

TEORI KEUNGGULAN KOMPARATIF (COMPARATIVE ADVANTAGE)

Teori Keunggulan Komparatif (theory of comparative advantage) merupakan teori yang dikembangkan oleh David Ricardo pada tahun 1817. Teori keunggulan komparatif melihat keuntungan atau kerugian dari perdagangan internasional dalam perbandingan relatif. Hingga saat ini, teori keunggulan relatif merupakan dasar utama yang menjadi alasan negara-negara melakukan perdagangan internasional.

David Ricardo berpendapat bahwa meskipun suatu negara mengalami kerugian mutlak (dalam artian tidak mempunyai keunggulan mutlak dalam memproduksi kedua jenis barang bila dibandingkan dengan negara lain), namun perdagangan internasional yang saling menguntungkan kedua belah pihak masih dapat dilakukan, asalkan negara tersebut melakukan spesialisasi produksi terhadap barang yang memiliki biaya relatif terkecil dari negara lain. Dengan kata lain, setiap negara akan memperoleh keuntungan jika masing-masing melakukan spesialisasi pada produksi dan ekspor yang dapat diproduksinya pada biaya yang relatif lebih murah, dan mengimpor apa yang dapat diprosukdinya pada biaya yang relatif lebih mahal. Ini menjelaskan bahwa mengapa suatu negara yang memiliki sumber daya sangat lengkap, negara tersebut memilih mengimpor atau mengekspor daripada memproduksi untuk digunakan sendiri.

Untuk mempertegas teorinya, David Ricardo memberlakukan beberapa asumsi, yaitu :

- 1) Hanya ada 2 negara yang melakukan perdagangan internasional.
- 2) Hanya ada 2 barang (komoditi) yang diperdagangkan.
- 3) Masing-masing negara hanya mempunyai 1 faktor produksi (tenaga kerja)
- 4) Skala produksi bersifat “*constant return to scale*”, artinya harga relatif barang-barang tersebut adalah sama pada berbagai kondisi produksi.
- 5) Berlaku *labor theory of value* (teori nilai tenaga kerja) yang menyatakan bahwa nilai atau harga dari suatu barang (komoditi) dapat dihitung dari jumlah waktu (jam kerja) tenaga kerja yang dipakai dalam memproduksi barang tersebut.
- 6) Tidak memperhitungkan biaya pengangkutan dan lain-lain dalam pemasaran.

IMPLIKASI TEORI KEUNGGULAN KOMPARATIF

Dasar pemikiran Ricardo mengenai penyebab terjadinya perdagangan antarnegara pada prinsipnya sama dengan dasar pemikiran dari Adam Smith (Teori Keunggulan Mutlak), namun berbeda pada cara pengukuran keunggulan suatu negara, yakni dilihat komparatif biayanya, bukan perbedaan absolutnya.

Kelemahan-kelemahan dari teori keunggulan komparatif adalah timbulnya ketergantungan dari Dunia Ketiga terhadap negara-negara maju karena keterbelakangan teknologi. Fakta lain, saat ini negara-negara maju pun bisa membuat sendiri apa yang menjadi spesialisasi negara berkembang (misalnya pertanian) dan melakukan proteksionisme.

Alih teknologi-produksi yang terjadi, misal barang-barang spesialisasi dari Indonesia yang dijual ke Jepang akan dijual lagi ke Indonesia dengan harga dan bentuk yang lebih bagus, seperti karet menjadi ban ; dan juga membuat negara-negara berkembang sulit bersaing keuntungan. Perusahaan seperti Honda membuat bahan motor di negara-negara spesialisasi. Dengan adanya kelemahan-kelemahan tersebut, teori ini sebenarnya hanya cocok untuk perdagangan internasional antar negara maju. Sebenarnya melalui konteks sejarah kita bisa mengetahui hal tersebut karena Ricardo hanya melihat Inggris dan negara-negara maju plus Amerika Latin dalam penyusunan teorinya tersebut. Pada masa Ricardo, belum ada

pengamatan serius dan mendalam yang mengarah pada negara-negara di Dunia Ketiga. Wajar jika ketika negara-negara di Dunia Ketiga mulai masuk dalam struktur ekonomi-politik internasional, ada beberapa hal dari teori perbandingan komparatif Ricardo yang menimbulkan berbagai kerugian di pihak negara-negara Dunia Ketiga.

KONTRAK DAGANG INTERNET

Definisi E-Commerce dan Proses Perdagangan melalui Media Elektronik

Sampai saat ini belum ada kesepakatan di antara para pengamat dan pakar mengenai definisi dari *e-commerce*, karena setiap pakar atau pengamat memberi penekanan yang berbeda perihal *e-commerce* ini.

Chissick dan Kelman misalnya memberikan definisi yang sangat global terhadap *e-commerce* yaitu '*a board term describing business activities with associated technical data that are conducted electronically*'. Hampir senada dengan pengertian tersebut, Kamlesh K. Bajaj dan Debjani Nag menyatakan bahwa *e-commerce* merupakan satu bentuk pertukaran informasi bisnis tanpa menggunakan kertas (*paperless exchange of business information*) melainkan dengan menggunakan EDI (*Electronic Data Interchange*), *electronic mail* (*e-mail*), EBB (*Electronic Bulletin Boards*), EFT (*Electronic Funds Transfer*) dan melalui jaringan teknologi lainnya⁷.

Definisi lain yang bersifat lebih teoritis dengan penekanan pada aspek sosial ekonomi dikemukakan oleh Kalalota dan Whinston dengan menyatakan bahwa *e-commerce* adalah sebuah metodologi bisnis modern yang berupaya memenuhi kebutuhan organisasi-organisasi, para pedagang dan konsumen untuk mengurangi biaya (*cost*), meningkatkan kualitas barang dan jasa serta meningkatkan kecepatan jasa layanan pengantaran barang. *United Nation*, khususnya komisi yang menangani Hukum Perdagangan Internasional menyatakan bahwa *e-commerce* adalah perdagangan yang dilakukan dengan menggunakan *data massage electronic* sebagai media.

Komisi Perdagangan Internasional PBB menyatakan bahwa *e-commerce* adalah perdagangan yang dilakukan dengan menggunakan *data massage electronic* sebagai medianya.

Istilah *commerce* itu sendiri didefinisikan oleh PBB dalam *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* sebagai setiap hal yang muncul dari seluruh sifat hubungan 'perdagangan', baik yang bersifat kontraktual ataupun tidak, meliputi (tapi tidak terbatas pada) transaksi berikut: setiap transaksi perdagangan untuk mensuplai atau menukar barang atau jasa; perjanjian distribusi; representasi atau agensi perdagangan; perusahaan; leasing; konstruksi kerja; konsultasi; teknik; pemberian izin; investasi; pemberian dana (*financing*); banking; asuransi; eksploitasi; kesepakatan atau perjanjian atau konsesi; *joint venture* dan bentuk-bentuk lain kerjasama di bidang industri atau bisnis; pengangkutan barang atau penumpang melalui udara, laut, kereta api atau jalan.

Dalam *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* juga disebut bahwa *data massage* adalah informasi yang dibuat, dikirim, diterima atau disimpan dengan peralatan-peralatan elektronik, optik atau semacamnya, termasuk, tapi tidak terbatas pada pertukaran data elektronik (EDI), *e-mail*, telegram, teleks dan telekopi.⁸

Dari semua definisi mengenai *e-commerce* di atas, jelas esensinya menuju satu substansi yang sama yaitu suatu proses perdagangan dengan menggunakan teknologi dan komunikasi jaringan elektronik. Namun dari pengertian yang ada dalam *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*, dapat dipahami bahwa *e-commerce* bukan hanya perdagangan yang dilakukan melalui media internet saja (sebagaimana yang dipahami banyak orang selama ini), melainkan meliputi pula setiap aktifitas perdagangan yang dilakukan melalui atau menggunakan media elektronik lainnya. Adapun media elektronik yang sering digunakan dalam transaksi *e-commerce* adalah EDI (*Electronic Data Interchange*), teleks, faks, EFT (*Electronic Funds Transfer*) dan internet.

Permasalahan Hukum (Kontrak) dalam Transaksi E-Commerce

Dalam tulisannya *Perlindungan Konsumen dalam E-Commerce*, Esther Dwi Magfirah mengidentifikasi beberapa permasalahan hukum yang dapat dihadapi konsumen dalam transaksi *e-commerce*. Permasalahan tersebut adalah⁹:

1. otentikasi subyek hukum yang membuat transaksi melalui internet;
2. saat perjanjian berlaku dan memiliki kekuatan mengikat secara hukum ;
3. obyek transaksi yang diperjualbelikan;
4. mekanisme peralihan hak;
5. hubungan hukum dan pertanggungjawaban para pihak yang terlibat dalam transaksi baik penjual, pembeli, maupun para pendukung seperti perbankan, *internet service provider* (ISP), dan lain-lain;
6. legalitas dokumen catatan elektronik serta tanda tangan digital sebagai alat bukti.
7. mekanisme penyelesaian sengketa;
8. pilihan hukum dan forum peradilan yang berwenang dalam penyelesaian sengketa.

M. Arsyad Sanusi membagi permasalahan hukum dalam transaksi *e-commerce* menjadi dua yaitu permasalahan yang sifatnya substansial dan permasalahan yang sifatnya prosedural. Permasalahan yang bersifat substansial diidentifikasi menjadi 5 (lima) yaitu permasalahan mengenai keaslian data message dan tanda tangan elektronik; keabsahan (*validity*); kerahasiaan (*confidentially/privacy*) dan keamanan (*security*) dan availabilitas (*availability*). Untuk permasalahan yang bersifat prosedural dibagi menjadi 3 (tiga) yaitu permasalahan yurisdiksi atau forum; permasalahan hukum yang diterapkan (*applicable law*) dan permasalahan yang berhubungan dengan pembuktian (*evidence*).¹⁰

Berikut akan dideskripsikan beberapa permasalahan yang bersifat substansial dan prosedural dalam transaksi *e-commerce* serta pranata hukum yang dapat memberikan perlindungan terhadap konsumen.

Permasalahan yang Bersifat Substansial

Permasalahan **pertama** adalah mengenai keaslian data message dan tanda tangan elektronik. Untuk keaslian data message dan tanda tangan elektronik, permasalahan mengenai *authenticity* yang timbul adalah apakah pengiriman data message baik dari konsumen atau server adalah benar seperti yang diduga atau diharapkan? Biasanya peralatan yang digunakan untuk memverifikasi identitas *users* adalah *password*. Namun *password*-pun dapat diduga atau ditipu dan diintersepsi. Demikian pula alamat dapat dipalsu dan disadap oleh para hacker, sehingga keaslian atau otentisitas dari data message tidak dapat lagi dijamin. Hal ini menjadi permasalahan vital dalam *e-commerce* karena data message inilah yang akan dijadikan dasar utama terciptanya suatu perjanjian atau kontrak, baik menyangkut kesepakatan ketentuan dan persyaratan perjanjian atau kontrak maupun substansi perjanjian atau kontrak itu sendiri.

Sebagai solusi, selama ini dimunculkan alat atau teknik yang dianggap mampu memberikan otentikasi yaitu kriptografi (*cryptography*) dan tanda tangan elektronik (*electronic/digital signature*). Dua teknik inilah yang selama ini dianggap sebagai pilar atau penopang *e-commerce* dan dianggap telah memungkinkan dokumen elektronik untuk memiliki posisi yang sama dengan dokumen kertas¹¹.

Kriptografi adalah sebuah teknik pengamanan dan sekaligus pengotentikan data yang terdiri dari dua proses yaitu enkripsi dan dekripsi. Enkripsi adalah sebuah proses yang menjadikan teks informasi tidak terbaca oleh pembaca yang tidak berwenang karena telah dikonversi ke dalam bahasa sandi atau kode, sedangkan dekripsi adalah proses kebalikan

dari enkripsi, yaitu menjadikan informasi yang asalnya telah dienkripsi untuk dibaca kembali oleh pembaca yang memiliki wewenang.

Tanda tangan elektronik menjadi permasalahan substansial sehubungan dengan otentikasi. Tanda tangan elektronik atau digital tidak hanya digunakan untuk memverifikasi keotentikan *data message* tapi digunakan pula untuk meneliti identitas pengirim data, sehingga seseorang bisa yakin bahwa orang yang mengirim data message benar-benar memiliki wewenang. Yang menjadi perdebatan adalah berkenaan dengan keabsahan sebuah kontrak *on-line* yang menggunakan *digital signature*. Apakah digital signature ini dapat menggantikan posisi tanda tangan konvensional karena keduanya memiliki bentuk fisik yang berbeda? Dengan demikian harus dilihat kembali apakah definisi dari tanda tangan itu, karena bagi ahli yang menganut madzhab skriptualis, yang menekankan pada bunyi teks hukum secara tekstual, maka keabsahan digital signature ini akan dianggap tidak sah. Secara internasional UNCITRAL *Model Law on Electronic Commerce* dan ETA Singapore telah menerima tanda tangan elektronik sebagai tanda tangan yang valid. Bagaimana dengan Indonesia? Tampaknya usaha ke arah ini belum menampakkan perkembangan. Secara khusus kita belum mengadopsi pengaturan ini dan belum membentuk legislasi atau aturan khusus mengenai hal ini.

Permasalahan yang menyangkut substansi yang **kedua** adalah masalah keabsahan (*validity*). Sahkah perjanjian yang dilakukan secara *on-line*, yang memiliki beberapa perbedaan secara prosedural dengan perjanjian konvensional yang lazim digunakan?

