

## BAB II

### A. Tinjauan Tentang Transaksi Bisnis Online dan Ruang Lingkupnya

#### 1. Pengertian Luas Mengenai Bisnis Online

Hukum Bisnis lahir karena adanya istilah bisnis. Istilah bisnis sendiri diambil dari kata *business* (bahasa Inggris) yang berarti kegiatan usaha. Secara luas kegiatan bisnis diartikan sebagai kegiatan usaha yang dijalankan oleh orang atau badan usaha (perusahaan) secara teratur dan terus-menerus, berupa kegiatan mengadakan barang-barang atau jasa maupun fasilitas-fasilitas untuk diperjual belikan, atau disewakan dengan tujuan untuk mendapat keuntungan.<sup>1</sup>

*Electronic commerce* atau disingkat dengan *e-commerce* adalah suatu bentuk bisnis modern melalui sarana internet, karenanya *e-commerce* dapat dikatakan sebagai perdagangan melalui media internet.<sup>2</sup> Definisi lain menurut wikipedia, *e-commerce* adalah penyebaran, pembelian, penjualan, pemasaran barang dan jasa melalui sistem elektronik seperti internet atau televisi, *www*, atau jaringan lainnya. *E-commerce* dapat melibatkan transfer dana elektronik, pertukaran data elektronik, sistem manajemen inventori otomatis, dan sistem pengumpulan data otomatis.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Zaeni Asyhadie, 2012, *Hukum Bisnis*, Jakarta, Pt Rajagrafindo Persada, hlm. 29.

<sup>2</sup> Niniek Suparni, 2009, *CYBERSPACE*, Jakarta, Sinar Grafika, hlm. 32.

<sup>3</sup> Wikipedia, Pengertian E-commerce,

*E-commerce* mulai berkembang secara signifikan ketika internet mulai diperkenalkan. Perkembangan internet ini mendorong pertumbuhan transaksi-transaksi perdagangan internasional menjadi semakin cepat. Dengan internet, batas-batas wilayah negara dalam melakukan transaksi dagang menjadi tidak signifikan lagi, praktek perdagangan melalui internet ini digambarkan oleh Huala Adolf sebagai '*final frontiers of commerce*' di abad 21 ini.<sup>4</sup>

Transaksi bisnis melalui internet ini tercantum di dalam Pasal 1 angka 2 Undang-Undang nomor 11 tahun 2008 tentang informasi dan transaksi elektronik. Transaksi elektronik adalah perbuatan hukum yang dilakukan dengan menggunakan komputer, jaringan komputer dan media elektronik lainnya. Transaksi bisnis melalui internet merupakan transaksi dagang antara penjual dan pembeli untuk menyediakan barang, jasa atau untuk mengambil alih hak yang dilakukan melalui media elektronik, dimana para pihak tidak perlu bertemu secara langsung dalam melakukan transaksi. Internet itu sendiri merupakan sebuah alat penyebaran secara global, sebuah mekanisme penyebaran informasi dan sebuah media untuk berkolaborasi dan berinteraksi antar individu dengan menggunakan komputer tanpa dihalangi oleh batas geografis.<sup>5</sup> Jadi walaupun terdapat berbagai definisi dari *e-commerce* tetapi pada dasarnya semua definisi memiliki kesamaan, yaitu :<sup>6</sup>

- a. Adanya penawaran melalui internet.

---

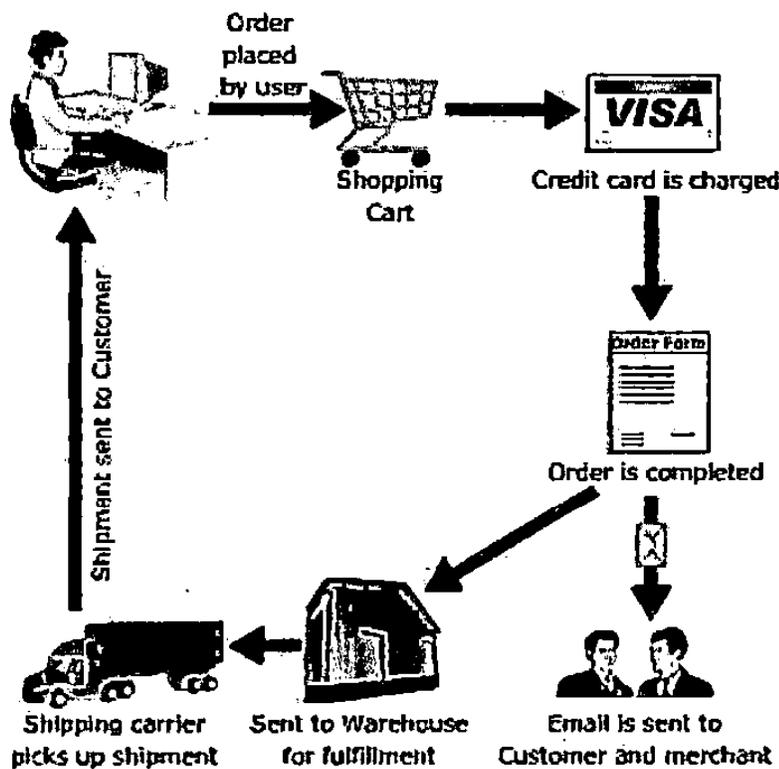
<sup>4</sup> Huala Adolf, 2005, *Hukum Perdagangan Internasional*, Jakarta, Pt Raja grafindo Persada, hlm. 162.

<sup>5</sup> Budi Agus Riswadi, 2003, *Hukum dan Internet di Indonesia*, Yogyakarta, UII Pers, hlm. 96.

<sup>6</sup> Mekanisme Penyelesaian Sengketa Alternatif (*Alternative Dispute Resolution*) dalam

- b. Transaksi antara 2 belah pihak (apabila terjadi kata sepakat).
- c. Adanya pertukaran barang, jasa, atau informasi.
- d. Internet merupakan media utama dalam proses atau mekanisme transaksi tersebut.

**2. Skema Transaksi Bisnis Online**



**3. Kategori, Ciri-ciri dan Karakteristik**

a. Kategori

Menurut Mukti Fajar ND, perdagangan melalui internet (*e-commerce*) ini di

## 1) Murni Perdagangan *E-commerce*

Maksudnya perdagangan yang ke semua prosesnya dilakukan melalui dunia maya. Tanpa bertemunya para pihak secara langsung (*face to face*) dalam melakukan transaksi perdagangan tersebut. Contoh kecilnya seperti pembelian data maupun *software* melalui dunia maya.

### a) Transaksi/kontrak

Transaksinya benar-benar hanya terjadi di dalam dunia maya. Biasanya barang yang diperdagangkan seperti data atau *software*. Dari penawaran hingga akhirnya terjadi transaksi jual beli, kesemuanya dilakukan dalam dunia maya.

### b) Cara penyerahan barang/data

Seperti *download* sebuah file lagu, dimana kita harus mengikuti prosedur dengan mengisi beberapa kolom kode. Setelah semua di *accept* dan sudah melakukan pembayaran maka barang yang dibeli akan langsung bisa di *download*.

### c) Cara pembayaran

Biasanya cara pembayaran yang dilakukan jika membeli data ataupun *software* dibayar menggunakan *credit card* atau tersedia kolom *paypal*. Tapi orang awan belum terlalu paham tentang *paypal* tersebut. Hanya tinggal mengisi kolom yang tertera dan memasukkan *number of credit*

## 2) *E-commerce* sebagai Layanan Perdagangan

Maksudnya perdagangan yang prosesnya sebagian besar transaksinya dilakukan melalui internet. Terkecuali dalam hal pengiriman barang, karena pengiriman barangnya konvensional, tanpa melalui internet.

