



Vol.1 No.2, September 2022, Hal. 67 – 86

Kedudukan Para Pihak Dalam E-Contract Berdasarkan Prinsip Iktikad Baik

Muhammad Nur Udpa
Kementerian Dalam Negeri

Corresponding Author : muhnurudpa@gmail.com

Abstrak

Secara umum, kontrak elektronik telah memenuhi syarat pembuatan kontrak yang terdapat pada Pasal 1320 KUHPdt. Pada dasarnya bentuk kontrak elektronik pun sama dengan kontrak konvensional. Hanya saja kontrak elektronik dibuat melalui media internet, sehingga para pihak tidak bertemu atau bertatap muka saat pembuatan hingga penandatanganan kontrak. Dari sinilah timbul beberapa permasalahan hukum mengenai keabsahan kontrak elektronik, yaitu penentuan kecakapan antar pihak hingga kedudukan antar kedua belah pihak. Penulis merumuskan permasalahan yaitu Sejauhmanakah Kedudukan Para Pihak dalam E-contract berdasarkan Prinsip Iktikad Baik?. Berdasarkan pendekatan hukum yang digunakan oleh penulis serta analisis bahan-bahan hukum primer dan sekunder disimpulkan bahwa Terdapat dua model pengujian tentang ada atau tidaknya iktikad baik dalam kontrak yaitu pengujian objektif (*objective test*) dan pengujian subjektif (*subjective test*). Pengujian objektif (*objective test*) pada umumnya dikaitkan dengan kepatutan, artinya salah satu pihak tidak dapat membela diri dengan mengatakan bahwa ia telah bertindak jujur manakala ternyata ia tidak bertindak secara patut. Sementara itu pengujian subjektif terhadap kewajiban iktikad baik dikaitkan dengan keadaan karena ketidaktahuan (*lack of notice*).

Kata Kunci : E-contract; Iktikad Baik; Perjanjian

Abstract

In general, electronic contracts fulfill the requirements for making contracts contained in Article 1320 of the Criminal Code. Basically, the form of an electronic contract is the same as a conventional contract. It's just that electronic contracts are made via the internet, so the parties do not meet or meet face to face when making the contract until signing the contract. This is where several legal issues arise regarding the validity of electronic contracts, namely determining the skills between the parties and the position between the two parties. The author formulates the problem, namely, to what extent is the position of the parties in an e-contract based

on the principle of good faith? Based on the legal approach used by authors and analysts of primary and secondary legal materials, it is concluded that there are two testing models regarding the presence or absence of good faith in contracts, namely objective testing and subjective testing. Objective tests are generally associated with propriety, meaning that one party cannot defend himself by saying that he has acted honestly when it turns out he has not acted appropriately. Meanwhile, the subjective test of the obligation of good faith is related to circumstances due to lack of notice.

Keywords: E-contract; Good Faith; Agreement

PENDAHULUAN

Indonesia merupakan pasar *e-commerce* terbesar di Asia Tenggara. Berdasarkan data *Wearesocial* dan *Hootsuite*, sekitar 90% pengguna internet di Indonesia pernah berbelanja secara *online*. Pada tahun 2019, nilai kapitalisasi pasar *e-commerce* di Indonesia mencapai USD 21 miliar atau sekitar Rp 294 triliun. Berdasarkan laporan McKinsey, industri *e-commerce* di Indonesia diprediksi akan mencapai nilai USD 40 miliar pada tahun 2022. Terdapat beberapa faktor yang memengaruhi pesatnya perkembangan *e-commerce* di Indonesia. Salah satu faktornya yaitu tingkat penetrasi internet dan pengguna perangkat *mobile* yang terus meningkat, memungkinkan lebih banyak orang untuk mengakses berbagai *platform* belanja *online*, mulai dari *website* toko *online*, aplikasi *marketplace*, media sosial, dan banyak lagi (<https://www.sirclo.com/> , diakses 27 Juli 2022).

Asosiasi Penyelenggara Jasa Internet Indonesia (APJI) mengumumkan data hasil survei tahun 2017 yang menunjukkan pengguna internet mengalami peningkatan jika dibandingkan dengan tahun sebelumnya, yaitu mengalami peningkatan sekitar 54,68 persen atau setara dengan 143,26 juta user melalui berbagai perangkat. Berdasarkan data tersebut diperkirakan 30% dari pengguna internet di Indonesia melakukan perdagangan secara elektronik (*e-commerce*) maka angka yang muncul yaitu ±43 juta pengguna akan melakukan transaksi perdagangan secara elektronik di Indonesia. Berdasarkan data tersebut dan memperkirakan jika terjadi sekitar 10% transaksi elektronik yang berpeluang berakhir sengketa, maka kurang lebih terjadi 4,3 juta kasus sengketa yang muncul dan perlu diselesaikan dengan cepat, efektif dan

efisien dengan pertimbangan bahwa pihak yang bersengketa dipisahkan oleh letak geografis yang cukup jauh (<https://www.jawapos.com>, diakses 27 Juli 2022).

Kontrak elektronik merupakan salah satu bentuk kontrak baru yang mendapatkan perlindungan secara khusus dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (yang selanjutnya disebut UU ITE), khususnya melalui Pasal 1 angka 17, kontrak elektronik adalah perjanjian para pihak yang dibuat melalui sistem elektronik. Sedangkan sistem elektronik itu sendiri adalah serangkaian perangkat dan prosedur elektronik yang berfungsi mempersiapkan, mengumpulkan, mengolah, menganalisis, menyimpan, menampilkan, mengumumkan, mengirimkan, dan atau menyebarkan informasi elektronik. Hal ini diatur dalam Pasal 1 angka 5 UU ITE.