Sebagaimana dalam perdagangan konvensional, transaksi *e-commerce* menimbulkan perikatan antara para pihak untuk memberikan suatu prestasi sebagai contoh dalam perikatan atau perjanjian jual beli, sehingga dari perikatan ini timbul hak dan kewajiban yang harus dipenuhi oleh para pihak yang terlibat.

Jual-beli merupakan salah satu jenis perjanjian yang diatur dalam KUHPerdata, sedangkan *e-commerce* pada dasarnya merupakan model transaksi jual-beli modern yang menggunakan inovasi teknologi seperti internet sebagai media transaksi. Dengan demikian selama tidak diperjanjikan lain, maka sebenarnya ketentuan umum tentang perikatan dan perjanjian jual-beli yang diatur dalam Buku III KUHPerdata seharusnya dapat berlaku sebagai dasar hukum aktifitas *e-commerce* di Indonesia. Jika dalam pelaksanaan transaksi *e-commerce* tersebut timbul sengketa, maka para pihak dapat mencari penyelesaiannya dalam ketentuan tersebut.

Pada umumnya asas yang digunakan untuk transaksi dagang atau jual beli adalah asas konsensualisme, yaitu suatu asas yang menyatakan bahwa perjanjian jual beli sudah dilahirkan pada saat atau detik tercapainya ‘sepakat’ mengenai barang dan harga. Asas ini juga dianut dalam hukum perdata di Indonesia yang diatur dalam Pasal 1458 KUH Perdata (*Burgerlijk Wetboek*). Selain itu ada syarat lain yang juga harus dipenuhi untuk sahnya suatu perjanjian. Mengenai syarat sahnya suatu perjanjian di Indonesia diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata, yaitu adanya kesepakatan antara para pihak, dilakukan oleh orang yang cakap hukum, adanya hal atau obyek tertentu dan adanya suatu causa atau sebab yang halal.¹²

Dalam hukum, keabsahan suatu kontrak sangat tergantung pada pemenuhan syarat-syarat dalam suatu kontrak. Apabila syarat-syarat kontrak telah terpenuhi, terutama adanya kesepakatan atau persetujuan antara para pihak, maka kontrak dinyatakan terjadi. Dalam transaksi *e-commerce*, terjadinya kesepakatan dan perjanjian sangat erat hubungannya dengan otentisitas dari data message, sehingga timbul permasalahan apakah wujud data yang tidak tertulis di atas kertas –melainkan dalam wujud data record yang abstrak– serta tanda tangan elektronik dapat diterima sebagai sesuatu yang sah?

Bagaimana dengan kontrak *on-line*? Menurut para pemerhati *e-commerce*, kondisi-kondisi hukum di atas juga berlaku *mutatis mutandis* pada kontrak *on-line*, karena sebenarnya

kontrak *on-line* adalah sama kondisinya dengan kontrak pada umumnya atau kontrak konvensional, hanya saja dalam kontrak *on-line* digunakan piranti teknologi canggih dengan berbagai macam variasinya. Sebagai contoh Michael Chissick dan Kelman secara tegas menyatakan bahwa dalam *e-commerce* sebenarnya tidak ada hal-hal yang baru, melainkan hanya permasalahan lama yang dikemas dalam bingkai yang baru karena perbedaan sarana dan prasarana yang dimungkinkan oleh teknologi internet¹³.

Dengan pernyataan ini, walaupun masalah yang dihadapi mungkin berbeda, ketentuan mengenai perjanjian jual beli yang diatur dalam hukum Indonesia sebenarnya cukup memadai untuk hal ini, namun karena sifatnya yang khas, masih ada beberapa hal yang dapat diperdebatkan, misalnya mengenai kecakapan membuat perjanjian yang dalam hal ini oleh anak yang masih di bawah umur dan juga mengenai *causa* yang halal. Dengan demikian hal yang penting untuk kembali dilihat adalah mengenai *digital signature* untuk mengetahui kompetensi baik penjual maupun pembeli.

Namun perlu pula dicermati bahwa sebenarnya permasalahannya tidaklah sesederhana itu. *E-commerce* merupakan model perjanjian jual-beli dengan karakteristik yang berbeda dengan model transaksi jual-beli konvensional, apalagi dengan daya jangkauan yang tidak hanya lokal tapi juga bersifat global. Apakah kemudian ketentuan jual-beli konvensional sebagaimana diatur dalam KUH Perdata secara tepat sesuai dan cukup untuk adaptif dengan konteks *e-commerce* atau perlukan membuat regulasi khusus untuk mengatur *e-commerce*?

Mengenai pertanyaan kapan lahirnya kontrak *web* atau kontrak *on-line* yang sifatnya mengikat serta valid dalam hukum? Sejauh ini dapat dikemukakan dua pendapat dengan argumentasinya sendiri-sendiri. Pertama, kontrak *web* lahir pada saat *buyer* atau konsumen melakukan klik penerimaan '*agree*' atau '*accept*', yang berarti data sudah terkirim dan tidak dapat ditarik kembali. Ini menandakan telah terjadi kesepakatan antara pihak penjual dan pembeli. Kedua, kontrak lahir dan mengikat ketika *seller* atau penjual menerima pesan order tersebut dan *buyer* atau konsumen telah menerima *acknowledgement of receipt*.

Permasalahan ketiga adalah masalah kerahasiaan (*confidentiality/ privacy*). Kerahasiaan yang dimaksud di sini meliputi kerahasiaan data atau informasi dan juga perlindungan terhadap data atau informasi dari akses yang tidak sah dan tanpa wenang. Untuk *e-commerce*, masalah kerahasiaan ini sangat penting karena berhubungan dengan proteksi terhadap data keuangan, informasi perkembangan produksi, struktur organisasi serta informasi lainnya. Kegagalan untuk menjaga kerahasiaan dapat berujung pada terjadinya suatu *dispute* yang berujung pada tuntutan ganti rugi. Secara teknis solusinya dapat berupa penyediaan teknologi dan sistem yang tidak memberikan peluang kepada orang yang tidak berwenang untuk membuka dan membaca *message*. Untuk upaya hukum, dapat dilakukan dengan membuat aturan hukum mengenai perlindungan terhadap informasi digital.¹⁴

Masalah keempat adalah masalah keamanan (*security*). Masalah keamanan ini tidak kalah penting karena dapat menciptakan rasa percaya bagi para pengguna dan pelaku bisnis untuk tetap menggunakan media elektronik untuk kepentingan bisnisnya. Masalah keamanan yang timbul biasanya karena kerusakan (*error*) pada sistem atau data yang dilakukan oleh pihak ketiga yang tidak bertanggung jawab.

Masalah terakhir yang sering timbul adalah masalah *availability* atau ketersediaan data.

Masalah ini penting sehubungan dengan keberadaan informasi yang dibuat dan ditransmisikan secara elektronik harus tersedia bila dibutuhkan. Dengan ini, untuk menjaga kepercayaan (*trust*) dan itikad baik (*good faith*), harus dibuat suatu sistem pengamanan yang dapat memproteksi dan mencegah terjadinya kesalahan atau hambatan baik kesalahan teknis, kesalahan pada jaringan dan kesalahan profesional.¹⁵

Permasalahan yang Bersifat Prosedural

Di atas sudah disebutkan bahwa permasalahan hukum yang bersifat prosedural adalah permasalahan yurisdiksi atau forum; permasalahan hukum yang diterapkan (*applicable law*) dan permasalahan yang berhubungan dengan pembuktian (*evidence*).

Masalah **pertama** mengenai yurisdiksi atau forum. Masalah yurisdiksi dalam *e-commerce* sangatlah kompleks, rumit dan sangat urgen untuk dibicarakan, karena bisa menyangkut yurisdiksi dua negara atau lebih. Padahal setiap keputusan pengadilan yang tidak memiliki yurisdiksi atas perkara tertentu atau personal *incasupara* pihak dapat dinyatakan batal demi hukum. Masalah yurisdiksi ini menjadi relevan ketika pengadilan mencoba menggunakan kekuasaannya terhadap orang yang bukan penduduk atau tidak tinggal dalam batas-batas teritorial negara tertentu. Pengadilan dalam hal ini tidak dapat menerapkan atau mengadili perkara tertentu kecuali negara tersebut saling mengadakan perjanjian mengenai penentuan yurisdiksi.

Dalam penentuan yurisdiksi perlu diperhatikan hal-hal seperti lokasi para pihak, obyek kontrak serta kehadiran para pihak. Terhadap negara yang telah memiliki perjanjian, biasanya diberlakukan peraturan *mandatory*, sedangkan untuk badan hukum atau perusahaan, penentuan forumnya biasanya adalah domisili perusahaan.

Dalam Hukum Perdata Internasional, konsep di mana penggugat memilih yurisdiksi dapat dilakukan berdasarkan asas teritorialitas atau *domicilie* dan asas *nasionaliteit* atau kewarganegaraan atau berdasarkan pilihan hukum para pihak. Indonesia sendiri berdasar Pasal 16 AB menganut asas *nationaliteit* untuk menentukan hukum yang berlaku bagi status personil seseorang.¹⁶ Selain itu, mengenai kontrak berlaku asas *the proper law of contract*, di mana yurisdiksi juga dapat dipilih berdasar *lex loci contractus* yaitu yurisdiksi yang berlaku di mana kontrak dibuat atau *lex loci solutionis* yaitu forum atau hukum tempat pelaksanaan perjanjian.

Dalam transaksi *e-commerce*, karena sifatnya yang khas di mana para pihak yang melakukan perjanjian atau kontrak tidak bertemu secara langsung dan perjanjian atau kontrak dilakukan secara elektronik dan esensinya yang menekankan pada efisiensi, cukup sulit untuk menentukan hukum mana yang akan diberlakukan apabila terjadi sengketa. Ada kemungkinan bahwa kontrak dianggap sah misalnya di salah satu tempat, namun dianggap tidak sah atau ilegal ditempat yang lain¹⁷.

Dalam perjanjian atau *kontrak e-commerce*, pengaturan mengenai yurisdiksi kemudian biasanya dilakukan dengan menggunakan pilihan hukum (*choice of law*) yang dimasukkan dalam klausul kontrak. Hal ini dimungkinkan karena pada prinsipnya persoalan pilihan hukum adalah otonomi dari para pihak. Masalah pilihan hukum atau *partijautonomie* ini sebenarnya merupakan salah satu ajaran khusus dalam Hukum Perdata Internasional.

Dalam menentukan hukum yang berlaku sesuai dengan Pilihan Hukum para pihak, maka dalam suatu kontrak para pihak bebas untuk melakukan pilihan sendiri hukum yang harus dipakai untuk kontrak mereka, namun mereka tidak bebas untuk menentukan sendiri perundang-undangan. Harus ada batas-batas tertentu untuk kelonggaran atau kebebasan memilih hukum, namun kebebasan ini bukan berarti boleh sewenang-wenang, sehingga pilihan hukum ini hanya diperkenankan sepanjang tidak melanggar apa yang dinamakan sebagai 'ketertiban umum' (*ordre public*) dan tidak terjadi penyelundupan hukum (*fraus legis*) yaitu sekedar menghindarkan diri dari suatu kaidah hukum tertentu yang memaksa.¹⁸

Menurut Sudargo Gautama, masalah pilihan hukum harus diartikan secara luas, tidak hanya menyangkut kepada pilihan hukum di bidang harta benda saja, tetapi segala perbuatan hukum yang mengakibatkan karena kemauan sendiri, bagi yang bersangkutan berlaku lain hukum perdata daripada hukum perdata yang lazim ditentukan baginya menurut peraturan-peraturan, termasuk di dalamnya penundukan sukarela untuk perbuatan hukum tertentu dan penundukan dianggap. Pilihan hukum ini berkenaan baik dengan bidang hukum perdata maupun hukum publik.¹⁹

Walaupun demikian, permasalahan yang kemudian dapat timbul adalah pengakuan serta daya mengikatnya putusan hakim suatu negara tertentu untuk diberlakukan di negara lain apabila terjadi sengketa atau adanya wanprestasi dari salah satu pihak. Dengan demikian memang harus disadari bahwa Hukum Perdata Internasional sendiri memiliki batasan-batasan dalam keberlakukannya.

Masalah **kedua** adalah masalah hukum yang diterapkan (*applicable law*). Walaupun masalah ini erat kaitannya dengan yurisdiksi, dalam transaksi *e-commerce*, klausul kontrak dan kewajiban para pihak secara umum seyogyanya tunduk pada hukum negara yang dipilih oleh para pihak. Namun bagaimana bila dalam penawaran yang tercantum dalam situs atau web tersebut tidak secara *expressis verbis* dicantumkan tentang forum maupun pilihan hukum? Jika tidak ada pilihan hukum yang efektif, maka hak dan kewajiban para pihak dapat ditentukan oleh hukum lokal negara dengan memperhatikan hubungan hukum yang memiliki signifikansi terdekat dengan masalah para pihak.

Sejalan dengan hal ini, mengutip pandangan Moris, *the proper law of the contract* adalah suatu sistem hukum yang dikehendaki oleh para pihak, atau bila kehendak itu tidak dinyatakan dengan tegas, atau tidak dapat diketahui dari keadaan disekitarnya, maka berlaku *the proper law of the contract*, yang merupakan sistem hukum yang memiliki kaitan yang paling kuat dan nyata dalam transaksi yang terjadi²⁰. Demikian pula Sudargo Gautama mengemukakan teori *the most characteristic connection* yang menyatakan bahwa pilihan hukum berada pada kewajiban untuk melakukan prestasi yang paling karakteristik merupakan tolok ukur untuk penentuan hukum yang akan dipergunakan dalam mengatur perjanjian.