### a) Transaksi/kontrak

Transaksinya terjadi di dunia maya, dari penawaran hingga pembayaran. Sebelumnya untuk melakukan transaksi, haruslah memiliki *account* di situs tersebut, salah satu contohnya situs [www.amazon.com](http://www.amazon.com), setelah menjadi anggota barulah dapat berbelanja. Jika sudah mendapat barang yang diinginkan, selanjutnya mengikuti prosedur untuk mengisi beberapa kolom terkait barang yang akan dibeli, ini adalah kontrak perjanjian dalam situs tersebut.

### b) Cara penyerahan barang/data

Jika yang dibeli *hardware*, seperti kamera, jam dan sebagainya. Penyerahan barangnya akan dikirim melalui agen pengiriman. Berbeda jika barang yang dibeli hanya berupa data ataupun *software*. Karena penyerahan barangnya tidak perlu melalui agen pengiriman.

### c) Cara pembayaran

Dalam situs [www.Amazon.com](http://www.Amazon.com), pembayarannya dilakukan dengan

dimasukkan salah, maka transaksi tidak akan berjalan, sampai nomor kartu kredit yang dimasukkan benar.

### 3) *E-commerce* sebagai Layanan untuk Promosi

Maksudnya perdagangan yang prosesnya tidak semua melewati internet, hanya dalam melakukan promosi atau iklan tentang barang yang akan dijual, dan transaksi selanjutnya dilakukan *by email, and by phone*. Contohnya seperti situs tokobagus.com dimana situs tersebut memuat berbagai macam iklan penjualan dari barang yang besar hingga barang kecil. Di situs tersebut sudah tertera *contact person* si penjual, transaksi perdagangan ini tidak murni melalui internet saja, karena pembeli dapat langsung menghubungi penjual dan melakukan transaksi *by phone* atau *by email*.

#### b. Ciri-ciri

Transaksi yang dilakukan melalui *e-commerce* ini memiliki beberapa ciri sebagai berikut :<sup>7</sup>

- 1) Transaksi secara *e-commerce* memungkinkan para pihak memasuki pasar global secara cepat tanpa dihalangi oleh batas-batas negara.
- 2) Transaksi secara *e-commerce* memungkinkan para pihak berhubungan atau berkomunikasi tanpa mengenal satu sama lain.
- 3) Transaksi secara *e-commerce* sangat bergantung pada sarana teknologi yang kecanggihannya kurang dijamin.

Oleh karena itu, keamanan dalam transaksi *e-commerce* ini belum atau tidak begitu dapat diandalkan.

### c. Karakteristik

Di dalam transaksi *e-commerce* atau yang biasa disebut bisnis online ini memiliki beberapa karakteristik yang sangat khusus, yaitu :<sup>8</sup>

#### 1) Transaksi Tanpa Batas

Sebelum era internet, batas-batas geografi menjadi penghalang suatu perusahaan atau individu yang ingin *go international*. Sehingga, hanya perusahaan atau individu yang memiliki modal besar yang dapat memasarkan produknya ke luar negeri. Tapi sekarang, dengan menggunakan internet para pengusaha kecil dan menengah dapat memasarkan produknya secara internasional, hanya dengan membuat situs *web* atau dengan memasang iklan di situs-situs internet, dan semua pelanggan dari seluruh dunia dapat mengakses situs tersebut, dan dapat melakukan transaksi secara online.

#### 2) Transaksi Anonim

Penjual dan pembeli dalam transaksi bisnis online ini tidak diharuskan untuk bertatap muka (*face to face*). Penjual tidak memerlukan nama dari pembeli sepanjang mengenai pembayaran yang telah diotorisasi oleh penyedia sistem pembayaran yang ditentukan, yang biasanya menggunakan kartu kredit.

### 3) Produk *Digital* dan *Non Digital*

Produk *digital* seperti *software* komputer, musik dan produk lain yang bersifat *digital*, dipasarkan melalui internet dengan cara *mendownload*.

Produk *non digital* dapat meliputi barang-barang kebutuhan hidup lainnya.

### 4) Produk Barang yang Tidak Berwujud

Perusahaan yang bergerak di bidang *e-commerce* dengan menawarkan barang tidak berwujud seperti data, *software* dan ide-ide yang dijual melalui internet.

Oleh karena itu komunikasi produsen dan konsumen tidak berjalan dengan sempurna, di karenakan tidak langsung bertemunya produsen dan konsumen dalam melakukan transaksi jual-beli tersebut. Dalam praktik pemakaian dan pemanfaatan teknologi atau jaringan internal melalui bisnis, *e-commerce* memiliki jaringan luas dan mendunia, sehingga dengan mudah orang dapat mengakses setiap saat tanpa adanya kontak fisik antara konsumen, pembeli dengan penjual. Data mengenai barang produksi beserta penjelasan tentang kualitas dan kuantitasnya sudah tersedia, bahkan pembayaran langsung (*purchasing*) via kartu kredit dapat langsung dilakukan melalui jaringan net tersebut setelah segala yang berkaitan dengan transaksi itu jelas diterima.<sup>9</sup>

#### 4. Jenis-jenis Transaksi

Jenis-jenis kegiatan dalam transaksi dalam *e-commerce*, dilihat dari hubungan subjek atau pelaku, diklasifikasikan menjadi 6 jenis, yaitu :<sup>10</sup>

##### a. *Business to business* (B2B)

Merupakan kegiatan bisnis yang terjadi antara produsen dengan produsen. Melalui transaksi IOS (*International Organizational System*) dan pasar elektronik (*electronic market transaction*) antar organisasi. Tipe-tipe dari IOS sendiri antara lain berupa EDI, *extranets*, *electronic funds transfer*, *electronic forms*, *integrated messaging*, *shared data based*, dan *supply chain management*, inilah tipe-tipe *business to business* yang paling dominan di dalam praktek *e-commerce*. Para pelaku dalam *business to business* sendiri adalah para pengusaha-pengusaha baik pribadi hukum maupun badan hukum, dan para pelaku tersebut bukanlah *end user* dari produk atau objek dalam *e-commerce* tersebut. Dalam *business to business* itu sendiri tidak hanya transaksi dalam pertukaran data maupun dokumen-dokumen perdagangan, seperti EDI (*electronic data interchange*).<sup>11</sup>

Pada dua jenis transaksi konsinyasi dan pertukaran data pada umumnya para pihak memiliki kesepakatan bersama dalam hal tersebut. Karakteristik dari B2B itu sendiri dijelaskan sebagai berikut :<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Abdul Halim.B dan Teguh Prasetyo, 2005, *Bisnis E-commerce*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, hlm. 18.

<sup>11</sup> Onno W Purbo dan Aang Arif Wahyudi, 2001, *Mengenal E-commerce*, Jakarta, Elex media komputindo, hlm.2.

<sup>12</sup> D. J. ... 2005 ... subjek pada penyelesaian sengketa dalam pelaksanaan perjanjian

- 1) *Trading Partners* yang sudah diketahui pada umumnya memiliki hubungan yang cukup lama.
- 2) Pertukaran data (*data exchange*) berlangsung berulang-ulang dan secara berkala, misalnya setiap hari dengan data yang telah disepakati bersama. Dengan kata lain *servis* yang digunakan sudah pasti. Hal ini memudahkan pertukaran data untuk dua badan usaha yang menggunakan standar yang sama.
- 3) Salah satu pelaku usaha dapat melakukan inisiatif untuk mengirimkan data, tidak perlu menunggu partnernya.
- 4) Model yang umum digunakan adalah *peer to peer* atau dari satu titik lainnya, dalam hal ini misalnya dari komputer satu ke komputer lainnya, dimana *processing intelligence* dapat didistribusikan di kedua pelaku bisnis.