Secara umum, kontrak elektronik telah memenuhi syarat pembuatan kontrak yang terdapat pada Pasal 1320 KUHPdt. Pada dasarnya bentuk kontrak elektronik pun sama dengan kontrak konvensional. Hanya saja kontrak elektronik dibuat melalui media internet, sehingga para pihak tidak bertemu atau bertatap muka saat pembuatan hingga penandatanganan kontrak. Dari sinilah timbul beberapa permasalahan hukum mengenai keabsahan kontrak elektronik, yaitu penentuan kecakapan antar pihak. Hal ini sulit diidentifikasi karena para pihak tidak saling bertemu. Selain kecakapan para pihak, penetapan waktu kata sepakat juga sulit diidentifikasi. Berdasarkan kontrak konvensional, kesepakatan itu terjadi ketika kedua belah pihak bertemu dan menyatakan sepakat kemudian menandatangani kontrak yang telah disepakati. Sedangkan dalam kontrak elektronik, tidak melalui tahap tatap muka, sehingga sulit untuk mengidentifikasi kapan kesepakatan itu berlangsung. Begitu juga dalam hal identifikasi kecakapan para pihak. Dengan adanya beberapa isu hukum tentang keabsahan kontrak elektronik tersebut, maka keabsahan kontrak elektronik sebelum dan sesudah diberlakukannya UU ITE menarik untuk dikaji dan diteliti lebih dalam lagi.

RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan latar belakang masalah di atas maka rumusan masalah pada penelitian ini yaitu sejauhmanakah kedudukan para pihak dalam *e-contract* berdasarkan prinsip iktikad baik?

METODE PENELITIAN

Penulis menggunakan tipe penelitian normatif. Berdasarkan tipe penelitian tersebut, penulis melakukan penelitian studi kepustakaan. Bahan-bahan hukum yang didapatkan penulis melalui studi kepustakaan berupa *lex mercatoria* (hukum kebiasaan) perdagangan internasional dan *Online Dispute Resolution*, peraturan perundang-undangan di Indonesia, serta peraturan yang berlaku di Amerika Serikat dan Hongkong. Penulisan pada penelitian ini menggunakan metode kajian normatif disertai pendekatan undang-undang (*statute approach*) dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*).

HASIL DAN PEMBAHASAN

Berdasarkan preambul pada Konvensi PBB mengenai kontrak jual beli barang internasional CISG, terdapat pengakuan atas tata ekonomi internasional baru (TEIB). TEIB memuat aturan-aturan hukum yang lebih banyak menyangkut aturan publik. Sedangkan hukum kontrak internasional lebih banyak memuat aturan-aturan komersial (dagang). Benang merah antara TEIB dengan hukum kontrak internasional dapat tampak pada muatan TEIB yang tercermin dan diimplementasikan dalam Piagam Hak dan Kewajiban di bidang ekonomi (*Charter of The Economic Rights and Duties of States* atau CERDS) tahun 1974. CERDS memuat prinsip-prinsip penting, salah satunya yaitu prinsip perdagangan internasional (Huala Adolf, 2011).

Transaksi perdagangan internasional dituangkan dalam bentuk formal yaitu dalam kontrak (internasional). Prinsip kedua yaitu prinsip persamaan derajat para pihak dan prinsip saling menguntungkan dalam mengadakan kontrak dagang internasional. Tertuang dalam preambul, prinsip tersebut dikenal sebagai prinsip *equality and mutual benefit*. Preambule menegaskan bahwa prinsip tersebut merupakan unsur penting dalam memajukan hubungan bersahabat antar negara. Prinsip ketiga

menegaskan pentingnya aturan-aturan seragam (*uniform rules*) dalam kontrak untuk mengatur jual beli barang (internasional). Preambule konvensi mensyaratkan perhatian pada sistem ekonomi, sosial, dan ekonomi yang berbeda-beda dalam upaya menghapus rintangan-rintangan hukum dalam perdagangan internasional dan memajukan perkembangan perdagangan internasional (Huala Adolf, 2011).

Kedudukan para pihak dalam *e-commerce* tentunya memiliki ciri khas yang berbeda sebagai subjek hukum. Subjek hukum privat, perusahaan, organisasi internasional, maupun negara tidak serta merta dapat disetarakan. Namun, dengan diakuinya *New Lex Mercatoria* dalam dunia internasional dianggap mampu menyetarakan kedudukan subjek hukum tersebut dalam kontrak yang telah disepakati kedua belah pihak. *Institute de Droit International* (IDI) atau *Institute of International Law* mengesahkan resolusi *The Proper Law of The Contract in Agreements between a State and a Foreign Private Persons* (hukum yang berlaku terhadap kontrak dalam perjanjian antar negara dengan pihak asing) di Athena pada tahun 1979. Resolusi IDI 1979 menganut dua prinsip utama yaitu (Huala Adolf, 2011):

1. Prinsip pengakuan terhadap kepentingan umum (*public policy*) atau aturan-aturan yang sifatnya memaksa (*mandatory legislation*) yang berpengaruh terhadap pelaksanaan kontrak.
2. Prinsip kebebasan para pihak. Hal tersebut tertuang dalam pertimbangan Resolusi IDI yang menekankan bahwa negara dan pihak asing dapat menentukan sendiri hukum kontrak yang tepat

“Considering that in the case of a contract between a state and a foeign private person the arties may, under the general principles of private international law, designate the proper law of the contract and, if such is their intent, withdraw the contract from the exclusive application of any given domestic law.”