Permasalahan ketiga yang bersifat prosedural adalah masalah pembuktian (*evidence*). Untuk meminimalkan kecurangan-kecurangan dalam suatu perjanjian diperlukan dokumen sebagai pembuktian.

Bagaimana dengan dokumen pembuktian dalam transaksi *e-commerce*? Pembuktian juga merupakan hal yang penting dalam transaksi *e-commerce*. Namun karena sifatnya yang khas, biasanya bukti yang berupa dokumen digantikan oleh data yang berupa rekaman atau *record*. Permasalahannya apakah rekaman data (*record data*) dapat diterima dalam sistem hukum Indonesia? Padahal kita tahu bahwa baik dalam Pasal 164 HIR yang menyebutkan mengenai alat bukti, maupun dalam Pasal 184 KUHAP tidak disebutkan mengenai alat bukti berupa rekaman data²¹. Dapatkah hukum Indonesia secara progresif membuka kemungkinan untuk menerima bukti lain selain yang sudah diatur tersebut, seperti misalnya data rekaman dari komputer, padahal sampai saat ini, alat bukti berupa rekaman elektronik masih menjadi perdebatan? Untuk sementara, di Indonesia peraturan perundang-undangan yang telah menerima bukti elektronik seperti *e-mail*, fax dan data elektronik komputer barulah UU Tindak Pidana Korupsi.

Mengingat perkembangan teknologi informasi yang begitu cepat, peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai pembuktian dan alat bukti seyogyanya sesegera mungkin direformasi, sehingga rekam data elektronik dapat digunakan sebagai alat bukti. Tanpa reformasi hukum, maka perdebatan mengenai hal ini akan terus berlanjut, karena interpretasi mengenai alat bukti *record data* sebagai surat dapat dianggap sebagai analogi.²²

Perlindungan Hukum terhadap Konsumen dalam Transaksi E-Commerce

Salah satu kelebihan atau keuntungan dalam *e-commerce* adalah informasi yang beragam dan mendetail yang dapat diperoleh konsumen dibandingkan dengan perdagangan konvensional tanpa harus bersusah payah pergi ke banyak tempat. Melalui internet misalnya konsumen dapat memperoleh aneka informasi barang dan jasa dari berbagai situs yang beriklan dalam berbagai variasi merek lengkap dengan spesifikasi harga, cara pembayaran, cara pengiriman, bahkan fasilitas pelayanan *track and trace* yang memungkinkan konsumen melacak tahap pengiriman barang yang dipesannya.

Kondisi tersebut memberi banyak manfaat bagi konsumen karena kebutuhan akan barang dan jasa yang diinginkan dapat terpenuhi. Selain itu juga terbuka kesempatan untuk memilih aneka jenis dan kualitas barang dan jasa sesuai dengan keinginan dan kemampuan finansial konsumen dalam waktu yang relatif efisien.

Namun demikian, *e-commerce* juga memiliki kelemahan. Metode transaksi elektronik yang tidak mempertemukan pelaku usaha dan konsumen secara langsung serta tidak dapatnya konsumen melihat secara langsung barang yang dipesan berpotensi menimbulkan permasalahan yang merugikan konsumen.

Salah satu contoh adalah ketidaksesuaian jenis dan kualitas barang yang dijanjikan, ketidaktepatan waktu pengiriman barang atau ketidakamanan transaksi. Faktor keamanan transaksi seperti keamanan metode pembayaran merupakan salah satu hal urgen bagi konsumen. Masalah ini penting sekali diperhatikan karena terbukti mulai bermunculan kasus-kasus dalam *e-commerce* yang berkaitan dengan keamanan transaksi, mulai dari pembajakan kartu kredit, *stock exchange fraud*, *banking fraud*, akses ilegal ke sistem informasi (*hacking*) merusak *web site* sampai dengan pencurian data.

Beragam kasus yang muncul berkaitan dengan pelaksanaan transaksi terutama faktor keamanan dalam *e-commerce* ini tentu sangat merugikan konsumen. Padahal jaminan keamanan transaksi *e-commerce* sangat diperlukan untuk menumbuhkan kepercayaan konsumen penggunaannya. Pengabaian terhadap hal tersebut akan mengakibatkan pergeseran terhadap falsafah efisiensi yang terkandung dalam transaksi *e-commerce* menuju ke arah ketidakpastian yang nantinya akan menghambat upaya pengembangan pranata *e-commerce*. Permasalahan hukum serta pemecahan yang sudah dijelaskan di atas, sebenarnya tidak lain dimaksudkan sebagai upaya untuk memberikan perlindungan terhadap konsumen dalam transaksi *e-commerce*. Walaupun tidak secara khusus disebutkan untuk memberikan perlindungan terhadap konsumen, namun mengingat permasalahan yang dihadapi adalah permasalahan yang umumnya dihadapi oleh konsumen serta pemecahannya baik secara substansial maupun secara prosedural, maka solusi yang telah diungkapkan di atas dapat digunakan untuk memberikan perlindungan terhadap konsumen.

Untuk jaminan keamanan, *public key infrastructure* saat ini dioperasikan oleh banyak lembaga (dalam tataran internasional, seperti Amerika Serikat misalnya) baik untuk menunjang *digital signature* dan *encryption* (pengacakan). Salah satu cara untuk mengimplementasikan *public key infrastructure* adalah dengan melakukan sertifikasi antardomain (*interdomain certification*) atau dengan kata lain penerbitan sertifikat oleh dan antar suatu *Certification Authority*. Umumnya sertifikasi antar domain ini mencerminkan pengakuan secara hukum lintas domain dari semua komponen penting *public key infrastructure*, termasuk *certification authority*, sertifikat, digital signatures dan rekaman pendukung transaksi yang berlangsung. Jadi untuk menjamin keaslian suatu dokumen dan memastikan tanda tangan digital memang milik seseorang yang berhak lembaga *Certification Authority* inilah yang menjamin keasliannya²⁴. Hal ini tentunya sangat penting, mengingat ketidak aslian dari *certification authority*, sertifikat, digital signatures dan rekaman pendukung transaksi yang berlangsung secara potensial akan merugikan konsumen.

Secara Nasional, pranata untuk memberikan perlindungan terhadap konsumen adalah UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, namun UU perlindungan Konsumen ini secara khusus belum mengantisipasi perkembangan teknologi informasi di dalam pengaturannya. Dalam tataran internasional, telah dibuat kesepakatan-kesepakatan internasional yang secara khusus dapat digunakan untuk memberikan perlindungan terhadap konsumen dalam transaksi *e-commerce*.

Di bawah ini akan diuraikan mengenai pranata atau pengaturan hukum yang dapat memberikan perlindungan terhadap konsumen dalam transaksi *e-commerce*.

1. Pranata dan Perlindungan Hukum terhadap Konsumen dalam Transaksi *E-Commerce* dalam tataran Internasional

Liberalisasi perdagangan membawa konsekuensi di mana semua barang dan jasa yang berasal dari negara lain bisa masuk Indonesia termasuk dengan menggunakan *electronic commerce*. Hal ini merupakan konsekuensi logis dari disahkannya Undang-Undang No. 7 Tahun 1994 tentang Pengesahan *Agreement Establishing The World Trade Organization* atau persetujuan pembentukan organisasi perdagangan dunia (WTO). Namun masuknya barang dan jasa impor tersebut bukannya tanpa masalah, di mana salah satu permasalahan yang timbul adalah masalah perlindungan konsumen. Demikian pula dalam hal pengaturan hukum mengenai hal ini.

Sehubungan dengan permasalahan pengaturan hukum dalam transaksi *e-commerce*, David Harland mengemukakan bahwa :

*One consequence of the globalization of trade is a lessening of the significance of national laws affecting such trade. the non-territorial and intangible nature of electronic commerce calls into question the adequacy of existing law enforcement mechanism that are still geared to tangible products and national legislation.*²⁵

Khusus untuk perlindungan konsumen dalam tataran internasional telah diterima *The United Nation Guidelines for Consumer Protection* yang diterima oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa melalui Resolusi No. A/RES/39/248 tanggal 16 April 1985 dengan memberikan penekanan terhadap pemahaman umum dan luas mengenai konsumen serta perangkat perlindungan konsumen yang asasi dan adil untuk mencegah praktek perdagangan yang merugikan konsumen, persaingan yang tidak sehat serta perbuatan-perbuatan yang tidak mematuhi ketentuan perundang-undangan.²⁶ Resolusi ini merekomendasi pula tentang perlunya memberikan perlindungan terhadap konsumen melalui suatu undang-undang yang bersifat nasional serta kerjasama internasional dalam rangka pertukaran informasi mengenai produk-produk terutama produk-produk yang berbahaya atau dilarang.

Sejalan dengan hal ini, maka setiap tahun PBB menerbitkan suatu daftar yang memuat semua produk yang telah dilarang untuk dikonsumsi atau dijual karena telah dilarang (*banned*), ditarik dari peredaran, sangat dibatasi atau tidak disetujui oleh pemerintah. Semuanya ini menampakkan keinginan bersama untuk memberlakukan ketentuan tentang pelarangan penggunaan produk berbahaya tertentu di suatu negara untuk negara lainnya.

Walaupun tidak secara khusus dibuat untuk memberikan perlindungan terhadap konsumen dalam transaksi *e-commerce*, seperti telah disebutkan di atas, PBB tepatnya komisi yang menangani Hukum Perdagangan Internasional telah menyetujui *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* dengan resolusi 51/162 sebagai mandat untuk kemajuan terhadap harmonisasi dan unifikasi hukum perdagangan internasional demi kepentingan semua pihak, terutama pihak-pihak dalam negara-negara berkembang. Selain itu disebutkan dalam konsideran UNCITRAL ini bahwa hal ini dimaksudkan sebagai alternatif terhadap *paper-based methods of communication and storage of information* yang selama ini digunakan sebagai dasar dalam membuat suatu perjanjian.

Selain itu dalam konsideran *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* juga dikatakan bahwa resolusi ini diharapkan dapat diterima secara umum oleh negara-negara dengan latar belakang hukum, sosial dan sistem ekonomi yang berbeda sehingga dapat secara signifikan menyumbangkan keharmonisan hubungan ekonomi internasional dan dapat diadopsi oleh negara-negara serta mengembangkan dan merevisi perundang-undangan nasionalnya aturan tentang alternatif penggunaan *paper-based methods of communication and storage of information*.

Dalam Chapter II mengenai *Application of Legal Requirement to data Message* UNCITRAL *Model Law on Electronic Commerce* artikel 5 disebutkan bahwa informasi (dalam hal ini informasi elektronik) yang disajikan dalam data message tidak akan dikesampingkan baik itu menyangkut aspek hukum, pelaksanaan maupun validitasnya. Selanjutnya dalam chapter tersebut diatur pula ketentuan mengenai tulisan (*writing*) yang menyatakan bahwa ketika hukum menghendaki informasi tertulis, maka kewajiban tersebut dapat ditemukan dalam *data message* sebagai bahan referensi. Selanjutnya diatur mengenai keabsahan tanda tangan elektronik (*signature*), Ketentuan origin yaitu mengenai integritas dari informasi pada saat pertama kali dibuat dan ditayangkan dalam *data message*, ketentuan mengenai data message sebagai alat bukti (*evidence*), serta penyimpanan (*retention*) dari *data message*.

Dalam Chapter III UNCITRAL *Model Law on Electronic Commerce* diatur pula mengenai formasi serta validitas dari kontrak (*formation and validity of contracts*), pengakuan dari para pihak mengenai isi dari *data message* (*recognition by parties of data message*), atribusi dari data message, pengekuatan terhadap cara pembayaran atau kuitansi (*acknowledgement of receipt*) juga waktu dan tempat serta penerimaan waktu pembayaran yang diperoleh dari *data message* (*time and place dispatch and receipt of data message*).

UNCITRAL *Model Law on Electronic Commerce* memang secara spesifik bukan dipersiapkan untuk mengatur mengenai perlindungan konsumen khususnya perlindungan terhadap konsumen dalam transaksi *e-commerce*, sehingga OECD dalam *Conference on A Global Marketplace for Consumer* pada tahun 1994 menyepakati perlunya *International Code of Conduct for Sellers* dalam pasar global

Beberapa negara di dunia telah mengatur dalam perundang-undangan nasionalnya transaksi *e-commerce* ini diantaranya Filipina dengan Act No. 8792, Masyarakat Uni Eropa dengan disetujuinya Directive 2000/31/EC on *Certain legal Aspect of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in Internal Market* atau Directive on *Electronic Commerce* oleh The European Parliament and The Council pada tanggal 8 Juni 2000, juga Singapura dengan Electronic Transaction Act 1998, Australia dengan Electronic Transaction Bill 1999, serta Amerika juga Malaysia. Khusus Singapura dan Australia digunakan model sejalan dengan apa yang direkomendasikan dalam UNCITRAL *Model Law on Electronic Commerce*.

Walaupun UNCITRAL *Model Law on Electronic Commerce* serta peraturan perundang-undangan yang telah digunakan di beberapa negara tersebut memang tidak secara khusus menyebutkan mengenai perlindungan hukum terhadap konsumen, substansi yang diatur dalam peraturan-peraturan tersebut secara tidak langsung memberikan perlindungan terhadap para pihak yang melakukan transaksi elektronik (*e-commerce*). Dengan ini berarti para konsumen yang menggunakan teknologi elektronik dalam transaksi bisnisnya dapat berlandung pada peraturan-peraturan ini.

Bagaimana dengan Pengaturan di Indonesia? Untuk menjawab pertanyaan ini, maka di bawah ini akan dipaparkan beberapa aspek mengenai perlindungan konsumen di Indonesia.

