

sistem hukum perdata Indonesia, yang diadopsi dari hukum perdata Belanda, dikatakan ada kesepakatan berdasarkan kehendak bebas, apabila terpenuhi 3 (tiga) persyaratan, yaitu: (1) kesepakatan itu dibuat tanpa adanya unsur kekhilafan; (2) kesepakatan dibuat tanpa unsur paksaan; (3) kesepakatan dibuat tanpa unsur penipuan. Artinya, walaupun mungkin kedua belah pihak sudah menyatakan persetujuannya atas hal-hal yang diperjanjikan, tetapi bilamana persetujuan itu diberikan karena ada informasi yang tidak benar tentang objek perjanjian, atau ada tindakan paksaan (baik fisik maupun mental) dari salah satu pihak untuk membuat persetujuan, maka persetujuan itu harus dianggap cacat. Artinya, walaupun ada pernyataan setuju, tetapi sesungguhnya tidak ada kehendak bebas untuk menyetujui. Jika salah satu pihak mengetahui bahwa ia sedang ditipu, maka niscaya ia tidak akan memberikan persetujuan. Dalam hal ada unsur paksaan, maka bila ia tidak dipaksa sesungguhnya ia tidak akan memberikan persetujuan. Simpulannya, kehendak bebas dianggap tidak ada jika ada ketiga unsur tersebut di atas.

Dalam sistem Anglo Saxon juga dikenal ketiga unsur tersebut, yaitu: *duress*,³ *mistake*,⁴ dan *fraud*.⁵ Jika ketiga unsur tersebut terjadi dalam sebuah pembentukan kontrak, maka dapat dikatakan tidak ada *free will* atau *freedom to contract*.

Persoalannya adalah, bahwa dalam aspek praksis, seringkali paksaan yang dimaksud tidak sepenuhnya cocok dengan doktrin tentang makna „*paksaan*“ itu sendiri. Sebagai contoh, dalam dunia praksis, keterpaksaan dapat muncul karena adanya faktor dominasi dari salah satu pihak, atau sebaliknya ada unsur inferioritas dari pihak lainnya. Celaknya, dalam konteks normatif, unsur dominasi atau inferioritas itu tidak menjadi persoalan. Doktrin normatif membuat asumsi bahwa orang yang mengadakan perjanjian berada dalam posisi seimbang (dalam *bargaining position*). Kajian normatif mengeluarkan unsur *bargaining position (power)* dari unsur persyaratan hukum. Padahal unsur ini secara sosiologis memegang peranan penting dalam *bargain*.

Orang dengan posisi dominan cenderung memaksakan kehendaknya. Apabila itu terjadi dalam konteks *business contract*, maka akibatnya adalah munculnya klausula yang timpang dalam hak dan kewajiban di antara para pihak. Orang

hukum dengan enteng akan menyatakan *take it or leave it* (kalau Anda tidak setuju, ya jangan disetujui). Namun sesungguhnya persoalannya lebih kompleks dari sekedar ungkapan tak bertanggung jawab itu. Seorang calon debitur yang sedang sangat membutuhkan kredit, cenderung menerima apa saja yang ditetapkan oleh calon kreditor. Seorang Pencipta lagu baru yang sedang membutuhkan popularitas cenderung menerima apa saja yang dikehendaki produser atau artis. Seorang pembeli rumah yang sedang sangat membutuhkan tempat tinggal akan menerima saja apa yang dikehendaki Bank yang membiayai pembelian rumah tersebut.

Contoh-contoh di atas menunjukkan bahwa tidak jarang terjadi kesenjangan antara norma yang objektif (bebas dari pengaruh dominasi), dengan kenyataan yang dihadapi subjek atau pengguna dari norma yang bersangkutan. Idealnya, hukum harus memberikan solusi yang adil bagi kedua belah pihak yang terlibat dalam suatu *business contract*, namun pada kenyataannya yang terjadi adalah ketimpangan dalam hak dan kewajiban sebagai akibat faktor non-hukum sebagaimana halnya dalam persoalan dominasi atau *power* tersebut. Itu berarti bahwa prinsip kebebasan berkontrak yang berlaku universal ternyata dalam aspek praktisnya masih menyisakan persoalan, terutama sebagai akibat bahwa pelaksanaan hukum itu secara faktual tidak steril dari faktor-faktor non hukum sebagaimana contoh di atas.