Selain pertimbangan tersebut, *Article 1* mengatur bahwa seluruh pihak wajib tunduk pada aturan hukum yang telah disepakati antar kedua belah pihak. Pilihan hukum yang akan berlaku ditunjukkan dengan telah ditandatanganinya kontrak yang secara langsung melahirkan tanggung jawab antar kedua belah pihak (baik itu pihak asing maupun negara yang

memiliki kedaulatan negara). Aturan hukum yang akan dipilih berdasarkan *Article 2* dapat berupa:

- a. *one or several domestic legal systems;*
- b. *the principles common to such systems;*
- c. *the general principles of law, or the principles applied in international economic relations;*
- d. *international law;* atau
- e. *combination of these sources of law.*

Kebebasan pilihan hukum tersebut tentunya wajib mempertimbangkan kesulitan yang mungkin timbul dari penerapan atau kombinasi berbagai sistem atau prinsip hukum. Pada *article 5* menawarkan solusi, jika kedua belah pihak tidak memilih hukum yang diterapkan di dalam kontrak sedangkan perikatan yang terjalin akhirnya berujung pada sengketa, maka kedua belah pihak dalam kepentingannya menyelesaikan, baik melalui badan peradilan atau arbitrase, dapat menerapkan prinsip *the closest connection of the contract*. Berikut aturan yang tertuang di dalam *article 5*:

Article 5, In the absence of any choice by the parties, the proper law of the contract shall be derived from indications of the closest connection of the contract.

Namun perlu menjadi pertimbangan bahwa implementasi prinsip kebebasan para pihak dalam menentukan hukum dibatasi dengan dasar bahwa kebebasan memilih hukum tersebut tentunya mempertimbangkan keterkaitan dengan kontrak.

Perikatan yang timbul dari hubungan hukum melalui penandatanganan *e-contract*, selain mengikat kedua belah pihak atas dasar prinsip *pacta sunt servanda* terhadap kontrak yang dibuat, juga mengikat keduanya pada aturan perundang-undangan yang berlaku atas dasar prinsip dasar supremasi/kedaulatan hukum nasional. Prinsip supremasi/kedaulatan hukum nasional merupakan prinsip fundamental yang mensyaratkan bahwa hukum nasional tidak dapat diganggu gugat keberadaannya. Kekuatan mengikatnya bersifat mutlak. Setiap benda, subjek hukum, perbuatan atau peristiwa hukum termasuk di dalamnya transaksi dagang yang dituangkan ke dalam kontrak yang terjadi di dalam

wilayah suatu negara tunduk secara mutlak pada hukum nasional. Prinsip fundamental supremasi bersifat absolut sehingga tidak dapat dikesampingkan oleh prinsip kebebasan berkontrak. UNIDROIT *Principle of International Commercial Contract* memberi pembatasan pada *freedom of contract* (Huala Adolf, 2011):

“There are of course a number of possible exceptions to the principle laid down in this Article. As concerns the freedom to conclude contracts with any other person, there are economic sectors which States may decide in the public interest to exclude from open competition. In such cases the goods or services in question can only be requested from the one available supplier, which will usually be a public body, and which may or may not be under a duty to conclude a contract with whoever makes a request, within the limits of the availability of the goods or services.”

UNIDROIT mengatur bahwa tentu ada pengecualian terhadap kebebasan berkontrak. Pengecualian kebebasan tersebut yaitu pada sektor ekonomi yang tidak memiliki kompetisi terbuka (*economic sectors where there is no competition*). Kasus tersebut ditemukan pada transaksi barang atau jasa dari satu *supplier* saja.

Perdagangan dengan sistem elektronik yang tidak mengandung unsur asing tentunya tidak mengalami kendala yang rumit terkait keberlakuan peraturan perundang-undangan selain kontrak yang telah disepakati. Kontrak yang memiliki unsur asing memerlukan tambahan kesepakatan terkait aturan yang akan berlaku di luar dari kontrak. Hal tersebut sesungguhnya tidaklah menjadi masalah dengan hadirnya asas kebebasan berkontrak, yang memberikan keleluasaan bagi para pihak untuk menentukan perikatannya masing-masing.

Serta prinsip fundamental otonomi para pihak yang memberikan kebebasan atau kewenangan para pihak dalam menentukan muatan dalam setiap klausul pada kontrak. Namun, hal tersebut perlu menjadi perhatian jika sewaktu-waktu terjadi wanprestasi. Kekuatan hukum mengikat kontrak akan menjadi lemah ketika para pihak tidak mempertimbangkan aturan perundang-undangan yang berlaku bagi kedua belah pihak. Aturan perundang-undangan tersebut akan mempertimbangkan domisili para

pihak serta aturan yang melekat pada objek perikatan (jika objek tersebut berada di luar dari domisili kedua belah pihak).

Proses pembentukan kontrak, sebagai bagian dari suatu proses transaksi, sangat dipengaruhi oleh tradisi hukum masyarakat asal pelaku usaha. Perbedaan utama tradisi *common law* dan *civil law* terkait tradisi berkontrak yaitu pembentukan kontrak. Kontrak pada negara-negara *civil law* dibentuk berdasarkan kesepakatan para pihak dan syarat-syarat lainnya, seperti kapasitas hukum para pihak, objek yang dibenarkan hukum dan tidak bertentangan dengan kepentingan umum. Proses pernyataan sepakat (disebut sebagai *expression of will*), atau pernyataan kehendak para pihak untuk terikat dalam suatu kontrak. Situasi demikian sangat berbeda dengan tradisi *common law* yang meletakkan proses transaksi dan negosiasi (*bargained for exchange*) sebagai dasar penentu sah/tidaknya kontrak.

Suatu transaksi dan kontrak dianggap sah hanya jika dibentuk berdasarkan proses penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*), atau negosiasi yang nyata dan bersungguh-sungguh. Demikian juga pernyataan lainnya, seperti kecukupan konsiderasi (*consideration*) yang merupakan syarat kunci dalam menentukan sah tidaknya kontrak. Cara penentuan sahnya transaksi dan kontrak dalam tradisi *common law* sangat berbeda antara cara penentuan sahnya transaksi dan kontrak berdasarkan tradisi *civil law*. Pertama, kecuali ditentukan secara pasti, suatu penawaran dianggap berlaku untuk jangka waktu tertentu. Kedua, teori kotak pos (*mailbox rule*) tidak berlaku. Ketiga, konsep *consideration* tidak dikenal (Ida Bagus Wyasa Putra, 2017).