2. Pranata dan Perlindungan Hukum terhadap Konsumen dalam Transaksi *E-Commerce* dalam tataran Nasional

Walaupun Indonesia sudah meratifikasi pengesahan tentang pembentukan WTO, namun sampai saat ini perangkat yang dibutuhkan untuk itu belum cukup memadai. Setelah meratifikasi Pengesahan pembentukan WTO tersebut memang terlihat ada kemajuan yang cukup berarti dalam hal dibuatnya legislasi sebagai pendukung serta perangkat menuju era perdagangan bebas.

Indonesia telah memiliki UU yang memberikan perlindungan terhadap hak kekayaan intelektual seperti hak Cipta, Paten dan Merk termasuk mengesahkan UU tentang Perlindungan Konsumen. Dalam tataran nasional usaha untuk memberikan perlindungan terhadap konsumen memang dinyatakan dengan diberlakukannya Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

Dalam salah satu butir konsiderannya dinyatakan bahwa usaha perlindungan terhadap konsumen dilakukan karena adanya ekspansi dunia usaha yang mengglobal. Disebutkan dalam konsideran menimbang butir 3 bahwa semakin terbukanya pasar nasional sebagai akibat dari proses globalisasi ekonomi harus tetap menjamin peningkatan kesejahteraan masyarakat serta kepastian atas mutu, jumlah, dan keamanan barang dan/atau jasa yang diperolehnya di pasar.

Selanjutnya dalam Penjelasan UU tersebut dijelaskan bahwa fenomena globalisasi dan perdagangan bebas yang didukung oleh kemajuan teknologi telekomunikasi dan informatika telah memperluas ruang gerak arus transaksi barang dan/atau jasa melintasi batas-batas wilayah suatu negara, sehingga barang dan/atau jasa yang ditawarkan bervariasi baik produksi luar negeri maupun produksi dalam negeri.

Kondisi yang demikian pada satu pihak mempunyai manfaat bagi konsumen karena kebutuhan konsumen akan barang dan/atau jasa yang diinginkan dapat terpenuhi serta semakin terbuka lebar kebebasan untuk memilih aneka jenis dan kualitas barang dan/atau jasa sesuai dengan keinginan dan kemampuan konsumen, namun di sisi lain, kondisi dan fenomena tersebut di atas dapat mengakibatkan kedudukan pelaku usaha dan konsumen menjadi tidak seimbang dan konsumen berada pada posisi yang lemah. Konsumen menjadi objek aktivitas bisnis oleh pelaku usaha untuk meraup keuntungan yang sebesar-besarnya melalui kiat promosi, cara penjualan, serta penerapan perjanjian standar yang merugikan konsumen.

Tujuan perlindungan konsumen sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2 Undang-Undang Perlindungan konsumen ini adalah untuk 1) meningkatkan kesadaran, kemampuan dan kemandirian konsumen untuk melindungi diri; 2) mengangkat harkat dan martabat konsumen dengan cara menghindarkannya dari eksekusi negatif pemakaian barang dan/atau jasa; 3) meningkatkan pemberdayaan konsumen dalam memilih, menentukan, dan menuntut hak-haknya sebagai konsumen; 4) menciptakan sistem perlindungan konsumen yang mengandung unsur kepastian hukum dan keterbukaan informasi serta akses untuk mendapatkan informasi; 5) menumbuhkan kesadaran pelaku usaha mengenai pentingnya perlindungan konsumen sehingga tumbuh sikap yang jujur dan bertanggungjawab dalam berusaha; serta 6). meningkatkan kualitas barang dan/atau jasa yang menjamin kelangsungan usaha produksi barang dan/atau jasa, kesehatan, kenyamanan, keamanan, dan keselamatan konsumen³⁰. Perlu pula ditegaskan bahwa faktor utama yang menjadi kelemahan konsumen adalah tingkat kesadaran konsumen akan haknya masih rendah, yang terutama disebabkan oleh rendahnya pendidikan konsumen. Oleh karena itu, Undang-undang Perlindungan Konsumen dimaksudkan menjadi landasan hukum untuk melakukan upaya pemberdayaan konsumen melalui pembinaan dan pendidikan konsumen.

Dalam Undang-Undang Perlindungan Konsumen telah diatur pula hak dan kewajiban pelaku usaha serta larangan-larangan yang bertujuan untuk memberi perlindungan terhadap konsumen dan telah pula mengatur mengenai hak dan kewajiban konsumen. Namun khusus untuk perlindungan hak konsumen dalam transaksi *e-commerce* masih rentan, karena

walaupun Undang-undang Perlindungan Konsumen telah mengatur hak dan kewajiban bagi produsen dan konsumen, namun kurang tepat untuk diterapkan dalam transaksi *e-commerce*. Kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi dalam proses produksi barang dan jasa ternyata belum diikuti dengan kemajuan perangkat hukum yang ada.

Beberapa hak konsumen yang diatur dalam UU perlindungan konsumen adalah : 1) hak atas kenyamanan, keamanan, dan keselamatan dalam mengkonsumsi barang dan/atau jasa; 2) hak untuk memilih serta mendapatkan barang dan/atau jasa sesuai dengan nilai tukar dan kondisi serta jaminan yang dijanjikan; 3) hak atas informasi yang benar, jelas, dan jujur; 4) hak untuk didengar pendapat dan keluhannya; 5) hak untuk mendapatkan advokasi, perlindungan, dan upaya penyelesaian sengketa perlindungan konsumen secara patut; 6) hak untuk mendapat pembinaan dan pendidikan konsumen; 7) hak untuk diperlakukan atau dilayani secara benar dan jujur serta tidak diskriminatif; 8) hak untuk mendapatkan kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian, apabila barang dan/atau jasa yang diterima tidak sesuai dengan perjanjian atau tidak sebagaimana mestinya.

Namun selain haknya sebagaimana disebut di atas, konsumen juga memiliki beberapa kewajiban, dalam hal ini supaya konsumen tidak mendapatkan kerugian karena ketidakhati-hatiannya sendiri. Kewajiban tersebut diantaranya adalah : 1) membaca atau mengikuti petunjuk informasi dan prosedur pemakaian atau pemanfaatan barang dan/atau jasa, demi keamanan dan keselamatan; 2) beritikad baik dalam melakukan transaksi pembelian barang dan/atau jasa; 3) membayar sesuai dengan nilai tukar yang disepakati; 4) mengikuti upaya penyelesaian hukum sengketa perlindungan konsumen secara patut.

Selain hak dan kewajiban konsumen seperti tersebut di atas, Pelaku Usaha memiliki pula beberapa hak dan kewajiban sebagai pemenuhan hak terhadap konsumen tersebut. Selain memiliki hak dan kewajiban ada beberapa pelanggaran terhadap Pelaku Usaha yang apabila dilanggar, dapat mengakibatkan Pelaku Usaha terkena sanksi baik sanksi administratif, sanksi pidana maupun ganti kerugian secara perdata. Secara singkat pelanggaran tersebut adalah :

1. memproduksi serta memperdagangkan barang dan/atau jasa yang : tidak sesuai dengan standar; tidak sesuai dengan berat bersih, isi bersih atau *netto*, dan jumlah serta tidak sesuai dengan kondisi, jaminan, keistimewaan atau kemanjuran sebagaimana dinyatakan dalam label atau etiket barang tersebut; tidak mencantumkan tanggal kadaluarsa; tidak mencantumkan informasi dan/atau petunjuk penggunaan barang.
2. menawarkan, mempromosikan, mengiklan-kan suatu barang dan/atau jasa secara tidak benar, dan/atau seolah-olah : suatu barang telah memenuhi dan/atau memiliki potongan harga, harga khusus, standar mutu tertentu, gaya atau mode tertentu, karakteristik tertentu, sejarah atau guna tertentu; barang tersebut dalam keadaan baik dan/atau baru; tidak mengandung cacat tersembunyi.
3. memproduksi iklan yang mengelabui konsumen; memuat informasi yang keliru, salah, atau tidak tepat.
4. Mencantumkan klausula baku apabila menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha; menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali baik barang yang sudah dibeli maupun uang yang sudah dibayarkan konsumen; menyatakan mendapat kuasa dari konsumen baik secara langsung maupun tidak

langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran; mengatur perihal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatan jasa yang dibeli oleh konsumen; menyatakan tunduknya konsumen kepada peraturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan/atau pengubahan yang dibuat sepihak; mencantumkan klausula baku yang letak atau bentuknya sulit terlihat atau tidak dapat dibaca secara jelas, atau yang pengungkapannya sulit dimengerti.

Untuk transaksi *e-commerce*, masalah posting iklan yang dilakukan oleh *vendor* di Internet misalnya harus dicermati dengan sungguh-sungguh oleh konsumen baik mengenai penawaran, promosi, serta iklan suatu barang dan/atau jasa. Demikian pula mengenai iklan yang mengelabui konsumen seperti misalnya memuat informasi yang keliru, salah, atau tidak tepat. Hal ini disebabkan karena tidak dapatnya konsumen melihat langsung produk barang atau jasa yang ditawarkan. UU Perlindungan Konsumen sebenarnya telah mengantisipasi hal tersebut. Tapi untuk transaksi *e-commerce*, perlindungan ini tidak dapat serta merta diberlakukan karena karakteristiknya yang khas tersebut.

Dalam rangka perlindungan terhadap konsumen, dapat dilihat pula bahwa UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen selain memberikan sanksi administratif terhadap pelaku usaha bila melakukan perbuatan-perbuatan tertentu sebagaimana diatur dalam UU, juga melakukan kriminalisasi terhadap beberapa perbuatan sebagaimana diatur dalam UU Perlindungan Konsumen tersebut. Ketentuan pidana yang dapat diberikan adalah pidana penjara dan juga denda sampai dengan jumlah maksimal sebesar Rp. 2.000.000.000,- (dua milyar Rupiah).

Semua pengaturan yang telah disebutkan di atas sungguh tepat untuk memberikan perlindungan terhadap konsumen. Namun karena undang-undang ini bertujuan untuk melindungi konsumen dalam skala nasional, maka perlindungan konsumen dalam bertransaksi secara elektronik sesungguhnya belum terakomodasi dalam ketentuan-ketentuan ini.

Selain pengaturan dalam UU Perlindungan Konsumen, sebenarnya dalam tataran tertentu untuk melindungi konsumen dapat pula digunakan hukum pidana dalam hal ini KUHP. Sungguhpun demikian, sehubungan dengan hal tersebut, Romli Atmasasmita sebagaimana disitasi oleh Yusif Shofie, mengemukakan bahwa bentuk tindak pidana dalam era perdagangan bebas tidak cukup dapat diantisipasi dengan ketentuan mengenai tindak pidana 'perbuatan curang' sebagaimana diatur dalam Pasal 378 sampai 395 KUHP, tetapi seharusnya diatur dalam ketentuan baru yang lebih komprehensif. Selanjutnya mengenai hal ini Romli Artmasasmita mengemukakan bahwa :

sanksi pidana dalam konteks dunia perdagangan dan bisnis hanya merupakan salah satu upaya untuk memperkuat harmonisasi hubungan antara para pihak yang terlibat, bukan sarana hukum yang dapat memperbaiki hubungan para pihak yang telah terganggu. Penggunaan dan harapan yang terlalu berlebihan pada kekuatan sanksi pidana dalam konteks dunia perdagangan dan bisnis hanya akan mempertaruhkan masa depan dunia usaha ke dalam jurang kehancuran, dan tidak memperkuat segenap segmen kehidupan dunia bisnis dan perdagangan³¹.

Sebenarnya masih ada satu lagi pranata hukum yang dapat melindungi konsumen dalam transaksi *e-commerce* yakni dengan asuransi. Namun sudah sangat jelas bahwa dengan penggunaan asuransi, maka beban biaya yang harus diberikan oleh konsumen dalam membeli atau menggunakan suatu produk menjadi lebih besar karena biaya pembayaran premi, karena

umumnya konsumenlah yang akan terkena beban untuk membayar premi tersebut. Namun demikian, pranata ini dapat dijadikan salah satu upaya untuk pemberian perlindungan terhadap konsumen.

Dari apa yang telah dipaparkan di atas, maka sudah sangat jelas bahwa demi kebutuhan perlindungan terhadap konsumen terutama konsumen yang melakukan transaksi bisnis dengan menggunakan teknologi elektronik (*e-commerce*), maka urgensi untuk membuat legislasi yang mengatur mengenai hal ini sudah sangat tinggi. Hal ini disebabkan karena peraturan perundang-undangan yang ada terutama undang-undang yang mengatur mengenai perlindungan konsumen belum mengakomodasi kebutuhan tersebut.

Karakteristik yang berbeda dalam sistem perdagangan melalui teknologi elektronik tidak *tercover* dalam UU Perlindungan Konsumen tersebut. Untuk itu perlu dibuat peraturan hukum mengenai *cyberlaw* termasuk didalamnya tentang *e-commerce* agar hak-hak konsumen sebagai pengguna teknologi elektronik dalam proses perdagangan khususnya dalam melakukan transaksi *e-commerce* dapat terjamin.

Menurut saya perkembangan teknologi informasi sehubungan dengan transformasi global yang melanda dunia membawa akibat pada berkembangnya aktivitas perdagangan, salah satunya adalah perdagangan atau transaksi melalui media elektronik (transaksi *e-commerce*). Secara umum berbagai masalah hukum yang berhubungan dengan substansi hukum maupun prosedur hukum dalam transaksi *e-commerce* memang sudah dapat terakomodasi dengan pengaturan-pengaturan hukum yang ada, terutama dengan aturan-aturan dalam KUH Perdata..