Salah satu persoalan berkenaan dengan implementasi doktrin kebebasan berkontrak adalah berkenaan dengan posisi *small business enterprise* ketika harus berhadapan dengan *large corporate entities*. Pada umumnya, posisi *small business enterprise* kurang menguntungkan bilamana harus berhadapan dengan *large corporation*. Dalam kajian Blake D. Morant terungkap bahwa banyak hambatan yang dihadapi perusahaan kecil ketika harus berhadapan dengan perusahaan besar.⁶ Walaupun dalam doktrin *freedom of contract* keduanya mempunyai hak dan kebebasan yang sama untuk masuk ke dalam hubungan kontraktual, tapi perbedaan posisi justru akan sangat menentukan hasil dari proses *bargaining* berkenaan dengan hak dan kewajiban yang akan diperjanjikan. Morant mengungkapkan kondisi sebagai berikut:

Forty percent of the respondents believed that they were „at a disadvantage in negotiating contracts for

goods and services. Another 35% felt that contracting difficulties varied, depending upon the vendor with which they negotiated. None of the respondents stated that they were at an advantage in contract negotiations.

Persoalan tentang implementasi doktrin *freedom of contract* juga muncul dalam konteks kontrak baku, atau yang juga sering disebut sebagai kontrak standard. Dalam model ini, klausula yang akan diperjanjikan sudah ditulis terlebih dahulu dalam bentuk standard atau baku. Contoh yang paling konkrit adalah kontrak yang tertuang dalam polis asuransi. Mo Zhang menyatakan bahwa kontrak baku semacam ini sebenarnya bukanlah kontrak yang dihasilkan dari suatu proses tawar menawar.⁷ Dengan demikian, secara faktual tidak ada *freedom to contract* dari salah satu pihak yang mengadakan perjanjian yang bersangkutan. Seorang calon tertanggung dalam asuransi hanya memiliki satu posisi terhadap polis, yaitu *take it or leave it*.

Tidak salah lagi bahwa munculnya fenomena kontrak baku memang berhubungan dengan faktor non-hukum, bernama „kepraktisan%dan „dominasi%. Atas nama kepraktisan, berbagai perusahaan yang melayani jasa tertentu, seperti asuransi dan bank atau lembaga pembiayaan lainnya cenderung menciptakan draft kontrak berisi semua klausula yang aman bagi dirinya sendiri. Draft kontrak itu yang kemudian ditawarkan kepada calon *client* untuk disetujui. Hampir tidak ada kemungkinan untuk menghapus atau mengubah apa yang sudah dituliskan di dalam draft tersebut. Perubahan biasanya hanya dilakukan dalam kolom yang memang disediakan kosong untuk diisi pihak-pihak tertentu.

Aspek praktis itu hanya mungkin diwujudkan bilamana perusahaan itu mempunyai kekuatan yang dominan. Pada umumnya kekuatan dominan itu muncul dalam konteks *the most characteristic performance*. Artinya, perusahaan-perusahaan yang melayani jasa dengan karakteristik tertentu seperti bank, asuransi, pengangkutan, dan lain-lainnya, yang biasanya memanfaatkan kontrak baku untuk mempermudah „*bargaining* dalam rangka pelayanan jasa yang dimaksud. Adalah tidak praktis jika setiap kali hendak menutup pertanggung-janaan, setiap kali pula perusahaan asuransi harus membuat polis yang diperjanjikan terlebih dahulu dengan tertanggung. Bahkan besarnya

premi pun biasanya sudah ditetapkan persentasenya, sehingga calon tertanggung hanya bisa bersikap *take it or leave it*. Akan tetapi kenyataannya, kontrak bentuk inilah yang justru semakin berkembang saat ini.⁸

Dalam transaksi dengan konsumen, perusahaan-perusahaan dengan *characteristic performance* seperti bank, asuransi, pengangkutan, dan lain-lainnya, pada umumnya akan tercipta posisi yang timpang. Hal ini dapat terjadi karena konsumen biasanya berada pada posisi yang lemah ketika berhadapan dengan *supplier* jasa. Konsumen tidak melakukan prestasi yang karakteristik sebagaimana *supplier* jasa. Oleh karenanya, *supplier* jasa pada umumnya dapat memanfaatkan posisinya yang dominan dalam prestasi ketika memperjanjikan komposisi hak dan kewajiban. Konsumen yang tidak memiliki prestasi karakteristik memang kemudian hanya dapat menerima saja apa yang ditetapkan oleh *supplier* jasa. Jika ia tidak menerima maka ia tidak akan memperoleh layanan jasa yang sedang dibutuhkannya. Dengan demikian, pada hakekatnya konsumen tidak dalam posisi untuk mengekspresikan kehendak bebasnya karena ia tidak punya pilihan kecuali menerima.