Asas kebebasan berkontrak ini menimbulkan dampak positif dan negatif bagi kedua belah. Segi positifnya yaitu para pihak dapat dengan leluasa menentukan klausul dalam perjanjian yang dapat menguntungkan kedua belah pihak. Asas ini mencerminkan setiap manusia memiliki kebebasan. Walaupun seiring perkembangannya, asas kebebasan berkontrak mengalami penyempitan makna atas pertimbangan kepentingan umum, campur tangan pemerintah ke dalam wilayah hukum privat, bahkan penyempitan makna diakibatkan perjanjian baku (*standard*) (Ida Bagus Wyasa Putra, 2017).

Menurut Perrot, kontrak baku mempunyai tiga bentuk. Pertama, pihak sebelumnya telah mempersiapkan untuk menggunakan kontrak sejenis. Langkah ini ditempuh karena kontrak-kontrak tersebut sebelumnya telah terbukti berfungsi dengan baik dan ditetapkan untuk digunakan selanjutnya. Kedua, dikenal dengan sebutan *standard trade terms* (atau syarat-syarat perdagangan yang telah baku). Syarat-syarat perdagangan ataupun juga klausul-klausul seperti biasanya telah dikenal umum atau terkenal dan diakui oleh para pihak. Bentuk ketiga, kontrak-kontrak standar atau mode kontrak (*model contracts*) atau yang telah seragam yang telah diakui oleh sekelompok pedagang atau asosiasi yang kemudian dijadikan acuan bagi kontrak-kontrak lainnya, baik melalui cara meng-*copy* beberapa klausul atau syarat-syarat kontrak untuk digunakan pada kontrak lainnya.

Perjanjian baku mengakibatkan para pihak tidak lagi bebas mengatur sendiri secara timbal balik hak-hak dan kewajiban-kewajiban mereka satu sama lain. Banyak perjanjian yang memuat syarat-syarat baku atau ketentuan yang ditetapkan oleh pihak yang secara ekonomis kedudukannya lebih kuat. Menurut penulis pembatasan makna kebebasan berkontrak dengan alasan kepentingan umum dan campur tangan pemerintah sepatutnya wajar untuk diimplementasikan mengingat manusia tidak hanya memiliki hak pribadi namun juga memiliki tanggung jawab sebagai makhluk sosial. Namun, perjanjian baku yang diakibatkan oleh kedudukan salah satu pihak lebih kuat perlu mempertimbangkan asas keseimbangan dan asas iktikad baik.

Perjanjian baku tidaklah boleh mengenyampingkan asas keseimbangan. Pertimbangan keseimbangan harus merujuk pada tiga aspek yaitu perbuatan para pihak, isi dari kontrak, dan pelaksanaan kontrak. Suatu perbuatan hukum tidak boleh bersumber dari ketidaksempurnaan keadaan jiwa seseorang. Keadaan tidak seimbang dapat terjadi sebagai akibat dari perbuatan hukum yang dengan cara terduga dapat menghalangi pengambilan keputusan atau pertimbangan secara matang. Faktor penghalang yang dimaksudkan yaitu keadaan yang berlangsung lama, seperti ketidakcakapan bertindak (*handelings-onbekwaamheid*) atau perbuatan sebagai akibat dari cacat kehendak

pelaku. Misalnya akibat ancaman (*bedreiging*), penipuan (*bedrog*), atau penyalahgunaan keadaan (*misbruik van omstandigheden*). Penyalahgunaan keadaan dikatakan jika seseorang yang mengetahui atau seharusnya mengerti bahwa orang lain karena keadaan atau kondisi khusus ternyata telah tergerak untuk melakukan atau mendorong (atau melanjutkan) suatu perbuatan hukum tertentu (Herlien Budiono, 2015).

Pada prinsipnya setiap orang bebas untuk menentukan sendiri isi suatu kontrak. Isi kontrak berkenaan dengan apa yang telah dinyatakan para pihak, ataupun maksud dan tujuan yang menjadi sasaran pencapaian kontrak sebagaimana betul dikehendaki para pihak melalui perbuatan hukum tersebut. Sekalipun kebebasan untuk menentukan sendiri isi kontrak serta tidak tercantumnya secara tegas di dalam undang-undang, cakupan asas kebebasan berkontrak dibatasi oleh undang-undang, kesusilaan yang baik, atau ketertiban umum, bisa jadi absah, batal demi hukum, atau kadang dapat dibatalkan.

Suatu perjanjian dengan berdasarkan keadaan tersebut dianggap dapat mengganggu keabsahan dari perjanjian. Pada pelaksanaan kontrak terkadang muncul suatu keadaan khusus (*bijzondere omstandigheden*), baik untuk sebagian maupun seluruhnya tidak terduga sebelumnya, satu kejadian yang menyimpang dari kejadian normal. Keadaan khusus tersebut dapat memunculkan kondisi tidak seimbang berkenaan dengan pelaksanaan perjanjian dan sekaligus menjadi syarat berkenaan dengan pengujian keabsahan perjanjian. Secara umum keadaan demikian dapat dirujuk sebagai situasi yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian (*uitvoeringsomstandigheden*).