B2B sendiri memiliki ciri khusus, dimana informasi hanya diperlukan melalui mitra bisnisnya saja, walaupun hal ini juga dilakukan melalui internet. Untuk dapat melakukan hal ini, seharusnya sudah terjalin hubungan bisnis antara para pihak yang melakukan transaksi. B2B yaitu pertukaran data atau dokumen bisnis (*the business to business exchange of data*) biasanya menggunakan EDI, dan jual beli (*business buying and selling*) pada B2B saja, tetapi juga dimungkinkan untuk melakukan jual beli, hanya saja tetap dalam skala yang besar antara perusahaan yang satu dengan yang lainnya, seperti hubungan antara *www.amazon.com* dengan

konsinyasi yaitu apabila ada pemesanan buku A maka *www.amazon.com* tidak perlu menimbun barang terlebih dahulu digudang, dia berfungsi seperti pedagang perantara atau distributor antara penerbit-penerbit tersebut dengan pembeli.

b. *Business to Consumer (B2C)*

Merupakan transaksi ritel dengan pembeli individual. Transaksi ini memiliki ciri-ciri antara lain sebagai berikut :

- 1) Terbuka untuk umum, dimana informasi mengenai produk di sebarakan ke khalayak luas.
- 2) Servis yang diberikan bersifat umum (*generic*) dengan mekanisme yang dapat digunakan oleh khalayak umum. Contohnya, karena sistem *web* sudah umum digunakan maka servis diberikan dengan menggunakan basis *web*.
- 3) Servis diberikan berdasarkan permohonan (*on demand*). Konsumen melakukan inisiatif dan produsen harus siap memberikan respon sesuai permohonan.
- 4) Pendekatan *client server* seringkali digunakan, dimana suatu asumsi konsumen (*client*) menggunakan sistem yang minimal atau berbasis *web* dan *processing (business procedure)* diletakkan disamping server

- a) *www.amazon.com,*
- b) *www.radioclick.com,*
- c) *www.barnesandnoble.com,*
- d) *www.elexmedia.co.id,*
- e) *www.toga.as.com,*
- f) *www.indonesianed.com.*

c. *Consumer to Consumer (C2C)*

Dimana konsumen menjual produk secara langsung kepada konsumen lainnya. Biasanya penjual mengiklankan produk, jasa, pengetahuan, maupun keahliannya di salah satu situs lelang atau *classified ads*. Contohnya seperti, *www.bekas.com,* dan *www.classified2000.com.*

d. *Consumer to Business (C2B)*

Dimana individu yang menjual produk atau jasa kepada organisasi, serta individu yang mencari penjual, dimana individu tersebut berinteraksi dengan penjual dan melakukan transaksi dengan si penjual.

e. *Non Business Electronic Commerce*

Terdiri dari industri *non bisnis* seperti lembaga pendidikan, organisasi nirlaba, organisasi keagamaan, organisasi sosial, dan instansi pemerintah. Contohnya

*www.bppt.go.id*. Umumnya organisasi non bisnis ini menggunakan berbagai tipe *e-commerce* untuk keperluan menekan biaya atau meningkatkan layanan pelanggan.

f. *Intrabusiness (Organizational) Electronic Commerce*

Meliputi semua aktifitas internal organisasi yang biasanya dilakukan melalui internet dan meliputi pertukaran barang dan atau jasa, atau informasi. Aktifitas internal ini bisa bermacam-macam, mulai dari penjual produk korporat kepada para karyawan hingga aktifitas pelatihan online.

**5. Asas-asas Yang Digunakan**

Dapat dilihat di dalam undang-undang nomor 11 tahun 2008 tentang informasi dan transaksi elektronik di dalam pasal 3 yang menjelaskan tentang asas dan tujuan, yaitu bahwa pemanfaatan teknologi informasi dan transaksi elektronik dilaksanakan berdasarkan :<sup>13</sup>

a. Asas Kepastian hukum

Landasan hukum bagi pemanfaatan teknologi informasi dan transaksi elektronik serta segala sesuatu yang mendukung penyelenggaraannya yang mendapatkan pengakuan hukum baik di dalam maupun di luar pengadilan.

b. Asas manfaat

Asas pemanfaatan teknologi informasi dan transaksi elektronik diupayakan untuk mendukung proses berinformasi sehingga dapat meningkatkan kesejahteraan masyarakat.

c. Asas kehati-hatian

Landasan bagi pihak yang bersangkutan harus memperhatikan aspek-aspek yang berpotensi mendatangkan kerugian, baik bagi dirinya sendiri maupun bagi orang lain di dalam pemanfaatan teknologi informasi dan transaksi elektronik.

d. Asas itikad baik

Asas yang digunakan oleh para pihak dalam melakukan transaksi elektronik yang tidak sengaja dan tanpa hak untuk melawan hukum, yang mengakibatkan kerugian bagi pihak lain tanpa diketahui pihak lain tersebut.

e. Asas kebebasan memilih teknologi

Asas pemanfaatan teknologi informasi dan transaksi elektronik ini tidak terfokus pada penggunaan teknologi tertentu, sehingga dapat mengikuti perkembangan teknologi di masa yang akan datang.

Adapun prinsip utama yang tercantum di dalam UNCITRAL *Model Law on Electronic Commerce 1996*, bahwa :<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Edwan Mulyana, 2002, *Kompilasi Hukum Telematika*, Jakarta, PT Raja Grafindo, hlm. 226

Bab ke dua tentang perikatan-perikatan yang dilahirkan dari kontrak atau perjanjian. Perjanjian ini termasuk ke dalam salah satu sumber perikatan.

Menurut Subekti, perikatan adalah hubungan hukum antara dua orang atau lebih dimana pihak yang satu berhak atas suatu tuntutan kepada pihak yang lain, sedangkan pihak yang lainnya memiliki kewajiban untuk memenuhi kewajiban tersebut. Pihak yang berhak menuntut sesuatu dinamakan kreditur dan pihak yang memiliki kewajiban memenuhi tuntutan disebut debitur.<sup>15</sup>

Pada umumnya perjanjian tidak terikat kepada suatu bentuk tertentu, dimana perjanjian tersebut dapat dibuat secara lisan maupun tertulis. Jika dibuat secara tertulis maka ini bersifat sebagai alat pembuktian apabila terjadi perselisihan.<sup>16</sup> Telah dijelaskan di dalam Pasal 1320 KUHPerdara, bahwa dikatakan sahnya suatu perjanjian apabila :<sup>17</sup>

- 1) Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.
- 2) Kecakapan untuk membuat suatu perikatan.
- 3) Suatu hal tertentu.
- 4) Suatu sebab yang halal.

---

<sup>15</sup> Subekti, 2004, *Hukum Perjanjian*, Jakarta, PT Intermassa, hlm. 1.

<sup>16</sup> Mariam Darus Badruzaman, 1993, *KUHPerdara Buku III tentang Hukum Perikatan*, Bandung, Penerbit Alumni, hlm. 89.

<sup>17</sup> Subekti, 2004, *Hukum Perjanjian*, Jakarta, PT Intermassa, hlm. 1.

- a. Segala bentuk informasi elektronik yang berupa data elektronik dapat dikatakan memiliki akibat hukum, keabsahan ataupun kekuatan hukum.
- b. Di dalam hukum mengharuskan adanya informasi dalam bentuk tertulis, data data yang dibuat secara elektronik dapat memenuhi syarat tersebut. Hal ini tercantum di dalam pasal 6 UNCITRAL *Model Law*.
- c. Dalam hal tanda tangan, suatu tanda tangan elektronik merupakan tanda tangan yang sah. Dimana transaksi elektronik ini dapat dilakukan dengan tanda tangan digital ataupun tanda tangan elektronik. Tanda tangan digital sendiri dilakukan dengan menggunakan teknologi *encryption*, yaitu kebutuhan terhadap adanya suatu tanda tangan atau adanya penghubung antara suatu dokumen/*data/messages* dengan pihak yang membuat dan menyepakati isi dokumen tersebut. Sedangkan tanda tangan elektronik sendiri dilakukan dengan suatu teknik penandatanganan yang menggunakan *biometric* ataupun berbagai cara lain, jadi tidak selalu menggunakan *public key cryptography*.