Sebagai contoh adalah konsumen jasa angkutan udara. Penumpang (konsumen) tidak punya pilihan kecuali mengikuti saja apa yang ditetapkan oleh *airline company*. Konsumen hanya tinggal membayar harga layanan jasa angkutan, selanjutnya *airline* yang akan menentukan seluruh klausula perjanjian angkutan tersebut. Akibatnya, dalam ranah Hukum Kontrak yang normatif, situasi ini tetap dikatakan ada kehendak bebas (*freedom to contract*) dari calon penumpang, walaupun secara faktual konsumen sama sekali tidak memiliki posisi tawar terhadap perusahaan *airline* tersebut. *Take it or leave it*. Anda suka, silahkan naik; tidak suka, silahkan minggir.

Dalam konteks ini pula prinsip iktikad baik idealnya menjadi semacam penyeimbang. Di Jerman, pada tahun 1995an doktrin tentang iktikad baik (*good faith* atau *treu und glauben*) bahkan menjadi topik yang menarik.⁹ Menurut Ebke & Steinhauer, salah satu fungsi dari doktrin iktikad baik adalah sebagai dasar bagi hakim (*judiciary*) dalam proses pembentukan hukum melalui putusan-putusan yang dibuatnya.¹⁰ Pendapat ini menarik bila dikaitkan dengan doktrin *freedom of*

contract. Artinya, *freedom of contract* yang mengedepankan kebebasan individu untuk berkehendak tetap harus dilandaskan pada adanya iktikad baik (*good faith*) dari para pelaku dalam kontrak yang bersangkutan. Hal ini tercermin antara lain dalam prinsip *utmost good faith* dalam doktrin asuransi.

Dalam melakukan transaksi asuransi para pihak harus mengutamakan iktikad baik dalam *bargaining*. Apalagi dalam transaksi asuransi internasional, seperti dalam contoh pengangkutan barang, para pihak tidak saling bertemu untuk melakukan negosiasi berkenaan dengan transaksi pertanggung jawaban yang dimaksud. Calon tertanggung hanya diwajibkan memberikan informasi selengkap-lengkapnyanya (dengan iktikad baik) tentang kondisi objek yang dipertanggungjawabkan. Dalam hukum Prancis masalah ini dikenal sebagai *duty of disclosure*.¹¹ Bahkan kewajiban untuk mengemukakan informasi terkait dengan objek transaksi tidak saja diwajibkan dalam konteks asuransi, tetapi harus dilakukan pula pada hampir semua transaksi.¹²

Sayangnya, prinsip *utmost good faith* dalam prakteknya hanya dibebankan kepada calon tertanggung. Calon penanggung sendiri tidak dipersyaratkan dengan tegas untuk bersikap terbuka dengan landasan iktikad baik. Inilah yang oleh Ebke digambarkan bahwa *good faith* telah membuat kabur hubungan kontraktual antara pihak-pihak yang terikat kontrak. *Good faith* tidak diterapkan secara adil dan seimbang, namun tetap berpihak kepada pihak yang memiliki prestasi yang khusus itu (*characteristic performance*). Demikian pula halnya dalam transaksi perbankan. Calon debitur biasanya diminta untuk membuka informasi selengkapnyanya tentang dirinya atau perusahaannya. Sebaliknya Bank tidak pernah memberikan informasi tentang tingkat kesehatannya kepada calon nasabah.

Dari uraian singkat di atas menampakkan bahwa doktrin hukum kontrak yang bersifat objektif, pada implementasinya menampakkan kondisi yang kurang ideal. Hukum kontrak yang seharusnya bersifat adil dan egaliter, pada pelaksanaannya dipengaruhi oleh faktor-faktor subjektif, seperti posisi dominan dari para pihaknya. Siapa yang memiliki posisi dominan cenderung mampu memaksakan kehendaknya dalam hak dan kewajiban tanpa harus menabrak persyaratan „tidak ada paksaan%*(duress)* dalam arti normatif.