Kontrak baku sesungguhnya merupakan penyimpangan dari prinsip kebebasan berkontrak. Kontrak yang menuangkan klausul baku ditunjukkan dengan salah satu pihak telah terlebih dahulu menyusun kontraknya yang diberikan kepada pihak lainnya. Biasanya kontrak baku sifatnya *take it or leave basis*. Keberadaan kontrak standar ini dipandang perlu guna mempersingkat waktu yang dibutuhkan untuk formalitas penutupan dari negosiasi transaksi-transaksi dagang mereka. Schmutthoff menguraikan segi positif dari kontrak baku (Herlien Budiono, 2015):

“The model contract forms have an outstanding characteristic: they are flexible and can easily be adopted to the situation in hand. They are a necessary tool of international trade. The legal draftsman will naturally look for a precedent and nothing will suit him better than to have at his disposal a model form which he can use as aide-memoire of the terms which he has to embody into the contract. It is therefore, comprehensible that the use of model contract forms is widespread in international trade and of the greatest importance.”

Asosiasi dagang yang bersifat internasional misalnya kamar dagang internasional (ICC, Paris) menyusun klausul-klausul standar misalnya bidang arbitrase. FDIC (Federasi para insinyur internasional) menyusun kontrak-kontrak standar di bidang konstruksi. Asosiasi dagang dalam lingkup nasional yang memperkenalkan kontrak-kontrak baku ini misalnya yaitu *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA, London), *the federation of oil, seed and fats association* (FOSFA, London), dan lain-lain. Salah satu pihak yang memiliki kedudukan lebih kuat dalam perdagangan internasional sebaiknya tidak hanya mempertimbangkan dari segi asas keseimbangan terkait ketentuan pada klausul baku. Selain asas keseimbangan, patut pula mempertimbangkan asas iktikad baik (Herlien Budiono, 2015).

Kamus hukum Fockema Andrea dijelaskan bahwa *goode trouw* merupakan semangat yang menjiwai para peserta dalam suatu perbuatan hukum atau tersangkut dalam suatu hubungan hukum. Wirjono Prodjokiro memberikan batasan iktikad baik dengan istilah dengan jujur atau secara jujur. Sementara itu *Black’s Law Dictionary* memberi rumusan (Agus Yudha Hernoko, 2010):

“Good Faith is an intangible and abstract quality with no technical meaning or statutory definition, and it compasses, among other things, an honest belief, the absence of malice and the absence of design to defraud or to seek an unconscionable advantage, and individual’s personal good faith is concept of his own mind and inner spirit and, therefore, may not conclusively be determined by his protestations alone. ... In common usage this term is

ordinarily used to describe that state of mind denoting honesty of purpose, freedom from intention to defraud, and generally speaking, means being faithful to one's duty or obligation."

P.L. Werry, Arthur S. Hartkamp, dan Amrienne M. M. Tillem, merumuskan fungsi utama iktikad baik yaitu (Agus Yudha Hernoko, 2010):

- a. kontrak wajib ditafsirkan berdasarkan iktikad baik (iktikad baik sebagai asas hukum umum). Hal tersebut menunjukkan bahwa kontrak harus ditafsirkan secara patut dan wajar (*fair*).
- b. Fungsi menambah atau melengkapi (*aanvullende werking van de goede trouw*). Berdasarkan prinsip Iktikad baik diperkenankan menambah isi atau kata dalam perjanjian apabila ditemukan hak dan kewajiban yang timbul di antara para pihak yang tidak secara tegas dicantumkan ke dalam kontrak. Menurut P. L. Werry hal ini terkait dengan pelaksanaan kontrak sebagaimana putusan *Hoge Raad* tanggal 10 Februari 1921 dalam perkara persaingan antara pengurus firma yang bertentangan dengan iktikad baik. Demikian pula dalam putusan *Hoge Raad* tanggal 13 Maret 1964, NJ 1964, 188, dalam perkara pelaksanaan kontrak penanggungan (*borgtocht*) yang mewajibkan kreditor untuk memperhatikan iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak.
- c. Fungsi membatasi atau meniadakan (*beperkende en derogerende werking van de goede trouw*). Pembatasan dan peniadaan dapat diimplementasikan jika ditemukan alasan-alasan yang amat penting (*alleen in spreekende gevallen*). Putusan *Hoge Raad* yang membatasi atau meniadakan daya kerja kontrak dapat dicermati dalam kasus *Stork v. N. V. Haarlemshe Katoen Maatschappij (Sarong Arrest)*, HR 8 Januari 1926, NJ 1926, 203, *Mark is Mark Arrest*, HR 2 Januari 1931 serta *Saladin v. Hollandsce Bank Unie (HBU) Arrest*, tanggal 16 Mei 1967. *Hoge Raad* dan NBW dalam menerapkan fungsi ini hanya terhadap kasus-kasus yang pelaksanaan menurut kata-kata kontrak tersebut sungguh-sungguh tidak dapat diterima karena tidak adil. Rasio penerapan ini dapat

dipahami karena merupakan penyimpangan (perkecualian) terhadap asas *pacta sunt servanda*.

Walaupun iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak telah berkembang sejak dahulu, namun hingga saat ini masih ditemukan sejumlah permasalahan yang memerlukan solusi. Secara umum penerapan iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak menimbulkan dua permasalahan hukum. Pertama, berkaitan dengan standar hukum (*legal test*) yang harus digunakan oleh hakim untuk menentukan ada tidaknya iktikad baik dalam kontrak. Kedua, fungsi iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak. Ruang lingkup pengaturan iktikad baik dalam berbagai sistem hukum umumnya hanya mencakup iktikad baik dalam fase pelaksanaan kontrak, belum mencakup fase pra kontrak (Agus Yudha Hernoko, 2010):

1. *Civil Code* Perancis

Civil Code Perancis merupakan kitab undang-undang pada era modern yang pertama kali mengatur iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak. Pasal 1134 ayat (3) *Civil Code* Perancis mengatur bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan iktikad baik (*contract doivent etre executes de bonne foi*). Isi pasal ini mengacu kepada konteks iktikad baik (*bonne foi*) sebagai suatu sikap di mana para pihak diharapkan melaksanakan kontrak mereka. Dengan ketentuan ini, berarti hukum Perancis menolak pembedaan antara *stricti iuris* dan *negotia bona fides* dalam hukum Romawi. Dengan penolakan yang demikian, maka Pasal 1135 *Civil Code* Perancis mewajibkan keterikatan para pihak untuk tidak hanya terikat pada apa yang secara tegas mereka perjanjikan, tetapi juga kepada kepatutan (*equite*), kebiasaan, atau hukum yang memberikan suatu kewajiban menurut hakikat (*nature*) kontrak mereka itu.