## **6. Pengertian Perjanjian Menurut Hukum Indonesia dan Hukum Internasional**

### **a. Hukum Indonesia**

Menurut Pasal 1313 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Definisi perjanjian tersebut diatur di dalam

b. Hukum Internasional

Dikutip doktrin tentang pengertian perjanjian internasional menurut Martin Wolff bahwa, *contract is mean an agreement between two or more parties which in accordance with their intention, imposes a duty on at least one them, the promisor and creates for the promises a right to clain fulfillment of promises.*<sup>18</sup>

Sedangkan perjanjian internasional yang dikemukakan oleh Sudargo Gautama adalah perjanjian-perjanjian yang mempunyai suatu *foreign element* (unsur-unsur asing).<sup>19</sup>

Menurut UNCITRAL *Model Law on E-commerce* 1996 persyaratan perjanjian ditentukan bahwa perjanjian tersebut harus :

- 1) Bersifat jelas;
- 2) Terbuka;
- 3) Transparan.

Karena para pihak dalam perjanjian tersebut berasal dari negara yang berbeda-beda dengan peraturan hukum yang berbeda pula. Apabila tidak diatur sedemikian rupa ditakutkan dapat menimbulkan persoalan mengenai pilihan hukum yang nantinya menjadi acuan dalam penyelesaian sengketa yang timbul di kemudian hari.

---

<sup>18</sup> <http://wonkdermayu.wordpress.com/artikel/>

<sup>19</sup> *Ibid*

## **7. Asas-asas Dalam Perjanjian**

Di dalam hukum perdata dikenal beberapa prinsip-prinsip dasar yang harus diterapkan dalam penyusunan suatu kontrak, yang diharapkan dapat terhindar dari unsur-unsur yang nantinya dapat merugikan para pihak pembuat kontrak tersebut, hal ini juga berlaku dalam hukum perdata internasional. Prinsip dan klausul dalam kontrak yang dimaksud antara lain :<sup>20</sup>

### **a. Asas Kebebasan Berkontrak**

Berdasarkan prinsip ini, para pihak berhak menentukan apa saja yang ingin mereka sepakati, dan untuk menentukan apa yang tidak ingin dicantumkan di dalam isi perjanjian, tetapi bukan berarti tanpa batas. Ketentuan tentang asas ini diatur di dalam Pasal 1338 KUHPerdata, yang dirumuskan sebagai berikut :

- 1) Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.
  - a) Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dari kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu.
  - b) Persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik.

b. Asas Konsensualitas

Suatu perjanjian timbul apabila telah ada konsensus atau persesuaian kehendak dari para pihak. Dengan kata lain, sebelum tercapainya kata sepakat, perjanjian tersebut tidak mengikat. Konsensus tersebut tidak perlu ditaati apabila salah satu pihak menggunakan paksaan, penipuan ataupun terdapat kekeliruan akan objek kontrak.

c. Asas Kebiasaan

Suatu perjanjian tidak mengikat untuk hal-hal yang diatur secara tegas saja di dalam peraturan perundang-undangan, yurisprudensi dan sebagainya, tetapi juga hal-hal yang menjadi kebiasaan dan banyak diikuti oleh masyarakat umum. Jadi, sesuatu yang menurut sifat persetujuan diharuskan oleh kepatutan. Dengan kata lain, hal-hal yang menurut kebiasaan yang diperjanjikan dianggap secara diam-diam dimasukkan kedalam persetujuan, meskipun tidak secara tegas dinyatakan (Pasal 1339 BW).

d. Asas Peralihan Resiko

Di dalam sistem hukum Indonesia, beralihnya suatu resiko atas kerugian yang timbul merupakan suatu prinsip yang berlaku untuk jenis-jenis perjanjian tertentu seperti pada perjanjian jual-beli, tukar menukar, pinjam pakai, sewa menyewa, pemborongan pekerjaan, dan lain sebagainya, walaupun tidak dicantumkan di dalam isi perjanjian. Para pihak boleh mengaturnya sendiri mengenai peralihan

resiko itu, sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum.

e. Asas Ganti Kerugian

Penentuan ganti kerugian merupakan tugas dari para pembuat perjanjian, untuk memberikan maknanya serta batasan dari ganti kerugian tersebut, karena prinsip ganti rugi dalam sistem Hukum Indonesia dengan sistem Hukum asing mungkin berbeda. Di Indonesia, prinsip ganti kerugian ini diatur di dalam KUHPerdara Pasal 1365 perbuatan melawan hukum, yang menentukan: "*Setiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menimbulkan kerugian, mengganti kerugian tersebut.*" Jadi, untuk setiap perbuatan yang melawan hukum karena kesalahan mengakibatkan orang lain dirugikan, maka ia harus mengganti kerugian yang diderita orang lain tersebut. Tetapi tetap harus ada hubungan sebab akibat antara perbuatan melawan hukum dengan kerugian yang dimaksudkan, karena tidak akan ada kerugian apabila tidak ada hubungan antara perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh si pelaku dengan timbulnya kerugian tersebut.

f. Asas Keadilan (*Equity Principle*)

Prinsip kepatutan ini menghendaki, bahwa apa saja yang akan dimasukkan kedalam naskah suatu perjanjian haruslah memperhatikan prinsip kepatutan (kelayakan/seimbang), karena melalui tolak ukur kelayakan ini hubungan hukum yang ditimbulkan oleh suatu persetujuan ditentukan juga oleh rasa keadilan dalam

*“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”.*

g. Asas Ketepatan Waktu

Setiap kontrak, apapun bentuknya harus memiliki batas waktu berakhirnya, yang merupakan unsur kepastian pelaksanaan suatu prestasi (obyek kontrak). Prinsip ini dirasa sangat penting di dalam suatu kontrak tertentu, contohnya kontrak-kontrak yang berhubungan dengan suatu proyek konstruksi, atau proyek keuangan, dimana setiap kegiatan telah disepakati harus diselesaikan tepat pada waktunya. Prinsip ini penting untuk menetapkan batas waktu berakhirnya suatu kontrak, jadi di dalam suatu kontrak, batas waktu pelaksanaan suatu kontrak haruslah dinyatakan dengan tegas. Jika prestasi tidak dilaksanakan sesuai dengan batas waktu yang telah disepakati, salah satu pihak dalam kontrak telah melakukan wanprestasi atau telah melakukan cidera janji yang menjadikan pihak lainnya berhak untuk menuntut pemenuhan prestasi ataupun ganti kerugian.

h. Asas Keadaan Darurat (*Force Majeure*)

Prinsip ini merupakan prinsip yang sangat penting untuk dicantumkan di dalam suatu kontrak, baik yang berskala nasional, regional maupun kontrak internasional. Hal ini penting untuk mengantisipasi situasi dan kondisi yang melingkupi objek kontrak. Jika asas ini tidak dimuat di dalam suatu kontrak,

...dan apabila terjadi hal-hal yang berada di luar kemampuan manusia, seperti

gempa, banjir, dan lain-lain, siapa yang harus bertanggung jawab atas semua kerugian yang terjadi akibat hal-hal tersebut.

## 8. Hal Yang Perlu Diperhatikan Dalam Membuat Kontrak atau Perjanjian

Beberapa hal yang perlu diperhatikan di dalam menyusun perjanjian/kontrak internasional, antara lain :<sup>21</sup>

- a. Konsep perjanjiannya, karena tiap-tiap bentuk/model perjanjian memiliki klausul tersendiri berdasarkan *best practices of law* yang berlaku di dunia atau bagi negara tertentu.