Freedom of Contract dalam Cross Border Transaction

Situasi demikian terjadi pula dalam *cross border transaction*. Pada era sekarang, transaksi antar-negara sangat mudah dilakukan melalui media internet. Padahal transaksi jenis ini sesungguhnya cukup berbahaya bagi konsumen.¹³ Dalam *pre-contract*, biasanya konsumen akan ditanyakan berbagai informasi penting, bahkan mungkin rahasia, sebagaimana informasi tentang Bank Account, dan sebagainya. Konsumen tidak memiliki pilihan untuk tidak mengungkapkan informasi yang dimintakan oleh *supplier*. Jika ia tidak membuat isian yang disediakan pada *screen* komputer, maka kontrak biasanya tidak akan terjadi, karena *supplier* tidak akan melanjutkan pelayanannya.

Dalam situasi itu, konsumen benar-benar berada dalam posisi sulit. Jika ia tidak mau memberikan informasi yang diminta, maka ia tidak akan dapat membeli yang diinginkan. Misalnya saja seseorang ingin membeli tiket pesawat terbang untuk suatu perjalanan bisnis. Pada jenis kontrak ini, doktrin *freedom of contract* sebenarnya telah mati suri. Walaupun ungkapan *take it or leave it* (sebagai senjata ampuh kaum normatif) dapat dikemukakan, namun secara faktual sesungguhnya tidak ada kebebasan atau pilihan pada sisi konsumen. Sebaliknya, *supplier* atau *seller* tidak dibebani kewajiban apapun kepada konsumen untuk membuka informasi tentang dirinya.

Posisi lemah konsumen masih ditambah lagi dengan karakteristik *online sales of goods*, yang biasanya menggunakan bentuk kontrak standard. Dalam bentuk kontrak ini, klausula tentang hak dan kewajiban sepenuhnya ditetapkan oleh *supplier* atau *seller*. Konsumen tidak mempunyai kesempatan untuk setuju atau tidak setuju. Termasuk klausula jika *seller* cidera janji atau bahkan tidak melaksanakan kewajibannya sama sekali. Misalnya, dalam transaksi *cross border* ini seseorang di Indonesia ingin membeli beberapa buku secara *online* dari *seller* yang berdomisili di Inggris, atau Prancis. Apa yang terjadi jika buku yang sudah dibeli tidak dikirim atau salah terkirim buku yang berbeda? Padahal pembeli sudah memberikan informasi tentang kartu kredit, alamat, dan sebagainya. Pembeli juga

sudah melakukan pembayaran dengan meng-*click* tombol yang ditetapkan.

Dalam jenis kontrak ini biasanya tidak ada *choice of law*. Atau kalau pun ada, hukum yang dipilih sepenuhnya ditetapkan oleh *seller*. Dalam hal tidak ada *choice of law*, menurut doktrin *the most characteristic performance*, hukum yang berlaku adalah hukum negara si penjual, yaitu hukum yang tidak dikenal oleh pembeli. Masalah bagi pembeli masih ditambah dengan persoalan *forum* mana yang berwenang memeriksa perkaranya? Katakanlah, pembeli menggugat melalui Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, bagaimana Pengadilan akan menyelesaikan pekerjaannya dengan menggunakan hukum penjual (misalnya hukum Inggris)? Prosedur bagaimana yang akan dilakukan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, bila tergugatnyanya tidak pernah datang ke Indonesia? Katakanlah Pengadilan memutuskan memenangkan penggugat karena tergugat tidak pernah datang ke Indonesia untuk menghadiri sidang, lalu bagaimana memaksa tergugat melaksanakan putusan Pengadilan? Kiranya masih banyak deretan persoalan yang muncul akibat *cross border transaction* yang melibatkan media internet. Itulah sebabnya Daniel D. Barnhizer menyatakan bahwa *online consumer contract* adalah sangat berbahaya bagi konsumen.

Pentingnya perlindungan yang lemah dalam cross border transaction

Persoalan adanya kesenjangan antara norma dan fakta dalam kontrak muncul ketika disadari bahwa ajaran hukum tentang doktrin *freedom of contract*, ternyata menimbulkan banyak masalah dalam ranah praksis. Problematika *freedom of contract* memang diungkapkan oleh mereka yang melihat hukum dari kacamata sosiologis. Hukum dilihat dari luar dirinya.