2. Pasal 1374 ayat (3) BW (lama) Belanda (Pasal 1338 ayat (3) BW Indonesia) mengatur bahwa kontrak harus dilaksanakan dengan iktikad baik (*zij moten te goeder trouw worden ten uitvoer verklaart*). Kewajiban ini kemudian dilanjutkan Pasal 1375 (Pasal 1339 BW Indonesia) yang mengatur bahwa kontrak tidak hanya mengikat terhadap apa yang secara tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga kepada segala sesuatu yang menurut sifat kontrak diharuskan oleh

kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang (*overeenkomsten verbinden niet alleen tot datgene hetwelk uitdrukkelijk bij dezelve bepaald is, maar ook tot al hetgeen dat, maar den aard van dezelve overeenkomsten, door de billijkheid, het gebruik, of de wet, word gevorderd*). Berkaitan dengan kebiasaan, Pasal 1383 BW (lama) Belanda (Pasal 11347 BW Indonesia) mengatur bahwa hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan dianggap secara diam-diam dimasukkan ke dalam kontrak meskipun tidak secara tegas diperjanjian (*bestentendig gebruikelijke bedingen worden geacht stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, soon dezelve darbij niet zijn uitgedrukt*). Berdasarkan ketentuan di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa urutan kekuatan mengikatnya kontrak yaitu isi kontrak itu sendiri, kepatutan atau iktikad baik, kebiasaan, dan undang-undang.

3. Dalam *Bürgerliches Gesetzbuch* (kode sipil Jerman, disingkat BGB), permasalahan perilaku kontraktual yang diharapkan dari para pihak dalam pelaksanaan kontrak terdapat dalam Pasal 242 BGB. Pasal tersebut menentukan *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rucksticht auf die Verkehrsstille es erfordern*. Pasal tersebut menunjukkan bahwa untuk menyebut iktikad baik dalam kontrak, BGB menggunakan terminologi lain yakni *Treu und Glauben*. Istilah *bona fides* digantikan *Treu und Glauben*, sehingga memberikan ekspresi yang lebih Jermanik. Penggantian istilah tersebut didasarkan pada alasan ketika BGB diancang dihubungkan dengan *great respect for then prevailing nationalistic feeling, which led to the abandonment of expression of Roman origin*.
4. Sumber utama legislasi yang berkaitan dengan iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak dalam hukum kontrak Amerika Serikat ditemukan dalam UCC. UCC ini telah diterima atau diadopsi oleh hukum (legislasi) negara-negara bagian dan diterima pula oleh pengadilan. Selain terdapat dalam UCC, pengaturan iktikad baik tersebut ditemukan dalam *the Restatement of Contract (second)*. Khusus untuk negara bagian Louisiana, legislasi kewajiban iktikad baik dalam pelaksanaan kontrak terdapat dalam *the Louisiana Civil Code*.

Pengaturan kewajiban iktikad baik pelaksanaan kontrak dalam *Lousiana Civil Code* tersebut mengikuti isi Pasal 1134 ayat (3) dan 1135 *Civil Code* Perancis.

Ketentuan-ketentuan di atas mewajibkan adanya iktikad baik sebagai suatu perilaku kontraktual yang diharapkan para pihak dalam pelaksanaan kontrak. Walaupun ada kewajiban umum iktikad baik, tetapi semua ketentuan tersebut tidak menyebutkan atau menentukan standar atau tes apa yang harus digunakan untuk menilai iktikad baik tersebut. Sehingga penggunaan standar tersebut lebih banyak didasarkan kepada sikap pengadilan doktrin-doktrin yang dikembangkan para pakar hukum.

Sebagian besar sistem hukum kontrak yang berlaku, seperti hukum kontrak Jerman dan hukum kontrak Belanda, mengatur bahwa iktikad baik dikategorikan dalam dua bagian yaitu iktikad baik subjektif dan iktikad baik objektif. Standar atau tes bagi iktikad baik pelaksanaan kontrak menggunakan standar objektif. Berdasarkan hukum kontrak, definisi dari sebuah tindakan atas iktikad baik mengacu kepada ketaatan akan *reasonable commercial standard of fair dealing*, yang menurut legislator Belanda disebut bertindak sesuai dengan *redelijkheid en billijkheid (reasonableness and equity)*. Hal tersebut menunjukkan karakteristik dari standar objektif. Jika salah satu pihak bertindak secara tidak masuk akal dan tidak patut *will not be a good defense to say that honestly believed his conduct to be reasonable an inequitable*.

Berdasarkan *Article 1.7* UPICs mengatur bahwa *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. The parties may not exclude or limit this duty*. Prinsip iktikad baik dalam UNIDROIT tertuang di dalam beberapa pasal, hal tersebut menunjukkan bahwa iktikad baik dan transaksi yang adil dapat dianggap sebagai salah satu prinsip fundamental dalam perdagangan internasional. Tujuan utama dari prinsip iktikad baik yaitu menciptakan suatu keadaan yang adil dalam transaksi dagang internasional, pasal tersebut mengatur bahwa:

“... even in the absence of special provisions in the Principles the parties’ behaviour throughout the life of the contract, including the negotiation process, must conform to good faith and fair dealing.”