Konsep perjanjian perlu dipahami dengan benar, jika salah memahami model kontrak tertentu, maka akan mendapati kekeliruan, misalnya didalam *distribution agreement* dan *agency agreement*. Kedua model perjanjian tersebut memiliki masing-masing konsep yang harus diketahui, selain itu tidak jarang para pihak mengacu kepada suatu istilah tertentu pada standart kontrak yang telah dibuat oleh suatu kelompok atau asosiasi dagang tertentu, seperti *International Chamber of Commerce* atau *International Trade Centre*. Jadi setiap bentuk/model perjanjian memiliki suatu klausul tersendiri berdasarkan *best practices of law* yang berlaku di dunia atau di negara tertentu. Maka seharusnya diberitahukan terlebih dahulu kepada para pembuat kontrak ataupun para pihak untuk menentukan konsep perjanjian yang dibuat sebelum membuat kontrak, terutama kontrak yang di dalamnya mengandung unsur-unsur HPI.

---

<sup>21</sup> <http://www.dikizaklat.com/2011/07>

b. Prinsip-prinsip Hukum Kontrak Internasional

Di dalam kontrak internasional berlaku prinsip-prinsip umum yang telah diakui selama ini, antara lain :

- 1) Prinsip *freedom of contract*, dimana para pihak berhak menentukan isi perjanjian yang akan mereka buat, di Indonesia diatur di dalam pasal 1338 KUHPerdata.
- 2) Prinsip *good faith*, dimana para pihak harus beritikad baik dalam menanggapi kontrak. Bila melakukan perjanjian dengan negara yang menganut sistem *common law*, maka perlu dipahami bahwa itikad baik dalam pengertian mereka ditempatkan setelah perjanjian ditandatangani, sehingga isi kontrak harus dipikirkan dengan baik sebelum ditandatangani.
- 3) Prinsip *Pacta Sunt Servanda*, dimana perjanjian harus ditepati dan dipatuhi oleh para pihak.

Ketiga prinsip ini harus diketahui selain prinsip-prinsip lainnya. Prinsip-prinsip di dalam kontrak perdata internasional tetap harus diperhatikan dalam penyusunan kontrak. Seperti *lex loci contractus*, *lex loci solution*, *the proper law of the contract*, dan teori *the most characteristic connection*.

c. *Governing law/choice of Law* adalah hukum yang berlaku mengikat pada perjanjian tersebut.

Teori ini berlaku secara universal. Menurut teori ini, para pihak tidak

ijud

hanya dapat memilih hukum mana yang mereka kehendaki untuk diperlakukan terhadap kontrak yang mereka buat. Tetapi teori *choice of law* ini hanya dipakai di dalam kontrak yang di dalamnya terdapat unsur asing atau *foreign element*. Suatu perjanjian dikatakan mengandung unsur asing apabila salah satu pihak di dalam perjanjian tersebut tunduk pada hukum yang berbeda dengan pihak lainnya, atau adanya unsur asing karena substansi perjanjian tersebut tunduk pada hukum negara lain. Apabila para pihak dalam membuat kontrak bisnis internasional telah melakukan *choice of law* pada suatu sistem hukum tertentu, lalu muncul sengketa dikemudian hari mengenai hal-hal yang berkaitan dengan pelaksanaan kontrak tersebut, maka hukum yang berlaku adalah hukum yang dipilih di dalam kontrak yang telah dibuat. Misalnya tentang wanprestasi, maka hukum yang dipilih itulah yang menentukan syarat-syarat dan kapan terjadi serta akibat hukum apa atas terjadinya wanprestasi tersebut.

d. *Choice of Forum* adalah lembaga penyelesaian sengketa mana yang ditunjuk untuk menyelesaikan sengketa.

Pada waktu mengadakan transaksi bisnis internasional para pihak dapat memilih forum tertentu sebagai tempat penyelesaian sengketa yang mungkin timbul dikemudian hari. Forum tersebut dapat melalui forum pengadilan, dan yang lainnya forum arbitrase. Permasalahan tempat penyelesaian sengketa menjadi penting karena di dalam suatu kontrak bisnis internasional dapat terbuka kemungkinan timbulnya banyak masalah menyangkut yuridiksi mana yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi. Karena para pihak yang

dan jika timbul sengketa, terbuka kemungkinan bahwa sengketa tersebut dapat diajukan pada pengadilan dari masing-masing pihak. Selain itu pengadilan dari negara ketiga dapat juga mempunyai kewenangan untuk memeriksa suatu sengketa, jika tempat terjadinya kerugian berada di wilayah yuridiksi pengadilan dari negara tersebut.

Dengan demikian suatu kegiatan bisnis internasional dapat melibatkan banyak yuridiksi, dan masing-masing yuridiksi yang terkait di dalam kontrak bisnis internasional tersebut dapat mengklaim yuridiksinya sebagai yuridiksi yang berwenang atas sengketa tersebut, atau bahkan suatu sengketa dapat digugat lebih dari satu pengadilan. Untuk menghindari timbulnya banyak yuridiksi dalam menangani suatu sengketa bisnis internasional, maka para pihak harus mencantumkan klausula pilihan forum (*choice of forum*) dalam membuat kontraknya. Jika suatu hari timbul sengketa atas kontrak yang dibuat tersebut, maka forum yang telah dipilih itulah yang berwenang untuk mengadili sengketa tersebut. Tetapi di dalam prakteknya tidak selalu klausula *choice of forum* atau *choice of forum clause* dapat diterima sebagai *supermacy* dari *partij autonomie*, karena pilihan forum harus dilakukan pada forum yang ada kaitannya dengan kontrak tersebut.

## 9. Terjadinya Kesepakatan

Di dalam undang-undang informasi dan transaksi elektronik (UU ITE) telah disebutkan dengan jelas bahwa prinsip utama dari transaksi elektronik adalah kesepakatan atau dengan cara cara yang disepakati oleh kedua belah pihak (dalam

hal ini pelaku usaha dan konsumen). Transaksi elektronik mengikat para pihak yang bersepakat, terutama konsumen yang melakukan transaksi elektronik dianggap telah menyepakati seluruh syarat dan ketentuan yang berlaku dalam transaksi tersebut, semua ini dikarenakan klausula baku yang disusun oleh pelaku usaha yang memanfaatkan media internet. Di dalam undang-undang informasi dan transaksi elektronik (UU ITE) disebutkan pula bahwa transaksi elektronik dapat dituangkan di dalam kontrak elektronik, di dalam kontrak elektronik tersebut dapat ditentukan pilihan hukum (*choice of law*) mana yang akan digunakan dalam menyelesaikan perselisihan (*dispute*). Jika ternyata tidak ada pilihan hukum maka hukum yang berlaku adalah hukum yang didasarkan pada asas hukum perdata internasional.<sup>22</sup>

Tapi ada pendapat lain, dimana suatu kesepakatan selalu diawali dengan adanya penawaran oleh salah satu pihak dan penerimaan oleh pihak lainnya, yang pada akhirnya menimbulkan keterikatan. Dikarenakan terdapat kesulitan dalam pembuktiannya, maka negara-negara yang tergabung dalam masyarakat ekonomi Eropa telah memberikan garis-garis petunjuk kepada para negara anggotanya, guna menghilangkan keraguan dalam proses penawaran dan penerimaan tadi, petunjuknya dikenal sebagai *system 3 klik*, yaitu:<sup>23</sup>

- a. Setelah calon pembeli melihat di layar komputernya bahwa ada penawaran dari calon penjual (klik pertama);

---

<sup>22</sup> <http://perkomdunet.blogspot.com/2012/04>

<sup>23</sup> Niniiek Suparni, 2009, *CYBERSPACE*, *op.cit*, hlm. 68.