Sebagaimana diketahui bahwa dalam ranah hukum perdata (*private law*), khususnya hukum kontrak, undang-undang menempatkan kehendak bebas para pihak dalam posisi yang tinggi. Ia (kontrak) bahkan oleh undang-undang dinyatakan juga sebagai undang-undang. Bukankah Pasal 1338 BW dengan tegas menyatakan bahwa: "perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya"? Artinya, apapun yang ditetapkan oleh para pihak

dalam hubungan kontraktual adalah merupakan hukum bagi para pihak itu sendiri. Prinsip ini juga memiliki basis filsafatnya berupa frasa *pacta sunt servanda*. Janji harus ditepati.

Dalam ranah hukum internasional, khususnya berkenaan dengan *cross border transaction*, prinsip ini juga diadopsi. Salah satu prinsip yang terkenal adalah *choice of law* sebagai salah satu bentuk kehendak bebas para pihak yang berkontrak. Prinsip ini muncul dalam hal terjadi *conflict of law*, yaitu berupa pertanyaan, hukum negara mana yang harus diberlakukan ketika terjadi *dispute* antara dua pihak dari negara yang berbeda. Memang ada beberapa pilihan bagi hakim dalam mengaplikasikan prinsip *choice of law*. Namun tetap saja prinsip itu hanya relevan bila terjadi *dispute* antara para pihak yang terlibat dalam hubungan kontraktual. Tanpa *dispute*, *choice of law* kehilangan makna. Ini adalah roh hukum perdata yang menempatkan prinsip *sukarela* dalam hubungan sesama pribadi pada posisi yang utama. Bukankah dalam hukum perdata hukum baru turun tangan ketika terjadi sengketa perdata?

Sebenarnya ada yang lebih penting dari *choice of law* dalam konteks *cross border transaction*, yaitu bagaimana melindungi posisi yang lemah ketika terjadi hubungan kontraktual antara dua pihak yang terpisah dalam batas-batas negara. Mengapa lebih penting?

Dalam *cross border transaction*, terutama dalam *consumer contract*, biasanya konsumen tidak mempunyai posisi untuk menentukan *terms of condition* dari hubungan kontraktual mereka dengan *supplier* atau *seller*. Seluruh ketentuan dalam hubungan kontrak itu sepenuhnya ditentukan oleh *supplier*. Jika di dalam tahap *preliminary contract* biasanya dilakukan tawar-menawar berkenaan dengan janji-janji dari tiap pihak, maka dalam *cross border consumer contract*, konsumen hanya tinggal memilih *take it or leave it*. Kondisi ini di Eropa sudah mendapatkan perhatian.¹⁴

Dalam konteks ini, persoalan perlindungan konsumen menjadi *issue* yang signifikan berkenaan dengan *cross border transaction*, terutama yang menggunakan media internet. Hal Scott dari Harvard Law School mengungkapkan hal ini dalam sebuah catatannya tentang *Consumer Protection And Payment Systems: Regulatory Policy for the Technological Era*. Dikatakannya bahwa perlindungan konsumen, terutama yang

berhubungan dengan masalah sistem pembayaran saat ini semakin tidak jelas. Padahal setiap individu sesungguhnya berhak atas perlindungan terhadap pembayaran yang dilakukan secara elektronik, yaitu: (1) *the right to stop payment on a check or to reverse a credit card expense protected consumers against the risk of buying defective merchandise*. (2) *error resolution provisions protected consumers against bank errors*.¹⁵ Scott bahkan menegaskan bahwa perlindungan konsumen berkenaan dengan pembayaran secara elektronik sungguh tidak efektif.

Dalam contoh pembelian buku secara *online* seperti tersebut di atas, seorang pembeli yang sudah meng-*click* tombol perintah pembayaran, ia sudah tidak dapat mengontrol lagi ke mana arah uang yang disebutkan jumlahnya dalam transaksi elektronik. Jika ia salah melakukan pembayaran ke alamat lain (hanya karena salah meng-*click* satu tombol angka, akan sulit baginya untuk menarik kembali perintah eksekusi yang telah dilakukannya. Demikian pula halnya jika terjadi bahwa barang yang dipesan tidak kunjung datang atau datang tetapi tidak sesuai dengan pesanan, ia sulit untuk menarik kembali pembayaran yang telah dilakukannya.