Berdasarkan Restatement dari *Article 1.7* tersebut terdapat tiga unsur prinsip iktikad baik dan transaksi jujur yaitu:

- a. Iktikad baik dan transaksi jujur merupakan prinsip dasar yang mendasari sebuah kontrak;
- b. Prinsip iktikad baik dan transaksi jujur dalam UPICCs diimplementasikan pada transaksi perdagangan internasional; dan
- c. Prinsip iktikad baik dan transaksi jujur tentulah bersifat memaksa.

Suatu pihak tidak boleh berperilaku inkonsisten yang dapat menimbulkan kerugian terhadap pihak lain. Pasal 1.8 UPICCs menentukan bahwa suatu pihak tidak dapat bertindak berbeda dengan suatu keadaan yang menurut pengertian umum telah menjadi sebab bagi pihak lainnya untuk dan berdasarkan hal mana pihak dimaksud secara rasional telah melakukan tindakan yang kemudian ternyata merugikan dirinya.

Ketentuan tersebut bermakna jika kerugian demikian terjadi akibat perbuatan tidak konsisten itu, maka pihak yang bersangkutan harus bersikap konsisten terhadap tindakan inkonsisten yang mengakibatkan kerugian terhadap pihak lainnya. Pihak yang berperilaku tidak konsisten harus bertanggung jawab terhadap kerugian yang timbul dari akibat perbuatannya. Tindakan inkonsisten itu sendiri merupakan dasar bagi pihak yang dirugikan untuk mengajukan klaim untuk pemulihan keadaannya ke keadaan semula sebagaimana jika tindakan tidak konsistensi tersebut terjadi.

Dalam UPICC dan RUU kontrak (ELIPS), substansi iktikad baik diatur dalam Pasal 1.7 dan 2.15, yang menekankan perlunya iktikad baik dan kejujuran (*good faith and fair dealing*) dan melarang adanya proses perundingan kontrak yang didasari iktikad buruk. Meskipun penekanan perlunya iktikad baik dan kejujuran (*good faith and fair dealing*) pada ketentuan tersebut diletakkan pada proses perundingan kontrak, namun tidak berarti pada proses berikutnya (*i.e.* pelaksanaan kontrak) iktikad baik dikesampingkan. Iktikad baik seyogyanya diartikan dan diimplementasikan pada seluruh proses kontrak. Pelaku bisnis tidak diperkenankan melakukan tindakan yang merugikan pihak lain, memanfaatkan kelalaian sehingga berakibat menguntungkan salah satu

pihak. Oleh sebab itu, iktikad baik dalam kontrak tidak hanya dinilai melalui penggunaan kata-kata yang disusun oleh para pihak. Namun, hakim dapat mengintervensi terhadap kebebasan berkontrak para pihak dengan dalil prinsip iktikad baik. Prinsip iktikad baik dianggap mampu menjadi dasar dalam pijakan berpikir atas penafsiran kontrak dengan mengevaluasi kata-kata dalam kontrak hingga tindakan yang sesungguhnya bertentangan dengan kata-kata dalam kontrak namun dilaksanakan atas dalil keadilan dan iktikad baik. Iktikad baik yang berkolerasi dengan keadilan akan menjadi keniscayaan apabila diterapkan secara proporsional (Agus Yudha Hernoko, 2010).

Oleh sebab itu, Penulis setuju dengan pendapat Agus Yudha Hernoko yang menganggap seluruh prinsip dalam hukum kontrak internasional merupakan satu kesatuan yang saling mendukung dan melengkapi. Seluruh prinsip tersebut berfungsi secara *check and balance*. Prinsip kebebasan berkontrak, prinsip konsensualisme, prinsip daya mengikat kontrak, prinsip *pacta sunt servanda*, iktikad baik serta prinsip proporsionalitas mempunyai fungsi sebagai dasar pijakan berpikir dalam menyusun kontrak. Terkait hubungan antar prinsip dalam hukum kontrak, menurut pendapat Agus Yudha, kedudukan prinsip proporsionalitas merupakan prinsip pokok yang mandiri dan berdiri setara dengan asas-asas pokok hukum kontrak yang lain. Hal ini didasari pada karakteristik serta fungsi asas proporsionalitas. Fungsi dan daya kerja masing-masing asas dalam kontrak membentuk sistem *check and balance* sesuai dengan proporsinya. Seluruh prinsip berfungsi pada bagiannya masing-masing secara proporsional. Hal tersebut bertujuan untuk menghasilkan sebuah kontrak yang ideal (Agus Yudha Hernoko, 2010).

J. M. Van Dunne membagi tahapan kontrak dalam tiga tahap yakni fase pra kontrak (*precontractuele fase*), fase pelaksanaan kontrak (*contractuele fase*), dan fase pasca kontrak (*postcontractuele fase*). Iktikad baik seyogyanya telah diterapkan sejak fase pra kontrak. Pada fase pra kontrak para pihak mulai melakukan negosiasi hingga mencapai kesepakatan dan fase pelaksanaan kontrak. Implementasi iktikad baik

dalam fase pra kontrak wajib dilaksanakan pada fase selanjutnya yaitu pelaksanaan kontrak (Ridwan Khairandy, 2014).

Dalam simposium Hukum Perdata Nasional yang diselenggarakan Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) iktikad baik hendaknya diartikan sebagai (Ridwan Khairandy, 2014):

- a. Kejujuran pada waktu membuat kontrak.
- b. Pada tahap pembuatan perlu ditekankan, apabila kontrak dibuat di hadapan pejabat, para pihak dianggap beriktikad baik (meskipun ada juga pendapat yang menyatakan keberatannya).
- c. Sebagai kepatutan dalam tahap pelaksanaan, yaitu terkait suatu penilaian baik terhadap perilaku para pihak dalam melaksanakan apa yang telah disepakati dalam kontrak, semata-mata bertujuan untuk mencegah perilaku yang tidak patut dalam pelaksanaan kontrak tersebut.