Bank Penerus (*Advising Bank*)

Bank yang melakukan otentikasi atas L/C yang diterima dan menginformasikan *Beneficiary* mengenai penerimaan L/C tersebut.

Issuing Bank menerbitkan L/C yang ditujukan kepada *Beneficiary* melalui *Advising Bank* di negara dimana *Beneficiary* berlokasi.

Advising Bank akan melakukan otentikasi atas kebenaran penerbit L/C dan selanjutnya memberitahukan *Beneficiary* mengenai telah diterimanya L/C untuk kepentingan *Beneficiary*.

Mekanisme dan langkah-langkah L/C

1. Negosiasi jual beli
2. Pembeli mengajukan LC
3. Bank memeriksa pengajuan LC nasabah
4. Apabila bank setuju, nasabah wajib setor jaminan
5. LC ditujukan kepada bank penerus
6. *Advising Bank* meneruskan LC ke produsen
7. Produsen mengirim barang
8. Produsen menyerahkan dokumen pengiriman barang kepada *advising bank*
9. *Advising bank* tidak langsung memberikan pembayaran, sebagai bank penerus selanjutnya meneruskan penagihan kepada *Issuing bank*.
10. *Issuing bank* meneliti keabsahan dokumen dan kesesuaiannya dengan isi perjanjian
11. Setelah dinyatakan sah maka *issuing bank* melakukan pembayaran melalui *advising bank*.
12. *Advising bank* meneruskan pembayaran kepada produsen
13. *Issuing bank* menagih kewajiban pembayaran pembelian

barang kepada buyers

14. Buyers membayar tagihan kepada issuing bank.

Iki uraian dalam bentuk curhatan hahahaha

Beberapa bulan lalu saya menemukan dalam suatu transaksi, pihak seller di Eropa mempersyaratkan LC dikirim ke Bank tertentu (Bank A) sebagai advising bank dan tidak menginginkan LC di teruskan ke advising bank lain, sementara issuing bank-nya buyer tidak punya hubungan correspondent dengan bank yang ditunjuk oleh seller sebagai advising bank (Bank A), tetapi hanya punya hubungan dengan Bank B, Sebenarnya masalah yang simpel ini bisa diselesaikan dengan menggunakan metode intermediary Advising atau dikenal dengan advise thru dari bank koresponden issuing bank (Bank B) ke bank yang ditunjuk oleh seller (Bank A). tetapi ternyata seller punya alasan lain, yaitu seller takut tidak bisa menegosiasi dokumen di Bank A karena dia hanya punya fasilitas Negosiasi di Bank A kalau LC di-advise oleh Bank B.

Pandangan atau asumsi bahwa advising bank identik atau harus menjadi negotiating bank masih banyak terjadi terutama dipahami oleh pihak penjual/eksportir baik di Indonesia maupun di luar negeri, walaupun saya yakin lebih banyak pula yang sudah mengerti perbedaannya.

Perbedaan mendasar antara advising bank dan negotiating bank bisa kita share lagi di sini, Menurut UCP 600 pasal 2 Advising Bank adalah Bank yang hanya meneruskan LC kepada beneficiary, sedangkan Negotiating Bank adalah Bank yang membeli "to purchase" atau menyetujui untuk membeli dokumen beneficiary yang sesuai. Dari definisi di atas dapat kita lihat bahwa peran advising bank hanya terbatas pada penyampaian dan autentikasi LC, peran ini terpisah dengan Negotiating bank yang berperan lebih sebagai agent pembayar dari issuing bank.

Dari cerita di atas jelas dapat diselesaikan dengan intermediary advising, kecuali Negotiating Bank di sana mempersyaratkan kepada seller dalam perjanjian fasilitas negosiasinya, bahwa advising LC harus langsung ke bank tersebut tanpa perantara dari bank lain, untuk (mungkin) memaksimalkan fee based income-nya lewat komisi advise LC (di Indonesia biasanya 2nd advising bank sudah tidak lagi menarik fee dari intermediary advising L

KONTRAK DAGANG

pembaruan hukum kontrak di Indonesia dalam perdagangan dan transaksi bisnis internasional

2. 1 . 2 Hukum kontrak perdagangan dan transaksi bisnis internasional

kontrak internasional sebagai kontrak nasional yang terdapat unsur luar negeri (Secara teoritis, unsur asing dalam suatu kontrak nasional yaitu:

1. kebangsaan yang berbeda;
 2. para pihak memiliki domisili hukum di negara yang berbeda;
 3. hukum yang dipilih adalah hukum asing, termasuk aturan atau prinsip kontrak internasional terhadap kontrak tersebut;
 4. pelaksanaan kontrak di luar negeri;
 5. penyelesaian sengketa kontrak dilakukan di luar negeri;
 6. kontrak tersebut ditandatangani di luar negeri;
 7. objek kontrak di luar negeri;
 8. bahasa yang digunakan dalam kontrak adalah bahasa asing; dan
 9. digunakannya mata uang asing dalam kontrak tersebut
- (Sudargo Gautama , 1976 : 7)

2. 1. 3 Pembaharuan kontrak dalam Indonesia

Dan pada hukum nasional di masing-masing negara terutama Indonesia yang berkaitan dengan hukum kontrak pada kenyataannya sangat beragam karena adanya perbedaan sistem hukum di masing-masing negara tersebut. Walaupun ada persamaan, hanya terkait dengan prinsip-prinsip umum yang belum dapat diaplikasikan secara nyata sebagai pedoman dalam pembentukan kontrak internasional yang lingkup objeknya begitu luas, sedangkan aturan-aturan yang sifatnya substantif berbeda di masing-masing negara. Kondisi seperti ini tentunya tidak kondusif bagi aktivitas dunia bisnis internasional. Adanya perbedaan aturan di masing-masing negara akan menghambat

pelaksanaan transaksi bisnis internasional yang menghendaki kecepatan dan kepastian. (Sudargo Gautama 1976 : 29).

Dengan mengacu pada pendekatan hukum dalam pembangunan ekonomi, maka hukum harus mengandung unsur-unsur sebagai berikut: Pertama, hukum harus dapat membuat prediksi yaitu apakah hukum itu dapat memberikan jaminan dan kepastian hukum bagi pelaku dalam memprediksi kegiatan apa yang dilakukan untuk proyeksi pengembangan ekonomi. Kedua, hukum itu mempunyai kemampuan prosedural dalam penyelesaian sengketa. Misalnya dalam mengatur peradilan tribunal, penyelesaian sengketa diluar pengadilan, dan penunjukan arbitrer, dan lembaga-lembaga yang berfungsi sama dalam penyelesaian sengketa. Ketiga, pembuatan, pengkodifikasian hukum oleh pembuat hukum bertujuan untuk pembangunan negara. Keempat, hukum itu setelah mempunyai keabsahan, agar mempunyai kemampuan maka harus dibuat pendidikannya dan selanjutnya disosialisasikan. Kelima, hukum itu dapat berperan menciptakan keseimbangan karena hal ini berkaitan dengan inisiatif pembangunan ekonomi. Keenam, hukum itu berperan dalam menentukan definisi dan status yang jelas. Dalam hal ini hukum tersebut harus memberikan definisi dan status yang jelas mengenai segala sesuatu dari orang. Ketujuh, hukum itu harus dapat mengakomodasi keseimbangan, definisi dan status yang jelas bagi kepentingan inividu atau kelompok-kelompok dalam masyarakat. Terakhir, tidak kalah pentingnya dan harus ada dalam pendekatan hukum sebagai dasar pembangunan adalah unsur stabilitas. (Bismar Nasution , 2003)

2. 2 Hukum yang mengatur kontrak dagang di Indonesia dan Internasional

2. 2 .1 Hukum kontrak dagang Nasional

Kewenangan mengatur ini mencakup membuat hukum (nasional) baik yang sifatnya hukum publik maupun hukum perdata (privat). Kewenangan atas peristiwa hukum di sini dapat berupa transaksi jual beli dagang internasional atau transaksi dagang internasional. Dalam hal ini, hukum nasional yang dibuat suatu Negara dapat mencakup hukum perpajakan, kepabeanan, ketenagakerjaan, persaingan sehat, perlindungan konsumen, kesehatan, perlindungan HKI hingga perijinan ekspor impor suatu produk. (Ramlan Ginting , 2000 : 48)

Kewenangan atas subjek hukum (pelaku atau stakeholders) dalam perdagangan internasional, mencakup kewenangan Negara dalam membuat dan meletakkan syarat-syarat (dan izin) berdirinya suatu perusahaan, bentuk-bentuk perusahaan beserta syarat-syaratnya, hingga pengaturan berakhirnya perusahaan (dalam hal perusahaan pailit dan sebagainya). Kewenangan Negara untuk mengatur atas suatu benda yang berada di dalam wilayahnya mencakup pengaturan objek-objek apa saja yang dapat atau tidak dapat untuk diperjualbelikan, termasuk didalamnya adalah larangan untuk masuknya produk-produk yang dianggap membahayakan moral, kesehatan manusia, tanaman, lingkungan, produk tiruan dan lain-lain.

Sumber hukum perdagangan internasional yang sebenarnya merupakan sumber utama dan terpenting adalah perjanjian atau kontrak yang dibuat oleh para pedagang sendiri. Para pelaku

perdagangan (pedagang) atau *stakeholders* dalam hukum perdagangan internasional ketika melakukan transaksi-transaksi perdagangan internasional, mereka menuangkannya dalam perjanjian-perjanjian tertulis (kontrak). Oleh karena itu, kontrak sangat essensial. Dengan demikian, kontrak berperan sebagai sumber hukum yang perlu dan terlebih dahulu mereka jadikan acuan penting dalam melaksanakan hak dan kewajiban mereka dalam perdagangan internasional. Dalam kontrak kita mengenal penghormatan dan pengakuan terhadap prinsip konsensus dan kebebasan para pihak syarat-syarat perdagangan dan hak serta kewajiban para pihak seluruhnya diserahkan kepada para pihak dan hukum menghormati kesepakatan ini yang tertuang dalam perjanjian. Meskipun kebebasan para pihak sangatlah essensial, namun kebebasan tersebut ada batas-batasnya, yaitu ;

- (1) pembatasan yang umum adalah kebebasan tersebut tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, dan dalam taraf tertentu, dengan ketertiban umum, kesusilaan dan kesopanan,
- (2) status dari kontrak itu sendiri. Kontrak dalam perdagangan internasional tidak lain adalah kontrak nasional yang ada unsure asingnya, artinya kontrak tersebut meskipun di bidang perdagangan internasional paling tidak tunduk dan dibatasi oleh hukum nasional (suatu Negara tertentu),
- (3) pembatasan lain yang juga penting dan mengikat para pihak adalah kesepakatan-kesepakatan atau kebiasaan-kebiasaan dagang yang sebelumnya dilakukan oleh para pihak yang bersangkutan.

(Ade Maman , 2004 : 183)

2. 3 Asas – asas dalam kontrak dagang

2. 3. 2 Asas – asas dalam kontrak dagang

Dalam menyusun suatu kontrak atau perjanjian baik itu bersifat bilateral dan multilateral maupun dalam lingkup nasional, regional dan internasional harus didasari pada prinsip hukum dan klausul tertentu. Dalam hukum perdata dikenal beberapa prinsip dasar yang harus diterapkan dalam penyusunan kontrak sehingga akan terhindar dari unsur-unsur yang dapat merugikan para pihak pembuat suatu kontrak yang mereka sepakati. Prinsip dan klausul dalam kontrak dimaksud adalah sebagai berikut:

1. Asas Kebebasan Berkontrak. Berdasarkan prinsip ini, para pihak berhak menentukan apa saja yang ingin mereka sepakati, sekaligus untuk menentukan apa yang tidak ingin dicantumkan di dalam isi perjanjian, tetapi bukan berarti tanpa batas. Dalam KUHPperdata, asas kebebasan berkontrak ini diatur dalam Pasal 1338 KUHPperdata yang dirumuskan sebagai: (a) Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya; (b) Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu; (c) Persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan iktikad baik.
2. Asas Konsensualitas. Suatu perjanjian timbul apabila telah ada konsensus atau persesuaian kehendak antara para pihak. Dengan kata lain, sebelum tercapainya kata sepakat, perjanjian tidak mengikat. Konsensus tersebut tidak perlu ditaati apabila salah satu pihak menggunakan paksaan, penipuan ataupun terdapat kekeliruan akan objek kontrak.
3. Asas Kebiasaan. Suatu perjanjian tidak mengikat hanya untuk hal-hal yang diatur secara tegas saja dalam peraturan perundang-undangan, yurisprudensi dan sebagainya, tetapi juga hal-hal yang menjadi kebiasaan yang diikuti masyarakat umum. Jadi, sesuatu yang menurut sifat persetujuan diharuskan oleh kepatutan. Dengan kata lain, hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan dianggap secara diam-diam dimasukan dalam persetujuan meskipun tidak dengan tegas dinyatakan. (Pasal 1339 BW).

4. Asas Peralihan Resiko. Dalam sistem hukum Indonesia, beralihnya suatu resiko atas kerugian yang timbul merupakan suatu prinsip yang berlaku untuk jenis-jenis perjanjian tertentu seperti pada persetujuan jual beli, tukar menukar, pinjam pakai, sewa menyewa, pemborongan pekerjaan, dan lain sebagainya, walaupun tidak perlu dicantumkan dalam perjanjian yang bersangkutan. Meskipun demikian, para pihak boleh mengaturnya sendiri mengenai peralihan resiko itu, sepanjang tidak bertentangan dengan undang undang, kesusilaan, dan ketertiban umum.