- b. Maka si calon pembeli memberikan penerimaan terhadap penawaran tersebut (klik kedua);
- c. Setelah proses penawaran dan penerimaan, adanya peneguhan dan persetujuan dari calon penjual ke calon pembeli atas diterimanya penerimaan dari calon pembeli (klik tiga). Demikian adanya penawaran dan penerimaan melalui media elektronik dapat dikukuhkan atau disahkan.

## 10. Aspek Hukum Perjanjian

Adapun beberapa aspek hukum perjanjian dalam transaksi elektronik yang mengacu kepada *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996*, antara lain :<sup>24</sup>

### a. Perjanjian dalam perdagangan

Pada dasarnya prinsip-prinsip atau kaidah yang terdapat di dalam perdagangan internasional mengacu pada 2 prinsip kebebasan, (dimana kebebasan ini merupakan hasil perkembangan yang telah terjadi sangat lama, maka dari itu prinsip kebebasan yang telah berkembang lama ini disebut sebagai prinsip klasik hukum ekonomi internasional) yaitu :

#### 1) Prinsip Kebebasan Berniaga (*freedom of commerce*)

Niaga disini diartikan luas dari sekedar kebebasan berdagang (*freedom of trade*), mencakup segala kegiatan yang berkait dengan perekonomian dan

perdagangan. Dapat dikatakan bahwa setiap negara memiliki kebebasan untuk berdagang dengan pihak atau negara manapun di dunia.

## 2) Prinsip Kebebasan Berkomunikasi (*Freedom of Communication*)

Bahwa setiap negara memiliki kebebasan untuk memasuki negara lain, baik melalui jalur darat laut untuk melakukan transaksi internasional. Masalah mengenai kaidah-kaidah fundamental sebagian besar didasarkan pada perjanjian-perjanjian dan hukum kebiasaan internasional.

### b. Legalitas Perjanjian Perdagangan

Dalam perspektif hukum, perikatan adalah suatu hubungan hukum antara subjek hukum dengan pihak lain, dimana salah satu pihak berkewajiban atas suatu prestasi dan pihak lain berhak atas prestasi tersebut.

## **B. Tinjauan Tentang Permasalahan Khusus yang Sering Terjadi dan Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Dalam Transaksi Bisnis Online**

### **1. Permasalahan Khusus Dalam Transaksi Bisnis Online**

Secara khusus, Huala Adolf telah menguraikan permasalahan umum dalam transaksi *e-commerce* menjadi :<sup>25</sup>

#### a. Masalah pembuktian mengenai data-data yang terdapat dalam *e-commerce*.

- b. Masalah keabsahan suatu kontrak dan bentuk kontrak *e-commerce* ini, khususnya mengenai pembuktian orisinalitas data (*originality*), syarat tertulis (*writing*), dan masalah tanda tangan (*signature*).
- c. Masalah kapan kata sepakat telah dicapai dalam transaksi-transaksi yang dilakukan secara *e-commerce*.
- d. Masalah pengesahan, pengakuan penerimaan, penyimpanan data elektronik.
- e. Masalah hilangnya wewenang bank sentral untuk mengawasi nilai tukar mata uang dan penerimaan pemerintah dari transaksi-transaksi dagang yang dikeluarkan secara elektronik.
- f. Masalah rintangan-rintangan di dalam melakukan perdagangan, dengan adanya kebijakan-kebijakan perdagangan negara yang mengakibatkan transaksi-transaksi *e-commerce* ini menjadi terganggu.

Didalam praktiknya jaringan internal melalui bisnis *e-commerce* ini mempunyai jaringan yang luas dan mendunia, sehingga dengan mudah setiap orang dapat mengakses tanpa adanya kontak fisik antara konsumen (*user*), pembeli pelanggan dan penjual. Data mengenai barang produksi beserta penjelasan tentang kualitas dan kuantitasnya sudah tercantum, bahkan pembayaran langsung (*purchasing*) via kartu kredit dapat langsung dilakukan melalui jaringan net tersebut setelah semua transaksi itu jelas dan diterima.<sup>26</sup>

Pada kenyataannya masih banyak orang yang melakukan kecurangan di dalam transaksi online (*e-commerce*) ini. Banyak kasus-kasus yang merugikan konsumen sebagai akibat dari penggunaan media internet dalam transaksi ini. Seperti adanya tindakan wanprestasi dari pelaku usaha terhadap konsumennya dalam suatu transaksi jual beli melalui internet, dalam hal ini konsumen telah melakukan pembayaran melalui *internet banking* kepada pelaku usaha, namun pelaku usaha tidak mengirimkan barang yang telah dibayar oleh konsumen atau bisa saja pelaku usaha keliru dalam mengirimkan barang tersebut, sehingga hal ini merugikan pihak konsumen.<sup>27</sup>

## **2. Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Dalam Transaksi Bisnis Online**

Perlindungan hukum bagi konsumen adalah suatu masalah yang besar, dengan persaingan global yang terus berkembang. Perlindungan hukum ini sangat diperlukan dalam persaingan dan banyaknya produk serta layanan yang menempatkan konsumen pada posisi tawar yang lemah.<sup>28</sup>

Perlindungan hukum bagi konsumen mutlak dilakukan oleh negara sesuai dengan Resolusi Majelis Umum PBB. Di Indonesia, signifikan pengaturan tentang hak-hak dan kewajiban para pelaku usaha dan konsumen dituangkan di dalam Undang-Undang No.8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Dimana hak-

---

<sup>27</sup> Hetty Hasanah, *Majalah Ilmiah Unikom*, Vol.8, No. 1.

<sup>28</sup> Al-Lik, N. B. 2000. *Perlindungan Hukum Bagi Konsumen Dalam Transaksi E-commerce*

hak serta kewajiban bagi konsumen dan pelaku usaha diatur di dalam Pasal 4 dan 5 Undang-undang No.8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen.<sup>29</sup>

Salah satu hak konsumen yang diatur di dalam Undang-Undang No.8 Tahun 1999, adalah hak untuk mendapatkan advokasi, perlindungan dan upaya penyelesaian sengketa perlindungan secara patut. Mekanisme penyelesaian sengketa konsumen dapat terjadi dengan dua cara, yaitu :<sup>30</sup>

- a. Pihak konsumen yang dirugikan dapat mengajukan gugatan kepada Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK), dan
- b. Pihak konsumen yang dirugikan dapat mengajukan gugatan melalui peradilan yang berada di lingkungan peradilan umum.

Sehingga yang menjadi lingkup atau ruang berlakunya Undang-Undang Perlindungan konsumen ini hanyalah pelaku usaha yang bergerak di dalam wilayah hukum Republik Indonesia. Lain halnya, jika pelaku usaha yang berada diluar wilayah yuridiksi yang Indonesia, maka tergantung dari perjanjian yang dibuat antara para pihak, situs Amazon.com misalnya menambahkan suatu klausula yang berbunyi “bahwa segala transaksi yang terjadi dengan Amazon.com berlalu *the laws of state of Washington*”, jadi konsumen yang merasa dirugikan dan berada di wilayah negara manapun yang melakukan transaksi dengan amazon.com haruslah tunduk pada hukum negara bagian Washington.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Celina Tri Siwi, 2009, Hukum Perlindungan Konsumen, Jakarta, Sinar Grafika, hlm.30

<sup>30</sup> Fikri Mubandari, 2004, Konsumen dan Pelaku Usaha, Jakarta, Sinar Grafika, hlm.272