Memang ada banyak manfaat yang dapat dilakukan dengan melakukan transaksi elektronik, terutama dalam konteks *cross border transaction*. Pembayaran dapat dilakukan dengan cepat, bahkan mungkin dalam hitungan detik. Pembayaran dapat dilakukan tanpa terkendala oleh jarak atau bahkan batas-batas antar negara. Pembayaran juga dapat dilakukan dengan mudah, bahkan dapat dilakukan dari kamar tidur masing-masing. Namun meningkatnya manfaat itu juga diimbangi dengan meningkatnya risiko yang semakin tinggi pula. Sayangnya peningkatan risiko itu belum sepenuhnya diimbangi dengan sistem perlindungan hukum yang memadai.

Undang-undang Perlindungan Konsumen Indonesia masih bergelut dengan perlindungan konsumen terhadap produk, khususnya barang, yang cacat. Itupun masih belum dilengkapi dengan *strict liability system* yang menjadi roh perlindungan konsumen. Undang-undang perlindungan konsumen belum menyentuh perlindungan terhadap pembayaran yang dilakukan secara salah atau error dalam sistem perbankannya itu sendiri. Ini akan berdampak pada *cross border transaction*,

termasuk yang di dalamnya terdapat *choice of law* hukum Indonesia. Walaupun di Indonesia telah diberlakukan undang-undang tentang transaksi elektronik, namun apakah undang-undang itu telah cukup melindungi konsumen yang melakukan pembayaran ke luar negeri dan mendapat masalah dengan pihak di luar negeri? Apakah undang-undang transaksi elektronik telah memiliki semacam *Electronic Funds Transfer Act* (EFTA) seperti yang diberlakukan di USA?¹⁶ Barangkali satu-satunya jalan bagi konsumen untuk melindungi dirinya dalam melakukan *cross border transaction* adalah dengan mengandalkan konvensi-konvensi atau traktat terkait. Adakah konvensi-konvensi internasional yang menjangkau hak-hak konsumen dalam *cross border consumer contract*? Mungkin menarik untuk mencermati diskusi antara perwakilan konsumen dan industri di Amerika dalam rangka penyusunan draft *The Uniform New Payment Code Solutions* (UNPC).¹⁷ Penulis memang belum dapat mengakses UNPC, apakah sudah berhasil disepakati menjadi Act atau belum, namun ada beberapa hal menarik dalam draft tersebut, yaitu: (1) *problems of reversibility*, (2) *error resolution*, and (3) *disclosure in light of the identical consequences principle*. Jika ketiga hal ini dapat disepakati, dan bahkan kemudian diangkat menjadi kesepakatan antar negara, maka mungkin saja dapat memberikan harapan bagi konsumen akan adanya perlindungan dalam *cross border electronic transaction*.¹⁸

Hukum Kontrak: antara norma dan fakta

Tulisan ini memang tidak berniat membangkitkan kembali wacana tentang „kematian kontrak“ sebagaimana pernah diungkap oleh Grant Gilmore puluhan tahun yang lalu.¹⁹ Tulisan ini hanya satu upaya kecil untuk menarik minat para pengamat hukum bahwa antara gagasan ideal yang tercermin dalam prinsip *freedom of contract* dengan implementasinya dalam ranah praksis seringkali terdapat kesenjangan yang cukup serius. Prinsip *freedom of contract* menjadi sesuatu yang ideal jika kedua belah pihak berada dalam posisi yang seimbang. Sebaliknya, jika *bargaining position* tidak seimbang, maka prinsip *freedom of contract* menjadi ajang pemaksaan oleh *dominant party* kepada lawannya. Pihak yang memiliki posisi lebih kuat akan cenderung melindungi diri sendiri dengan membuat *terms of condition*

yang menguntungkan dirinya saja. Beberapa contoh dalam *consumer contract* telah dengan jelas membuktikan kebenaran pernyataan tersebut.

Idealisme tentang *freedom of contract* membutuhkan syarat keseimbangan *bargaining power*. Dengan demikian asumsi dasar dari *freedom of contract* adalah adanya kebebasan yang sejati yang sifatnya sangat normatif. Dalam ranah praksis, kebebasan sejati itu hampir tidak mungkin ada. Banyak faktor ikut bekerja ketika prinsip *freedom of contract* itu diaplikasikan dalam dunia praktis.