5. Asas Ganti kerugian. Penentuan ganti kerugian merupakan tugas para pembuat perjanjian untuk memberikan maknanya serta batasan ganti kerugian tersebut karena prinsip ganti rugi dalam sistem hukum Indonesia mungkin berbeda dengan prinsip ganti kerugian menurut sistem hukum asing. Dalam KUHPerdara Indonesia, prinsip ganti kerugian ini diatur dalam pasal 1365, yang menentukan; "Setiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian kepada seorang lain mewajibkan orang yang karena salahnya menimbulkan kerugian tersebut." Dengan demikian, untuk setiap perbuatan yang melawan hukum karena kesalahan mengakibatkan orang lain dirugikan, maka ia harus mengganti kerugian yang diderita orang lain, tetapi harus dibuktikan adanya hubungan sebab akibat antara perbuatan melawan hukum dengan kerugian dimaksud sebab tidak akan ada kerugian jika tidak terdapat hubungan antara perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh si pelaku dengan timbulnya kerugian tersebut.

6. Asas Keadilan (*Equity Principle*). Prinsip kepatutan ini menghendaki bahwa apa saja yang akan dituangkan di dalam naskah suatu perjanjian harus memperhatikan prinsip kepatutan (kelayakan/ seimbang), sebab melalui tolak ukur kelayakan ini hubungan hukum yang ditimbulkan oleh suatu persetujuan itu ditentukan juga oleh rasa keadilan dalam masyarakat (KUHPerdara: pasal 1339). Dengan begitu, setiap persetujuan tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang secara tegas dimuat dalam naskah perjanjian, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan diharuskan oleh "kepatutan", kebiasaan atau undang undang.

7. Asas Ketepatan Waktu. Setiap kontrak, apapun bentuknya harus memiliki batas waktu berakhirnya, yang sekaligus merupakan unsur kepastian pelaksanaan suatu prestasi (obyek kontrak). Prinsip ini sangatlah penting dalam kontrak-kontrak tertentu, misalnya kontrak-kontrak yang berhubungan dengan proyek konstruksi dan proyek keuangan, di mana setiap kegiatan yang telah disepakati harus diselesaikan tepat waktu. Prinsip ini penting untuk menetapkan batas waktu berakhirnya suatu kontrak. Dalam setiap naskah kontrak harus dimuat secara tegas batas waktu pelaksanaan kontrak. Jika prestasi tidak dilaksanakan sesuai dengan batas waktu yang telah disepakati, salah satu pihak telah wanprestasi atau telah melakukan cidera janji yang menjadikan pihak lainnya berhak untuk menuntut pemenuhan prestasi ataupun ganti kerugian.

8. Asas Keadaan darurat (*Force Majeure*). *Force majeure principle* ini merupakan salah satu prinsip yang sangat penting dicantumkan dalam setiap naskah kontrak, baik yang berskala nasional, regional, maupun kontrak internasional. Hal ini penting untuk mengantisipasi situasi dan kondisi yang melingkupi objek kontrak. Jika tidak dimuat dalam naskah suatu kontrak, maka bila terjadi hal-hal yang berada di luar kemampuan manusia, misalnya gempa bumi, banjir, angin topan, gunung meletus, dan lain sebagainya, siapa yang bertanggung jawab atas semua kerugian yang ditimbulkan oleh bencana alam tersebut. (Sudargo Gautama , 1985)

2. 4 Penyusunan kontrak dagang

2. 4 . 2 Penyusunan kontrak dagang

- a) Pemahaman akan latar belakang transaksi
- b) Pengenalan dan pemahaman akan para pihak

- c) Pengenalan dan pemahaman akan objek transaksi
- d) Penyusunan garis besar transaksi
- e) Perumusan pokok-pokok kontrak

Pembahasan

2. 1 pembaruan hukum kontrak di Indonesia dalam perdagangan dan transaksi bisnis internasional

Kontrak internasional memiliki posisi yang sangat penting sebagai rujukan yang paling utama bagi para pihak dalam pelaksanaan suatu hal yang diperjanjikan, bahkan sampai pada penentuan bagaimana cara penyelesaian yang akan ditempuh jika dikemudian hari pelaksanaan kontrak tidak dapat direalisasikan sebagaimana mestinya.

kontrak internasional sebagai kontrak nasional yang terdapat unsur luar negeri (Secara teoritis, unsur asing dalam suatu kontrak nasional yaitu:

1. kebangsaan yang berbeda;
2. para pihak memiliki domisili hukum di negara yang berbeda;
3. hukum yang dipilih adalah hukum asing, termasuk aturan atau prinsip kontrak kontrak internasional terhadap kontrak tersebut;
4. pelaksanaan kontrak di luar negeri;
5. penyelesaian sengketa kontrak dilakukan di luar negeri;
6. kontrak tersebut ditandatangani di luar negeri;
7. objek kontrak di luar negeri;

8. bahasa yang digunakan dalam kontrak adalah bahasa asing; dan

9. digunakannya mata uang asing dalam kontrak tersebut

Dan pada hukum nasional di masing-masing negara terutama Indonesia yang berkaitan dengan hukum kontrak pada kenyataannya sangat beragam karena adanya perbedaan sistem hukum di masing-masing negara tersebut. Kalaupun ada persamaan, hanya terkait dengan prinsip-prinsip umum yang belum dapat diaplikasikan secara nyata sebagai pedoman dalam pembentukan kontrak internasional yang lingkup objeknya begitu luas, sedangkan aturan-aturan yang sifatnya substantif berbeda di masing-masing negara. Kondisi seperti ini tentunya tidak kondusif bagi aktivitas dunia bisnis internasional. Adanya perbedaan aturan di masing-masing negara akan menghambat pelaksanaan transaksi bisnis internasional yang menghendaki kecepatan dan kepastian.

Apalagi Indonesia masih miskin yurisprudensi untuk dijadikan suatu pedoman. Permasalahan ini menjadi lebih runyam lagi apabila ternyata hukum yang berlaku di suatu negara adalah produk hukum yang sudah lama atau belum mengakomodir perkembangan yang ada. Kondisi demikian terjadi di Indonesia yang mana aturan umum mengenai kontrak/perjanjian masih berpedoman pada produk hukum kolonial yang sudah lama. Dalam kaitannya dengan hukum kontrak internasional, ketentuan KUHPerd khususnya Buku Ketiga tentang Perikatan dan lebih khusus lagi diatur dalam Bab II tentang Perikatan yang Lahir dari Perjanjian belum sepenuhnya mengakomodir prinsip-prinsip kontrak internasional sehingga masih menyisakan permasalahan berkaitan dengan kontrak dalam kegiatan perdagangan dan transaksi bisnis internasional. Pengaturan kontrak/perjanjian dalam KUHPerd semakin terpinggirkan seiring dengan semakin kompleks dan rumitnya kontrak yang dibentuk terutama yang bersifat lintas negara. Ketentuan hukum perikatan dalam KUHPerd sebagian sudah lama seiring dengan arus globalisasi yang semakin deras yang lebih mengedepankan aturan yang dikenal dengan *convention law*, *community law*, dan *model law*.

KUHPerd sendiri sebenarnya memang diakui bukan produk hukum yang ideal untuk diberlakukan seterusnya dan sesegera mungkin perlu dibuat undang-undang baru yang mengatur masalah keperdataan secara lebih komprehensif, sistematis, dan aplikatif. Status KUHPerd sebagai Undang-Undang pun menjadi perdebatan di kalangan para ahli yang terbagi menjadi kelompok pro dan kontra. Bagi yang pro, KUHPerd adalah Undang-Undang karena pencabutan bagian-bagian dari KUHPerd dituangkan dalam bentuk Undang-Undang. Misalnya, ketentuan mengenai ketenagakerjaan dicabut melalui Undang-Undang Ketenagakerjaan dan ketentuan mengenai perkawinan dicabut melalui Undang-Undang Perkawinan. Bagi yang berpendapat sebaliknya, KUHPerd tak perlu lagi dianggap sebagai Undang-Undang. Dengan demikian, harus dilaksanakan pembaruan hukum kontrak untuk menggantikan BW yang sudah sangat tertinggal sesuai dengan kebutuhan masyarakat pada tingkat perkembangan mutakhir, sesuatu yang biasa disebut sebagai modernisasi hukum.

Dalam pembaruan hukum ini perlu dibuat pendekatan dengan pengkajian hukum yang bertujuan mencapai jaminan dan kepastian hukum bagi kegiatan investasi dan perdagangan secara global. Pembaruan hukum kontrak sebenarnya sudah dilakukan melalui pendekatan parsial, dalam

arti pembaruan hukum diprioritaskan pada bidang hukum yang sifatnya khusus mengatur sektor tertentu, misalnya adanya Undang-Undang tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha tidak sehat, Undang-Undang tentang Penanaman Modal, Undang-Undang tentang Perseroan Terbatas, Undang - Undang tentang Perlindungan Konsumen, dan peraturan perundang-undangan sektoral lainnya yang dalam materi muatannya diatur juga mengenai kontrak/perjanjian, misalnya Peraturan Pemerintah tentang Waralaba. Pembaruan hukum kontrak secara sektoral memang memberikan kepastian hukum dalam sektor terkait. Namun tetap diperlukan aturan umum yang menentukan prinsip-prinsip perjanjian baik dari aspek formil maupun materiil agar terjadi keseragaman serta untuk mengakomodir kepentingan kontrak/perjanjian yang bersifat lintas sektoral. Dengan demikian, pembaruan hukum kontrak perlu dilakukan secara holistik, terpadu, terencana, dan sistematis, yaitu dengan melakukan revisi atau perubahan terhadap undang-undang yang mengatur secara umum (*lex generalis*) dalam hal ini adalah KUHPerd khususnya Buku Ketiga tentang Perikatan.

Dengan mengacu pada pendekatan hukum dalam pembangunan ekonomi, maka hukum harus mengandung unsur-unsur sebagai berikut: Pertama, hukum harus dapat membuat prediksi yaitu apakah hukum itu dapat memberikan jaminan dan kepastian hukum bagi pelaku dalam memprediksi kegiatan apa yang dilakukan untuk proyeksi pengembangan ekonomi. Kedua, hukum itu mempunyai kemampuan prosedural dalam penyelesaian sengketa. Misalnya dalam mengatur peradilan tribunal, penyelesaian sengketa diluar pengadilan, dan penunjukan arbitrer, dan lembaga-lembaga yang berfungsi sama dalam penyelesaian sengketa. Ketiga, pembuatan, pengkodifikasian hukum oleh pembuat hukum bertujuan untuk pembangunan negara. Keempat, hukum itu setelah mempunyai keabsahan, agar mempunyai kemampuan maka harus dibuat pendidikannya dan selanjutnya disosialisasikan. Kelima, hukum itu dapat berperan menciptakan keseimbangan karena hal ini berkaitan dengan inisiatif pembangunan ekonomi. Keenam, hukum itu berperan dalam menentukan definisi dan status yang jelas. Dalam hal ini hukum tersebut harus memberikan definisi dan status yang jelas mengenai segala sesuatu dari orang. Ketujuh, hukum itu harus dapat mengakomodasi keseimbangan, definisi dan status yang jelas bagi kepentingan inividu atau kelompok-kelompok dalam masyarakat. Terakhir, tidak kalah pentingnya dan harus ada dalam pendekatan hukum sebagai dasar pembangunan adalah unsur stabilitas.

2. 2 Hukum yang mengatur kontrak dagang di Indonesia dan Internasional

Peran hukum nasional sebagai sumber hukum perdagangan internasional mulai lahir ketika timbul sengketa sebagai pelaksanaan dari kontrak. Peran hukum nasional sebenarnya sangatlah luas dari sekedar mengatur kontrak dagang internasional. Peran signifikan dari hukum nasional lahir dari adanya yurisdiksi (kewenangan) Negara. Kewenangan Negara ini sifatnya mutlak dan eksklusif,

artinya apabila tidak ada pengecualian lain, kekuasaan itu tidak dapat diganggu gugat. Yurisdiksi atau kewenangan tersebut adalah kewenangan suatu Negara untuk mengatur segala, :

- (a) peristiwa hukum;
- (b) subjek hukum;
- (c) benda yang berada di dalam wilayahnya.

Kewenangan mengatur ini mencakup membuat hukum (nasional) baik yang sifatnya hukum publik maupun hukum perdata (privat). Kewenangan atas peristiwa hukum di sini dapat berupa transaksi jual beli dagang internasional atau transaksi dagang internasional. Dalam hal ini, hukum nasional yang dibuat suatu Negara dapat mencakup hukum perpajakan, kepabeanan, ketenagakerjaan, persaingan sehat, perlindungan konsumen, kesehatan, perlindungan HKI hingga perijinan ekspor impor suatu produk.

Kewenangan atas subjek hukum (pelaku atau stakeholders) dalam perdagangan internasional, mencakup kewenangan Negara dalam membuat dan meletakkan syarat-syarat (dan izin) berdirinya suatu perusahaan, bentuk-bentuk perusahaan beserta syarat-syaratnya, hingga pengaturan berakhirnya perusahaan (dalam hal perusahaan pailit dan sebagainya). Kewenangan Negara untuk mengatur atas suatu benda yang berada di dalam wilayahnya mencakup pengaturan objek-objek apa saja yang dapat atau tidak dapat untuk diperjualbelikan, termasuk didalamnya adalah larangan untuk masuknya produk-produk yang dianggap membahayakan moral, kesehatan manusia, tanaman, lingkungan, produk tiruan dan lain-lain.