## C. Tinjauan Tentang Pilihan Hukum (*Choice of Law*) dan Pilihan Forum (*Choice of Forum*)

### 1. Pilihan Hukum (*Choice of Law*)

Masalah pilihan hukum yang akan diberlakukan atau diterapkan adalah salah satu permasalahan yang sangat penting dalam suatu kontrak perdagangan internasional. Adapun istilah –istilah hukum dalam bahasa lain, seperti *Partij autonomie, autonomie des parties* (Perancis), *Intension of the parties* (Inggris) atau yang paling sering di dengar adalah *choice of law* (Inggris). Para pihak dalam suatu kontrak perjanjian bebas untuk melakukan pilihan, mereka dapat memilih sendiri hukum yang akan dipakai dalam membuat kontrak perjanjian mereka.<sup>32</sup> Pada dasarnya pilihan hukum hanya dibenarkan di dalam bidang hukum perjanjian. Tidak dapat diadakan pilihan hukum dalam bidang hukum kekeluargaan misalnya.<sup>33</sup>

Di dalam undang-undang informasi dan transaksi elektronik (UU. ITE) dijelaskan bahwa di dalam kontrak elektronik yang dibuat dapat ditentukan pilihan hukum mana yang akan digunakan, tetapi jika ternyata tidak ada pilihan hukum (*choice of law*) yang dipilih, maka hukum yang berlaku adalah hukum yang didasarkan pada asas hukum perdata internasional, begitupula dengan pilihan forum (*choice of forum*) pengadilan mana yang berhak menyelesaikan sengketa tersebut. Pada dasarnya para pihak dalam transaksi *e-commerce* dapat

<sup>32</sup> S. L. G. ... 1997, ... Hukum Perdata Internasional di Indonesia Bandung

menentukan sendiri forum pengadilan, arbitrase, atau penyelesaian sengketa alternatif lainnya yang dipilih dalam kontrak elektronik (*electronic contract*) yang dibuat. Apabila tidak dilakukan pilihan forum, maka penyelesaian sengketa akan kembali lagi pada asas-asas hukum perdata internasional.<sup>34</sup>

UNCITRAL sangat menganjurkan adanya klausul pilihan hukum di dalam setiap kontrak internasional. Fungsinya, demi mencegah ketidakpastian di kemudian hari mengenai hukum mana yang akan berlaku terhadap kontrak. UNCITRAL menegaskan sebagai berikut : *“It is advisable for the parties to choose the law applicable to the contract. If they do not do so, there may be uncertainty as to what law applies, making it difficult for the parties to comply with the appropriate legal rules during the performance of their contractual obligations..”*. Maksudnya para pihak disarankan untuk memilih pilihan hukum yang telah tersedia. Tetapi jika tidak memilih, maka akan ada ketidakpastian hukum untuk diterapkan, ini akan memberi kesulitan kepada mereka untuk memakai hukum mana yang benar di dalam kontrak mereka.<sup>35</sup>

Peran *choice of law* sendiri sebagai hukum, akan digunakan oleh badan peradilan untuk :<sup>36</sup>

- a. Menentukan keabsahan kontrak dagang.
- b. Menafsirkan suatu kesepakatan-kesepakatan dalam kontrak.

---

<sup>34</sup> <http://perkomdunet.blogspot.com/2012/04>

<sup>35</sup> Huala adolf, 2007, *Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional*, Bandung, Pt Refika Aditama, hlm. 139.

<sup>36</sup> Huala adolf, 2005, *Hukum Perdata Internasional*, op cit hlm. 214



penundukan diri terhadap suatu sistem hukum tertentu. Contohnya dalam kontrak internasional, terdapat kesepakatan dari para pihak yang bunyinya: "Para pihak sepakat bahwa dalam pelaksanaan kontrak ini akan mematuhi aturan-aturan hukum Indonesia yang berlaku".

c. Pilihan hukum diserahkan kepada pengadilan

Alternatif lain yang dapat ditempuh oleh para pihak adalah menyerahkan pilihan hukum kepada pengadilan. Alternatif ini dapat ditempuh apabila para pihak gagal atau kesulitan dalam menemukan kata sepakat mengenai hukum yang akan dipilih. Seperti contoh berikut, klausul pilihan ini tampak dalam suatu perjanjian arbitrase khusus antara perusahaan minyak AS dengan pemerintah Kuwait, isinya: *"The law governing the substantive issues between the parties shall be determined by the tribunal, having regard to the quality of the parties, the transnational character of their relations and the principles of law and practice prevailing in the modern world."* (Special Arbitration Agreement between US's Aminoil with Kuwait government).

d. Tidak ada pilihan hukum

Tidak ada pilihan hukum didalam suatu kontrak adalah suatu alternatif, seperti yang telah disebutkan diatas bahwa tidak adanya pilihan hukum tidak akan mempengaruhi status atau keabsahan kontrak. Tetapi tidak adanya klausul pilihan hukum didalam kontrak menunjukkan bahwa kontrak tersebut tidak lengkap atau kontrak yang defektif (dikemukakan oleh Schmitthoff). Apabila tidak adanya pilihan hukum yang dipilih, dan jika ternyata muncul sengketa di kemudian hari,

maka pengadilan atau badan arbitrase yang akan memutus sengketanya berdasarkan prinsi-prinsip hukum perdata internasional yang berlaku, khususnya hukum yang berlaku, apabila para pihak tidak memilih hukumnya sendiri. Dalam hal ini, pertama-tama pengadilan akan melihat apakah ada kehendak yang diinginkan oleh para pihak atau '*presumed intention of the parties*', seperti yang dikemukakan oleh Sudargo Gautama '*presumed intention of the parties*', maksudnya pengadilan akan melakukan analisis daripada ketentuan-ketentuan dan fakta-fakta dari kontrak bersangkutan, untuk menetapkan hukum yang telah dipikirkan oleh para pihak, hukum yang '*the parties had in mind*'.

Keberadaan klausul ini akan terkait dengan fungsi klausul tersebut. Fungsi pilihan hukum ini sangatlah penting. Eksistensi klausul pilihan hukum akan berpengaruh terhadap status kontrak di kemudian hari. Fungsi tersebut dijabarkan sebagai berikut :<sup>38</sup>

- a. Untuk menentukan hukum apa yang akan digunakan untuk menentukan atau menerangkan syarat-syarat kontrak atau hukum yang akan menentukan dan mengatur kontrak.
- b. Untuk menghindari ketidakpastian hukum yang berlaku terhadap kontrak selama pelaksanaan kewajiban-kewajiban kontraktual para pihak.
- c. Pilihan hukum berfungsi juga sebagai "sumber hukum" apabila kontrak tidak mengatur sesuatu hal.

Pada dasarnya ada beberapa batasan-batasan pihak untuk menentukan pilihan hukum, yaitu :<sup>39</sup>

- a. Tidak bertentangan dengan kepentingan umum.
- b. Tidak mengenai pilihan hukum yang sifatnya memaksa.

Pilihan hukum itu diadakan atas dasar kebebasan berkontrak, tetapi bukan berarti kebebasan tersebut tidak ada batasannya. Kebebasan tersebut dibatasi oleh ketentuan ketertiban umum dan hukum yang memaksa pun menjadi batasan para pihak dalam menentukan pilihan hukum.