Dalam konteks itulah seringkali terdapat ketegangan antara kajian normatif dengan kajian empirik, antara aspek normatif dengan aspek faktual. Jika hukum mengarah pada pencapaian keadilan (*justice*), maka hukum tidak lagi cukup dipandang dari sisi normatifnya saja. Tulisan tentang *cross border transaction* ini hanya sebuah pintu masuk untuk lebih memahami bahwa masih banyak persoalan yang dihadapi pihak-pihak dalam transaksi antar negara. Persoalan utamanya berkisar pada bagaimana memberikan perlindungan kepada pihak yang posisinya kurang menguntungkan. Terutama posisi konsumen yang selalu saja pada posisi yang lemah.

Gilmore dalam *The Death of Contract* sudah mengidentifikasi bahwa dalam teori tentang *consideration* yang menjadi syarat dalam suatu kontrak, telah terjadi ketidakadilan. Secara teoretis, setiap pihak yang mengikatkan diri dalam kontrak mengharapkan pertukaran yang seimbang atau adil dalam hak dan kewajiban. Namun pada kenyataannya posisi seimbang itu hampir muskil dalam *consumer contract*. Dengan demikian, apabila dalam persyaratan *consideration* terdapat cacat, maka apakah kontrak itu tetap mengikat? Sayangnya, *freedom of contract* tidak mempermasalahkan posisi dominan, sehingga kontrak yang tidak seimbang akan berubah menjadi apa yang disebut *unjust enrichment*. Sadis memang, tapi itulah yang terjadi, sehingga Gilmore merasa perlu untuk meneriakkan frasa: *the death of contract*.

Dalam konteks *cross border transaction*, disamping masalah posisi yang tidak seimbang tersebut, konsumen masih harus menghadapi masalah tambahan berupa hukum yang berlaku (*applicable law*). Jika dalam transaksi domestik konsumen sudah menghadapi masalah dengan posisinya yang inferior, maka dalam transaksi antar negara posisinya menjadi lebih rumit lagi. *International Convention*

saja yang sifatnya masih normatif belum mampu mengatasi sepenuhnya persoalan ketimpangan posisi. Itulah hukum kontrak bila dilihat dari dua sisi yang berbeda: *norma dan fakta*. ***

Daftar Pustaka

Atiyah, P.S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, (Oxford: Clarendon Press, 1979).

Barnhizer, Daniel D. "Propertization Metaphors For Bargaining Power and Control of the Self in the Information Age", *Cleveland State Law Review*, 2006.

Ebke Werner F. & Bettina M. Steunhauer, "The Doctrine of Good Faith in German Contract Law", dalam Jack Beatson & Daniel Friedmann, ed., *Good Faith and Fault in Contract Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1995).

Hillman, Robert A. "The Triumph of Gilmore's The Death of Contract", *Northwestern University Law Review*, Fall 1995, No. 32.

Morant, Blake D. "The Quest For Bargains in An Age of Contractual Formalism: Stratetig Initiatives For Small Businesses", *Journal of Small and Emerging Business La*, Summer 2003.

Muriel Fabre-Magnan, Muriel, "Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis" dalam Jack Beatson & Daniel Friedmann, ed., *Good Faith and Fault in Contract Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1995).

Schillig, Michael. "Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and The Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms", *European Law Review*, 2008, 33 (3)

Scott, Hal. "Consumer Potection And Payment Systems: Regulatory Policy for the Technological Era". *Harvard Law Review*, June 1985.

Speidel, Richard E. "An Essay on The Reported Death and Continued Vitality of Contract", *Stanford Law Review*, April, 1975

Zhang, Mo. "Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy", *Akron Law Review*, 40th Anniversary Edition, 2008.

Catatan Kaki

- 1 Prof. Dr. Agus Sardjono adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Indonesia untuk bidang Hukum Ekonomi dan Hukum Kekayaan Intelektual.
- 2 P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, (Oxford: Clarendon Press, 1979), 85. Bagian Pertama buku ini (*The Beginnings of Freedom of Contract*) mengungkap pula sejarah tentang doktrin *freedom of contract* tersebut.
- 3 Any unlawful threat or coercion used by a person to induce another to act (or to refrain from acting) in a manner he or she otherwise would not (or would). *Head vs Gadsden Civil Service Bd*. Lihat *Black's Law Dictionary*, 6th ed., (West Publishing Co., 1990), 504.
- 4 A state of mind not in accord with reality. Some unintentional act, omission, or error arising from ignorance, surprise, imposition, or misplaced confidence. *Salazar vs Steelman*, *ibid.*, 1001
- 5 An intentional perversion of truth for the purpose of inducing another in reliance upon it to part with some valuable thing belonging to him or to surrender a legal right. A false representation of a matter of fact, whether by words or by conduct, by false or misleading allegations, or by concealment of that which should have been disclosed, which deceives and is intended to deceive another so that he shall act upon it to his legal injury. *Delahanty vs. Fist Pennsylvania Bank N.A.*, *ibid.*, 660.
- 6 Blake D. Morant, "The Quest For Bargains in An Age of Contractual Formalism: Stratetig Initiatives For Small Businesses", *Journal of Small and Emerging Business La*, Summer 2003.
- 7 *The very nature of contracts of adhesion is that a contract as such*