Sumber hukum perdagangan internasional yang sebenarnya merupakan sumber utama dan terpenting adalah perjanjian atau kontrak yang dibuat oleh para pedagang sendiri. Para pelaku perdagangan (pedagang) atau *stakeholders* dalam hukum perdagangan internasional ketika melakukan transaksi-transaksi perdagangan internasional, mereka menuangkannya dalam perjanjian-perjanjian tertulis (kontrak). Oleh karena itu, kontrak sangat essensial. Dengan demikian, kontrak berperan sebagai sumber hukum yang perlu dan terlebih dahulu mereka jadikan acuan penting dalam melaksanakan hak dan kewajiban mereka dalam perdagangan internasional. Dalam kontrak kita mengenal penghormatan dan pengakuan terhadap prinsip konsensus dan kebebasan para pihak syarat-syarat perdagangan dan hak serta kewajiban para pihak seluruhnya diserahkan kepada para pihak dan hukum menghormati kesepakatan ini yang tertuang dalam perjanjian. Meskipun kebebasan para pihak sangatlah essensial, namun kebebasan tersebut ada batas-batasnya, yaitu ;

- (1) pembatasan yang umum adalah kebebasan tersebut tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, dan dalam taraf tertentu, dengan ketertiban umum, kesusilaan dan kesopanan,

- (2) status dari kontrak itu

sendiri. Kontrak dalam perdagangan internasional tidak lain adalah kontrak nasional yang ada unsure asingnya, artinya kontrak tersebut meskipun di bidang perdagangan internasional paling tidak tunduk dan dibatasi oleh hukum nasional (suatu Negara tertentu),

- (3) menurut Sanson, pembatasan lain yang juga penting dan mengikat para pihak adalah kesepakatan-kesepakatan atau kebiasaan-kebiasaan dagang yang sebelumnya dilakukan oleh para pihak yang bersangkutan.

Perjanjian Internasional adalah perjanjian, dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik. (Pasal 1 Angka 1 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional).

Perlindungan hukum terhadap hubungan antar orang atau antar perusahaan yang bersifat lintas batas negara dapat dilakukan secara publik maupun privat. Perlindungan secara publik dilakukan dengan cara memanfaatkan fasilitas perlindungan yang disediakan oleh ketentuan-ketentuan yang bersifat publik, seperti peraturan perundang - undangan domestik dan perjanjian-perjanjian internasional, bilateral maupun universal, yang dimaksudkan demikian. Perlindungan secara privat dapat dilakukan dengan cara memanfaatkan fasilitas perlindungan hukum yang bersifat privat.

Dalam dunia bisnis, jenis hukum privat merupakan pilihan yang paling populer. Jenis ini digunakan secara luas oleh masyarakat bisnis yang terlibat dalam transaksi lintas batas negara. Beberapa alasan yang mengakibatkan penggunaan seperti adalah: pertama; berubahnya orientasi masyarakat dunia setelah Perang Dunia II ke arah pembangunan ekonomi global. Kedua; pesatnya pertumbuhan kebijakan, bentuk dan materi transaksi bisnis internasional. Ketiga; kurang lengkapnya materi hukum publik (sistem perundang-undangan) berkaitan dengan variasi bentuk, materi, transaksi.

Sebelum menjalin kontrak dengan seseorang yang berkewarganegaraan lain, terlebih dahulu harus memahami sistem hukum yang mempengaruhi kontrak di negara tersebut. Juga harus memahami perbedaan sistem hukum di negara masing-masing. Pengetahuan ini sama pentingnya dengan mengecek latar belakang calon mitra masing-masing, karena dua alasan. Pertama, hukum di kedua negara akan menentukan aspek tertentu dalam hubungan kontraktual. Kedua, hukum di salah satu negara mungkin lebih menguntungkan dari pada di negara lain.

Setelah mengetahui kesulitan yang dihadapi oleh pihak-pihak yang menjalin kontrak lintas negara, masyarakat internasional mulai mengadopsi sistem hukum dan peraturan yang bisa diterapkan dalam transaksi pihak-pihak yang berlokasi di negara yang berbeda. Tujuan dari pengadopsian hukum internasional yang seragam adalah untuk memastikan bahwa semua pihak yang melakukan transaksi lintas batas negara menjadi subjek seperangkat peraturan yang sama, tidak peduli bahwa hukum yang berlaku di negaranya masing-masing berbeda.

Secara umum sangatlah tidak bijaksana mendasarkan persyaratan kontrak pada hukum, bahkan hukum internasional sekalipun. Penerapan hukum internasional untuk menafsirkan sebuah kontrak bisa mengarah pada hasil yang tidak diduga dan tidak diinginkan.

Misalnya, dalam suatu kontrak jual beli internasional, penjual gagal memenuhi batas waktu pengiriman yang ditetapkan. Kemudian pembeli menuntut penjual karena kegagalan memenuhi batas waktu pengiriman satu bulan. Di negara pembeli, kontrak tersebut mungkin dianggap tidak valid karena ada persyaratan penting yang tidak dimasukkan. Tetapi jika di pengadilan menerapkan hukum internasional, berdasarkan praktek yang biasa berjalan dalam industri tersebut mungkin akan menetapkan dua bulan sebagai waktu penyerahan yang masuk akal.

Untuk menghindari hasil yang tidak menyenangkan dan di duga, ketika melakukan kontrak dengan pihak negara lain, harus didefinisikan dengan tepat hak dan kewajiban dalam kontrak tertulis. Kontrak harus menyatakan secara jelas persyaratan-persyaratannya sehingga kedua pihak akan memahami apa yang harus dilakukan dan apa yang harus diterima.

Kontrak yang dikonsep dengan baik akan sangat membantu memastikan bahwa pihak-pihak yang memiliki latar belakang budaya berbeda mencapai pemahaman bersama dengan mempertimbangkan hak dan kewajiban masing-masing. Semua pihak yang menjalin kontrak hadir dengan ekspektasi masing-masing, yang pada gilirannya mewarnai pemahaman mereka terhadap persyaratan-

persyaratan yang dicantumkan dalam kontrak. Sesuatu yang masuk akal bagi satu pihak, mungkin tidak bisa diterima akal pihak lain, hal mana perlu di bicarakan bersama sehingga muncul pemahaman yang sama. Hal ini merupakan elemen penting dalam pembuatan.

Kontrak yang mencerminkan ekspektasi budaya masing-masing pihak kemungkinan besar bisa dijalankan secara memuaskan bagi kedua pihak. Pemahaman bersama tidak sekedar berarti bahwa masing-masing pihak memahami hak dan kewajibannya sebelum membubuhkan tanda tangan, tetapi pihak-pihak tersebut harus memiliki kesepakatan yang tuntas mengenai hak dan kewajiban. Persengketaan biasanya muncul ketika salah satu pihak menafsirkan hak dan kewajiban dengan cara yang berbeda dengan pihak lain. Ada kecenderungan hukum di banyak negara -dan sudah pasti pada gilirannya hukum internasional di antara berbagai negara- untuk mengakui kontrak sebagai basis transaksi bisnis, meskipun kontrak tersebut tidak mencakup seluruh persyaratan yang esensial. Jika muncul persengketaan dan ternyata persyaratan yang esensial tersebut ada yang tidak tercakup, atau tidak jelas maksud dari masing-masing pihak, bisa didasarkan pada praktek perdagangan atau keuangan yang sudah biasa dilakukan.

Pada dasarnya, hakim, arbitrator, pembuat peraturan, dan pembuat hukum lebih menyukai kesepakatan bisnis yang dibuat berdasarkan kebiasaan praktek bisnis. Ada anggapan apabila individu atau konsumen berada dalam payung adat istiadat berbisnis, mereka lebih terlindungi dari kesepakatan yang merugikan akibat kontrak yang dibuatnya tidak mencantumkan seluruh persyaratan esensial. Tetapi untuk amannya, setiap kali melakukan transaksi jangan mendasarkan pada kontrak kebiasaan semata tetapi harus selalu menyatakan maksud dalam persyaratan yang tertulis.

Secara garis besar di dunia ini meskipun dikenal ada lima sistem hukum, yaitu; Civil law, common law, sosialis law, islamic law dan sistem hukum adat, tetapi sesungguhnya yang dominan dipakai di dunia internasional hanyalah dua, yaitu sistem hukum civil law dan common law.

Dalam pembentukan kontrak, terdapat perbedaan antara common law dan civil law. Akibat perbedaan ini sangat mempengaruhi dalam penyusunan ketentuan kontrak internasional. Sehubungan dengan perbedaan dalam sistem hukum tersebut, maka kemudian dalam rangka merancang suatu kontrak atau pembuatan suatu konsep perjanjian pun dengan sendirinya mengacu pada sistem hukum yang dianut. Namun zaman terus bergerak, dan tiba saatnya era globalisasi yang juga mau tidak mau mempengaruhi sistem hukum yang diterapkan, apabila terjadi perjumpaan antara sistem hukum yang berlainan.

Common Law

Dalam pembuatan kontrak di sistem common law, para pihak memiliki kebebasan untuk menyepakati persyaratan yang diinginkan, sepanjang persyaratan tersebut tidak melanggar kebijakan publik ataupun melakukan tindakan yang melanggar hukum. Jika ada persyaratan tertentu yang tidak tercakup, hak dan kewajiban yang wajar akan diterapkan diambil dari ketetapan hukum yang ada atau praktek bisnis yang biasa dijalankan oleh para pihak atau industri. Peraturan ini memberi kesempatan kepada satu pihak untuk menggugat kerugian sejumlah manfaat yang bisa dibuktikan yang akan diperoleh pihak tersebut jika pihak lain tidak melanggar kontrak. Di kebanyakan yurisdiksi, salah satu pihak diminta untuk membayar ganti rugi akibat pelanggaran, yang dikenal sebagai konsekuensi kerugian. Kontrak menurut sistem hukum common law, memiliki unsur sebagai berikut:

A. Bargain

Unsur bargain dalam kontrak common law dapat memiliki sifat memaksa. Sejarah menunjukkan bahwa pemikiran mengenai bargain, dalam hubungannya dengan konsep penawaran (offer) dianggap sebagai ujung tombak dari sebuah perjanjian dan merupakan sumber dari hak yang timbul dari suatu kontrak. Penawaran dalam konteks ini tidak lebih adalah sebuah transaksi di mana para pihak setuju untuk melakukan pertukaran barang-barang, tindakan-tindakan, atau janji-janji antara satu pihak dengan pihak yang lain. Karena itu, maka ukuran dari pengadilan terhadap perjanjian tersebut dilakukan berdasarkan penyatuan pemikiran dari para pihak, ditambah dengan sumber dari kewajiban mereka, dan kemudian memandang ke arah manifestasi eksternal dari pelaksanaan perjanjian tersebut. Pengertian penawaran merupakan suatu kunci yang digunakan untuk lebih mengerti tentang penerapan aturan-aturan common law mengenai kontrak.

B. Agreement

Suatu proses transaksi yang biasa disebut dengan istilah offer and acceptance, yang ketika diterima oleh pihak lainnya akan memberikan akibat hukum dalam kontrak. Dalam perjanjian sering ditemukan, di mana satu pihak tidak dapat menyusun fakta-fakta ke dalam suatu offer yang dibuat oleh pihak lainnya yang telah diterima sebagai acceptance oleh pihak tersebut. Karena penawaran dan penerimaan adalah hal yang fundamental, maka dalam sistem common law, sangat diragukan apakah suatu pertukaran offer (cross-offer) itu dapat dianggap sebagai kontrak. Berdasarkan sistem common law, pada saat suatu kontrak dibuat, saat itulah hak dan kewajiban para pihak muncul, hal yang demikian itu diatur dalam statute. Karena bisa saja terjadi suatu kontrak yang dibuat berdasarkan keinginan dari para pihak dan pada saat yang sama juga kontrak tersebut tidak ada. Hal ini disebabkan karena aturan mengenai acceptance dan revocation ini memiliki akibat-akibat yang berbeda pada setiap pihak.

C. Consideration

Dasar hukum yang terdapat dalam suatu kontrak adalah adanya unsur penawaran yang kalau sudah diterima, menjadi bersifat memaksa, bukan karena adanya janji-janji yang dibuat oleh para pihak. Aturan dalam sistem common law tidak akan memaksakan berlakunya suatu janji demi kepentingan salah satu pihak kecuali ia telah memberikan sesuatu yang mempunyai nilai hukum sebagai imbalan untuk perbuatan janji tersebut. Hukum tidak membuat persyaratan dalam hal adanya suatu kesamaan nilai yang adil. Prasyarat atas kemampuan memaksa ini dikenal dengan istilah consideration . Consideration adalah isyarat, tanda dan merupakan simbol dari suatu penawaran. Tidak ada definisi dan penjelasan yang memuaskan dari sistem common law mengenai konsep ini. Hal demikian ini telah di mengerti atas dasar pengalaman.

D. Capacity

Kemampuan termasuk sebagai syarat tentang apakah para pihak yang masuk dalam perjanjian memiliki kekuasaan. Suatu kontrak yang dibuat tanpa adanya kekuasaan untuk melakukan hal tersebut dianggap tidak berlaku. Sebagai ilustrasi dapat diuraikan putusan pengadilan dalam *Quality Motors, Inc. v. Hays* di mana memutuskan bahwa kontrak tidak sah karena dilakukan oleh individu yang belum dewasa, walaupun transaksi dilakukan oleh melalui orang lain yang telah dewasa, dan surat jual belinya di sahkan oleh notaris. Dalam kasus ini terlihat bahwa pengadilan menerapkan

secara tegas dan kaku ketentuan umur untuk seseorang dapat melakukan perbuatan hukum. Walaupun jual beli akhirnya dilakukan oleh orang dewasa, namun fakta menunjukkan ternyata hal tersebut dilakukan dengan sengaja untuk melanggar ketentuan kontrak, akhirnya pengadilan membatalkan ketentuan kontrak tersebut.