Doktrin hukum kontrak internasional mengidentifikasi adanya tiga prinsip utama mengenai pilihan hukum dalam hukum kontrak internasional. Ketiga prinsip tersebut antara lain :<sup>40</sup>

- a. Prinsip kebebasan para pihak

Di dalam menentukan hukum apa yang berlaku terhadap suatu kontrak internasional, prinsip yang digunakan adalah kesepakatan para pihak yang didasarkan pada kebebasan atau kesepakatan para pihak (*party autonomy*). Kesepakatan para pihak ini digunakan demi menerapkan hukum yang akan berlaku terhadap suatu kontrak yang telah dibuat. Salah satu instrumen internasional yang menyatakan tentang kebebasan ini adalah pasal 33 ayat 1 UNCITRAL Arbitration Rules 1975, dinyatakan dalam pasal ini bahwa: "*The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the*

<sup>39</sup> Rahadian Cahyadi, <http://rahadiancahyadi.blogspot.com/2012/06>

<sup>40</sup> Rahadian Cahyadi, *Dasar Hukum Kontrak Internasional*, hal. 141

*substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of law rules which it considers applicable”.*

Beberapa instrumen yang salah satunya telah disebutkan di atas mengatur mengenai hukum yang akan diterapkan oleh badan peradilan dalam memutus perkaranya. Pemilihan hukum tersebut merupakan pilihan hukum terhadap kontrak (klausul pilihan hukum).

b. Prinsip *Bonafide*

Prinsip ini menyatakan bahwa pilihan hukum tersebut didasarkan pada itikad baik. Tidak ada standar yang digunakan untuk mengukur kapan suatu tindakan pilihan hukum itu dinyatakan baik atau buruk. Standar yang mungkin digunakan adalah ketertiban umum, maksudnya, apakah pilihan hukum para pihak itu tercermin ke dalam itikad baik atau buruk, dapat terlihat dari ada tidaknya itikad baik dari para pihak dengan upaya menghindari berlakunya suatu hukum yang memaksa atau menyiasati adanya ketertiban umum dari suatu hukum nasional salah satu pihak.

Pilihan hukum yang didasarkan pada prinsip ini nantinya akan membawa konsekuensi yang mengikat, dalam arti pilihan hukum tersebut harus didasarkan pada itikad baik kedua belah pihak. Hal apapun yang telah disepakati bersama akan mengikat para pihak, maka dari itu hal ini mengisyaratkan para pihak untuk

c. Prinsip *real connection*

Prinsip ini menyatakan bahwa pilihan hukum yang telah disepakati oleh para pihak haruslah memiliki hubungan atau kaitan dengan para pihak atau kontrak yang dibuat. Seperti Hukum Amerika Serikat, hukum tersebut menggunakan istilah "*a reasonable relation*", maksudnya bahwa hukum yang telah dipilih harus memiliki hubungan yang lebih *reasonable* dengan para pihak atau transaksi yang dibuat.

Memberikan kesempatan kepada pengadilan untuk menentukan hukum yang akan berlaku terhadap kontrak tidak terlepas dari resiko. Pertama, tidak adanya pilihan hukum akan menimbulkan ketidakpastian, para pihak akan mengalami kemudahan ataupun kesulitan untuk memastikan hukum mana yang akan diterapkan oleh pengadilan. Kedua, menurut UNCITRAL, tidak adanya pilihan hukum akan menimbulkan dua keadaan sebagai berikut: a) hukum yang berlaku terhadap kontrak akan tunduk dan ditentukan oleh aturan-aturan hukum perdata internasional dari suatu sistem hukum suatu Negara. b) walaupun aturan-aturan hukum perdata internasional suatu negara akan menentukan hukum yang berlaku untuk suatu kontrak, bisa saja aturan-aturan sistem hukum tersebut tidak jelas, terlalu umum, sehingga sulit dalam memberi kepastian dan menentukan hukum yang berlaku untuk kontrak. Sudargo Gautama mengemukakan beberapa teori yang bisa dijadikan pegangan untuk mencari jalan keluar dalam permasalahan ini, teori tersebut antara lain :<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> H. 1. 1.16 2007. *Dasar-dasar Hukum Kontrak Internasional*, on cit. hlm 147

a. *Lex Proper Law Theory*

Menurut teori ini, pengadilan akan melakukan analisis terhadap ketentuan-ketentuan dan fakta-fakta yang berhubungan dengan kontrak bersangkutan, untuk menetapkan hukum mana yang sebenarnya diinginkan dan dipikirkan oleh para pihak, hukum yang "*the parties had in mind*".

b. *Teori Lex Loci Contractus*

Menurut teori ini, suatu kontrak ditentukan oleh hukum dimana tempat kontrak itu dibuat, dimana ia diciptakan, dilahirkan. Teori ini merupakan teori kuno, yang muncul pada awal mulanya manusia mengadakan kontrak yang waktu itu dilakukan secara langsung bertatap muka atau secara tradisional. Gautama mengecam teori ini, karena pada praktik dalam perdagangan internasional dewasa sulit untuk menerapkan teori ini, sebab para pihak tidak harus bertatap muka untuk menandatangani suatu kontrak.

c. *Teori Lex Loci Solutionis*

Menurut teori ini, dalam hal tidak adanya pilihan hukum maka pengadilanlah yang akan menentukan hukum yang berlaku berdasarkan tempat dimana perjanjian tersebut dilaksanakan. Menurut Gautama, penggunaan teori ini tidak selalu tepat karena terjadinya pelaksanaan suatu kontrak ternyata dapat dilakukan di beberapa tempat. Permasalahan lain yang dapat timbul apabila teori ini diterapkan, bahwa dapat terjadi situasi dimana para pihak tidak dapat memastikan

waktu mereka menandatangani kontrak, dan bagaimanakah kewajiban-kewajiban yang ada di dalam kontrak harus dilaksanakan.

d. *Teori Lex Fori*

Menurut teori ini, hukum yang berlaku terhadap suatu kontrak adalah hukum dari pihak pengadilan (hakim). Menurut Yansen Dermanto, dengan menerapkan hukum hakim ini maka penyelesaian perkara jauh lebih singkat dan lebih murah.

e. *Teori The Most Characteristic Connection*

Menurut teori ini, pengadilan akan menentukan pilihan hukum berdasarkan hukum dari salah satu pihak yang melakukan prestasi yang paling karakteristik (*center of gravity*) dalam suatu transaksi. Selain itu, menurut Sudargo Gautama teori inilah yang paling tepat digunakan. Beliau menyatakan, "Menurut pandangan kami, bahwa konsep inilah yang paling baik digunakan dalam menentukan hukum yang harus diperlakukan pada kontrak-kontrak internasional yang dimana para pihaknya tidak berada dalam wilayah yuridiksi yang sama".

## 2. Pilihan Forum (Choice of Forum)

Forum penyelesaian sengketa dalam hukum perdagangan internasional pada prinsipnya sama saja dengan forum yang dikenal dalam hukum penyelesaian sengketa internasional pada umumnya. Forum tersebut berupa negosiasi, penyelidikan fakta-fakta (*inquiry*), mediasi, konsiliasi, arbitrase, penyelesaian melalui hukum atau pengadilan, atau cara-cara penyelesaian sengketa lainnya

bagian integral dari penyelesaian sengketa yang diakui dalam sistem hukumnya.

Berikut penjelasan lebih lanjut mengenai forum-forum tersebut, yaitu :<sup>42</sup>

a. **Negosiasi**

Adalah cara penyelesaian sengketa yang paling dasar dan yang paling sering digunakan. Penyelesaian melalui negosiasi merupakan cara yang sangat penting, banyak sengketa yang setiap hari diselesaikan oleh forum negosiasi ini tanpa menarik perhatian publik. Alasan utamanya, karena dengan menggunakan cara ini para pihak dapat mengawasi prosedur penyelesaian sengketanya, penyelesaiannya pun didasarkan pada kesepakatan atau konsensus para pihak.

b. **Mediasi**

Adalah salah satu cara penyelesaian sengketa melalui pihak ketiga, pihak ketiga tersebut bisa individu (pengusaha) atau lembaga atau organisasi profesi ataupun dagang, mediator ini berperan secara aktif didalam proses negosiasi, para mediator biasanya berada di pihak yang netral untuk mendamaikan para pihak dengan memberikan saran dalam penyelesaian sengketanya.

c. **Konsiliasi**

Adalah usaha yang dilakukan oleh pihak ketiga yang bersifat netral untuk melakukan komunikasi dengan para pihak yang bersengketa secara terpisah, dengan tujuan agar mengurangi ketegangan yang terjadi diantara para pihak dan

---

<sup>42</sup> M. L. M. (1999). *Konflik dan Pelecehan: Penyelesaian Sengketa Bisnis*. E. com. p. 100.