is not a product of bargaining because it contains the pre-printed terms of one-sided control. Mo Zhang, "Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy", *Akron Law Review*, 40th Anniversary Edition, 2008.

- 8 *Today, there is a growing trend that the great majority of contracts are standard form contracts, especially in consumer transactions*. Mo Zhang, *ibid.*
- 9 Werner F. Ebke & Bettina M. Steunhauer, "The Doctrine of Good Faith in German Contract Law", dalam Jack Beatson & Daniel Friedmann, ed., *Good Faith and Fault in Contract Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1995), 171.
- 10 Ebke, *ibid.*, 171.
- 11 Muriel Fabre-Magnan, "Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis", dalam Beatson & Friedmann, *Good Faith and Fault*, h. 99
- 12 *One of the most striking recent evolutions of French contract law has been the multiplication of pre-contractual duties of disclosure. Such duties now exist not only in the traditional areas of the law of sale and insurance, but also in many others., e.g., money lending and franchising. Not only sellers but also doctors, garage owners, architects, distributors, bankers and lawyers have to disclose information before entering into contracts with their clients*. Lihat kembali Magnan, "Duties of Disclosure", h. 99.
- 13 *The Internet is a dangerous place for consumers, at least according to many commentators. Amoral producers hawk their wares to unsuspecting and unsophisticated e-consumers who innocently enter the dark alleys of electronic commerce, lured by the siren call of bright and flashing neon signs promising selection, price and convenience*. Lihat Daniel D. Barnhizer, "Propertization Metaphors For Bargaining Power and Control of the Self in the Information Age", *Cleveland State Law Review*, 2006. h. 75.
- 14 Lihat Michael Schillig, "Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and The Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms", *European Law Review*, 2008, 33 (3), h. 336-358. Berikut kutipan dari jurnal yang dimaksud: *„Directive 93/13 on unfair terms in consumer contracts has often been described as one of the most important European instruments in the area of consumer contract law%*
- 15 Hal Scott, "Consumer Potection And Payment Systems: Regulatory Policy for the Technological Era". *Harvard Law Review*, June 1985, h.1871-1872.
- 16 *The Elecronic Funds Transfer Act (EFTA) dimasukkan sebagai bagian dari Bab IX dari The Consumer Credit Protection Act 1978 oleh the Financial Institutions Regulatory and Interest Rate Control*. Lihat kembali Scott, *„Consumer Protection and Payment System%*h. 1874.
- 17 Sampai tulisan ini dibuat belum diperoleh data apakah negosiasi antara perwakilan konsumen dan industri telah menghasilkan suatu kesepakatan yang kemudian dituangkan dalam Act. Lihat Scott, *ibid.*, 1881.
- 18 Karena keterbatasan penulis yang belum berhasil mengakses informasi tentang hal itu, maka masalah UNPC ataupun konvensi yang terkait dengan perlindungan konsumen dalam transaksi elektronik belum dapat dieksplorasi lebih lanjut. Jika ternyata sudah ada konvensi tentang hal ini, maka dengan sendirinya tulisan ini menjadi *out of date*.
- 19 *The Death of Contract* pernah menjadi diskursus menarik puluhan tahun yang lalu setelah Grant Gilmore menulis buku *The Death of Contract*. Buku ini pernah diterbitkan kembali pada tahun 1995 oleh Ronald K.L. Collins. Sebelumnya buku ini diterbitkan pada tahun 1974 oleh Ohio State University Press. Lihat Richard E. Speidel, *„An Essay on The Reported Death and Continued Vitality of Contract%* *Stanford Law Review*, April, 1975 dan Robert A. Hillman, *„The Triumph of Gilmore's The Death of Contract%* *Northwestern University Law Review*, Fall 1995, No. 32.