Civil Law

Kebanyakan negara yang tidak menerapkan common law memiliki sistem civil law. Civil law ditandai oleh kumpulan perundang-undangan yang menyeluruh dan sistematis, yang dikenal sebagai hukum yang mengatur hampir semua aspek kehidupan.

Teori mengatakan bahwa civil law berpusat pada undang-undang dan peraturan. Undang-Undang menjadi pusat utama dari civil law, atau dianggap sebagai jantung civil law. Namun dalam perkembangannya civil law juga telah menjadikan putusan pengadilan sebagai sumber hukum.

Di banyak hukum dalam sistem civil law tidak tersedia peraturan untuk menghitung kerugian karena pelanggaran kontrak. Standar mengenai penghitungan kerugian ini masih tetap belum jelas di banyak negara dengan civil law. Meskipun demikian pengadilan di negara-negara ini cenderung memutuskan untuk menghukum pihak yang salah tidak dengan uang, tetapi dengan Keputusan pengadilan.

Keputusan pengadilan ini mengisyaratkan salah satu pihak untuk menjalankan tindakan tertentu yang dimandatkan oleh pengadilan, seperti mengembalikan hak milik atau mengembalikan pembayaran. Banyak sistem dari civil law memiliki mekanisme penegakan dan pemantauan agar penegakan bisa dijalankan secara efektif.

Unsur kontrak dalam civil law sistem terdiri dari empat unsur, sebagai berikut:

a. Kapasitas Para Pihak

Kebebasan kehendak sangat dipengaruhi oleh kapasitas atau kemampuan seseorang yang terlibat dalam perjanjian. Kemampuan ini sangat menentukan untuk melakukan perjanjian sebagaimana diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Kapasitas yang dimaksudkan dalam civil law antara lain ditentukan individu menurut umur seseorang. Di Indonesia, Philipina, dan Jepang yang dianggap telah mempunyai kapasitas untuk melakukan suatu kontrak harus telah berumur 21 tahun. Civil Code Perancis yang merefleksikan pemikiran modern, menyatakan bahwa kehendak individu yang bebas adalah sumber dari sistem hukum, yang meliputi hak dan kewajiban. Namun kebebasan kehendak ini harus sesuai dengan hukum tertulis, yaitu hukum perdata.

Di Indonesia, Jepang, Iran dan Philipina, di mana perusahaan sebagai subjek hukum dapat melakukan kontrak melalui pengurus perusahaan. Di Indonesia pengurus perusahaan terdiri dari anggota direksi dan komisaris. Dalam melakukan kegiatannya, maka anggota direksi harus memenuhi ketentuan anggaran dasar perusahaan dan peraturan perundang-undangan, yang memberikan kepadanya kapasitas dalam melakukan penandatanganan kontrak dan tindakan hukum lainnya. Hal inilah yang dikatakan dalam civil law merupakan the code granted them full capacity.

b. Kebebasan Kehendak Dasar Dari Kesepakatan

Kebebasan kehendak yang menjadi dasar suatu kesepakatan, agar dianggap berlaku efektif harus tidak dipengaruhi oleh paksaan (dures), kesalahan (mistake), dan penipuan(fraud). Berkenaan

dengan kebebasan kehendak, pengadilan di Perancis menerapkan ketentuan civil Code sangat kaku, yaitu tidak boleh merugikan pihak lain. Dalam kenyataan sehari-hari, walaupun yang dianggap mampu melaksanakan kebebasan kehendak ada pada orang yang sudah dewasa, namun diantara mereka tidak boleh membuat kebebasan kehendak, yang dapat merugikan pihak lain.

Kesepakatan di antara para pihak menjadi dasar terjadinya perjanjian. Pasal 1320 ayat (1) KUHPerdata menentukan bahwa perjanjian atau kontrak tidak sah apabila dibuat tanpa adanya konsensus atau sepakat dari para pihak yang membuatnya. Ketentuan tersebut memberikan petunjuk bahwa hukum perjanjian dikuasai oleh asas konsensualisme. Ketentuan Pasal 1320 ayat (1) tersebut mengandung pengertian bahwa kebebasan suatu pihak untuk menentukan isi perjanjian dibatasi oleh sepakat pihak lainnya.

c. Subjek yang pasti

Merujuk pada kesepakatan, terdapat dua syarat di hadapan juristic act, suatu perjanjian dapat diubah menjadi efektif yaitu harus dengan ada antara lain suatu subyek yang pasti. Sesuatu yang pasti tersebut, dapat berupa hak-hak, pelayanan (jasa), barang-barang yang ada atau akan masuk keberadaannya, selama mereka dapat menentukan. Para pihak, jika perjanjian telah terbentuk tidak mungkin untuk melakukan prestasi, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan.

d. Suatu sebab yang diijinkan (A Premissible Cause)

Perjanjian tidak boleh melanggar ketentuan hukum. Suatu sebab yang halal adalah syarat terakhir untuk berlakunya suatu perjanjian. Pasal 1320 ayat 4 jo 1337 KUHPerdata menentukan bahwa para pihak tidak bebas untuk membuat perjanjian yang menyangkut causa yang dilarang oleh Undang-Undang atau bertentangan dengan kesusilaan atau bertentangan dengan ketertiban umum.

Perjanjian yang dibuat untuk causa yang dilarang oleh Undang-Undang atau bertentangan dengan kesusilaan atau bertentangan dengan undang-undang adalah tidak sah.

Melakukan kontrak bisnis lintas batas negara, para pihak akan dihadapkan dengan pilihan hukum.

Dalam penentuan pilihan hukum, dikenal beberapa prinsip dan batas pilihan hukum

Yaitu:

a. Partijautonomie

Menurut prinsip ini, para pihak yang paling berhak menentukan hukum yang hendak mereka pilih dan berlaku sebagai dasar transaksi, termasuk sebagai dasar penyelesaian sengketa sekiranya timbul suatu sengketa dari kontrak transaksi yang dibuat. Prinsip ini merupakan prinsip yang telah secara umum dan tertulis diakui oleh sebagian besar negara, seperti Eropa (Italia, Portugal, Yunani), Eropa Timur (Polandia, Cekoslowakia, Austria), negara-negara Asia-Afrika, termasuk Indonesia dan negara-negara Amerika, khususnya Kanada.

b. Bonafide

Menurut prinsip ini, suatu pilihan hukum harus didasarkan itikad baik (bonafide), yaitu semata-mata untuk tujuan kepastian, perlindungan yang adil, dan jaminan yang lebih pasti bagi pelaksanaan akibat-akibat transaksi (isi perjanjian).

c. Real Connection

Beberapa sistem hukum mensyaratkan keharusan adanya hubungan nyata antara hukum yang dipilih dengan peristiwa hukum yang hendak ditundukkan/didasarkan kepada hukum yang dipilih.

d. Larangan Penyelundupan Hukum

Pihak-pihak yang diberi kebebasan untuk melakukan pilihan hukum, hendaknya tidak menggunakan kebebasan itu untuk tujuan kesewenang-wenangan demi keuntungan sendiri.

e. Ketertiban Umum

Suatu pilihan hukum tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum, yaitu bahwa hukum yang dipilih oleh para pihak tidak boleh bertentangan dengan sendi-sendi asasi hukum dan masyarakat, hukum para hakim yang akan mengadili sengketa bahwa ketertiban umum (*ordre public*) merupakan pembatas pertama kemauan seseorang dalam melakukan pilihan hukum.

2. 3 Asas – asas dalam kontrak dagang

Dalam menyusun suatu kontrak atau perjanjian baik itu bersifat bilateral dan multilateral maupun dalam lingkup nasional, regional dan internasional harus didasari pada prinsip hukum dan klausul tertentu. Dalam hukum perdata dikenal beberapa prinsip dasar yang harus diterapkan dalam penyusunan kontrak sehingga akan terhindar dari unsur-unsur yang dapat merugikan para pihak pembuat suatu kontrak yang mereka sepakati. Prinsip dan klausul dalam kontrak dimaksud adalah sebagai berikut:

1. Asas Kebebasan Berkontrak. Berdasarkan prinsip ini, para pihak berhak menentukan apa saja yang ingin mereka sepakati, sekaligus untuk menentukan apa yang tidak ingin dicantumkan di dalam isi perjanjian, tetapi bukan berarti tanpa batas. Dalam KUHPerdata, asas kebebasan berkontrak ini diatur dalam Pasal 1338 KUHPerdata yang dirumuskan sebagai: (a) Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya; (b) Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu; (c) Persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik.
2. Asas Konsensualitas. Suatu perjanjian timbul apabila telah ada konsensus atau persesuaian kehendak antara para pihak. Dengan kata lain, sebelum tercapainya kata sepakat, perjanjian tidak mengikat. Konsensus tersebut tidak perlu ditaati apabila salah satu pihak menggunakan paksaan, penipuan ataupun terdapat kekeliruan akan objek kontrak.
3. Asas Kebiasaan. Suatu perjanjian tidak mengikat hanya untuk hal-hal yang diatur secara tegas saja dalam peraturan perundang-undangan, yurisprudensi dan sebagainya, tetapi juga hal-hal yang menjadi kebiasaan yang diikuti masyarakat umum. Jadi, sesuatu yang menurut sifat persetujuan diharuskan oleh kepatutan. Dengan kata lain, hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan dianggap secara diam-diam dimasukan dalam persetujuan meskipun tidak dengan tegas dinyatakan. (Pasal 1339 BW).
4. Asas Peralihan Resiko. Dalam sistem hukum Indonesia, beralihnya suatu resiko atas kerugian yang timbul merupakan suatu prinsip yang berlaku untuk jenis-jenis perjanjian tertentu seperti pada persetujuan jual beli, tukar menukar, pinjam pakai, sewa menyewa, pemborongan

pekerjaan, dan lain sebagainya, walaupun tidak perlu dicantumkan dalam perjanjian yang bersangkutan. Meskipun demikian, para pihak boleh mengaturnya sendiri mengenai peralihan resiko itu, sepanjang tidak bertentangan dengan undang undang, kesusilaan, dan ketertiban umum.

5. Asas Ganti kerugian. Penentuan ganti kerugian merupakan tugas para pembuat perjanjian untuk memberikan maknanya serta batasan ganti kerugian tersebut karena prinsip ganti rugi dalam sistem hukum Indonesia mungkin berbeda dengan prinsip ganti kerugian menurut sistem hukum asing. Dalam KUHPerdara Indonesia, prinsip ganti kerugian ini diatur dalam pasal 1365, yang menentukan; "Setiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian kepada seorang lain mewajibkan orang yang karena salahnya menimbulkan kerugian tersebut." Dengan demikian, untuk setiap perbuatan yang melawan hukum karena kesalahan mengakibatkan orang lain dirugikan, maka ia harus mengganti kerugian yang diderita orang lain, tetapi harus dibuktikan adanya hubungan sebab akibat antara perbuatan melawan hukum dengan kerugian dimaksud sebab tidak akan ada kerugian jika tidak terdapat hubungan antara perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh si pelaku dengan timbulnya kerugian tersebut.

6. Asas Keadilan (*Equity Principle*). Prinsip keadilan ini menghendaki bahwa apa saja yang akan dituangkan di dalam naskah suatu perjanjian harus memperhatikan prinsip keadilan (kelayakan/ seimbang), sebab melalui tolak ukur keadilan ini hubungan hukum yang ditimbulkan oleh suatu persetujuan itu ditentukan juga oleh rasa keadilan dalam masyarakat (KUHPerdara: pasal 1339). Dengan begitu, setiap persetujuan tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang secara tegas dimuat dalam naskah perjanjian, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan diharuskan oleh "keadilan", kebiasaan atau undang undang.

7. Asas Ketepatan Waktu. Setiap kontrak, apapun bentuknya harus memiliki batas waktu berakhirnya, yang sekaligus merupakan unsur kepastian pelaksanaan suatu prestasi (obyek kontrak). Prinsip ini sangatlah penting dalam kontrak-kontrak tertentu, misalnya kontrak-kontrak yang berhubungan dengan proyek konstruksi dan proyek keuangan, di mana setiap kegiatan yang telah disepakati harus diselesaikan tepat waktu. Prinsip ini penting untuk menetapkan batas waktu berakhirnya suatu kontrak. Dalam setiap naskah kontrak harus dimuat secara tegas batas waktu pelaksanaan kontrak. Jika prestasi tidak dilaksanakan sesuai dengan batas waktu yang telah disepakati, salah satu pihak telah wanprestasi atau telah melakukan cidera janji yang menjadikan pihak lainnya berhak untuk menuntut pemenuhan prestasi ataupun ganti kerugian.

8. Asas Keadaan darurat (*Force Majeure*). *Force majeure principle* ini merupakan salah satu prinsip yang sangat penting dicantumkan dalam setiap naskah kontrak, baik yang berskala nasional, regional, maupun kontrak internasional. Hal ini penting untuk mengantisipasi situasi dan kondisi yang melingkupi objek kontrak. Jika tidak dimuat dalam naskah suatu kontrak, maka bila terjadi hal-hal yang berada di luar kemampuan manusia, misalnya gempa bumi, banjir, angin topan, gunung meletus, dan lain sebagainya, siapa yang bertanggung jawab atas semua kerugian yang ditimbulkan oleh bencana alam tersebut.

2. 4 Penyusunan kontrak dagang

- a) Pemahaman akan latar belakang transaksi
- b) Pengenalan dan pemahaman akan para pihak
- c) Pengenalan dan pemahaman akan objek transaksi
- d) Penyusunan garis besar transaksi
- e) Perumusan pokok-pokok kontrak