Pengaturan substansi iktikad dalam NBW tercantum dalam ketentuan Pasal 6:2 dan 6:248 (1) NBW. Ketentuan tersebut telah menghapus dualisme penggunaan istilah *goede trouw*. Pengertian iktikad baik sebagaimana dimaksud Pasal 1338 (3) BW diartikan *redelijkheid en billijkheid*, sedangkan untuk istilah *goed trouw* sebagaimana dimaksud Pasal 1963 BW dan 1977 BW tetap menggunakan istilah *goede trouw*. Menurut Arthur S. Hartkamp, pembentuk undang-undang telah membedakan iktikad baik dalam makna ketaatan akan *reasonable commercial standard of fair dealing* dari iktikad baik dalam makna *honesty in fact*. Mencegah timbulnya kebingungan, dalam NBW menggunakan istilah iktikad baik dalam makna yang pertama di mana iktikad baik kemudian dikarakteristikan sebagai *reasonableness (redelijkheid)* dan *equity (billijkheid)* (Ridwan Khairandy, 2014).

Menurut Arthur S. Hartkamp, terdapat dua model pengujian tentang ada atau tidaknya iktikad baik dalam kontrak yaitu pengujian objektif (*objective test*) dan pengujian subjektif (*subjective test*). Pengujian objektif (*objective test*) pada umumnya dikaitkan dengan kepatutan, artinya salah satu pihak tidak dapat membela diri dengan mengatakan bahwa ia telah bertindak jujur manakala ternyata ia tidak bertindak secara patut.

Sementara itu pengujian subjektif terhadap kewajiban iktikad baik dikaitkan dengan keadaan karena ketidaktahuan (*lack of notice*). Memang diakui bahwa untuk memahami iktikad baik bukan hal yang mudah. Pada kenyataannya iktikad baik acap kali tumpang tindih dengan kewajaran dan kepatutan (*redelijkheid en billijkheid; reasonableness and equity*). Iktikad baik terkandung kepatutan, demikian pula dalam pengertian kepatutan terkandung iktikad baik. Oleh karena itu dalam praktik pengadilan, iktikad baik dan kepatutan dipahami sebagai asas atau prinsip yang saling melengkapi (*complementary*) (Ridwan Khairandy, 2014).

Iktikad baik subjektif (*subjectieve goede trouw*) berkaitan dengan hukum benda (*bezit*). Berdasarkan hal tersebut lahirlah istilah pemegang yang beriktikad baik atau pembeli barang yang beriktikad baik dan sebaiknya orang yang beriktikad buruk. Seorang pembeli yang beriktikad baik merupakan seseorang yang membeli barang dengan penuh kepercayaan bahwa penjual benar-benar pemilik dari barang yang dijualnya itu. Pembeli tidak mengetahui bahwa ia membeli barang dari orang yang bukan pemiliknya, sehingga dapat dikatakan sebagai seorang pembeli yang jujur. Hukum benda, iktikad baik diartikan sebagai kejujuran. Pembeli yang beriktikad baik merupakan orang jujur yang tidak mengetahui adanya cacat yang melekat pada barang yang dibelinya itu. Artinya cacat mengenai asal usulnya. Dalam hal ini, iktikad baik merupakan suatu elemen subjektif. Iktikad baik yang subjektif ini berkaitan dengan sikap batin atau kejiwaan (*psychische gestelheid*) yakni apakah yang bersangkutan menyadari atau mengetahui bahwa tindakan bertentangan atau tidak dengan iktikad baik.

KESIMPULAN

Terdapat dua model pengujian tentang ada atau tidaknya iktikad baik dalam kontrak yaitu pengujian objektif (*objective test*) dan pengujian subjektif (*subjective test*). Pengujian objektif (*objective test*) pada umumnya dikaitkan dengan kepatutan, artinya salah satu pihak tidak dapat membela diri dengan mengatakan bahwa ia telah bertindak jujur manakala ternyata ia tidak bertindak secara patut. Sementara itu pengujian subjektif terhadap kewajiban iktikad baik dikaitkan dengan keadaan karena ketidaktahuan (*lack of notice*). Memang diakui bahwa

untuk memahami iktikad baik bukan hal yang mudah. Pada kenyataannya iktikad baik acap kali tumpang tindih dengan kewajaran dan kepatutan (*redelijkheid en billijkheid; reasonableness and equity*).

DAFTAR PUSTAKA

- Agus Yudha Hernoko.(2010). *Hukum Perjanjian (Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial)*. Surabaya : Kencana.
- Deepak Verma, Anshu Banwari, dan Neerja Pande, *Online Dispute Resolution*, DOI:10.5772/intechopen.76032,September,2018
<https://www.intechopen.com/books/digital-communication-management/online-dispute-resolution>
- Herlien Budiono.(2015). *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia*. Bandung : Citra Aditya Bakti.
<https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview/>
<https://repositori.usu.ac.id/handle/123456789/13902>
<https://simpus.mkri.id/opac/detail-opac?id=6176>
https://etd.repository.ugm.ac.id/home/detail_pencarian/36920
<https://bphn.go.id/data/documents/pk-2012-2.pdf>
<https://academic.oup.com/ulr/article/23/1/15/4944890>
- Ida Bagus Wyasa Putra.(2017). *Prinsip-prinsip berkontrak dalam tradisi common law dan civil law*. Bandung : Refika Aditama.
- Suprihantosa Sugiarto, *Online Dispute Resolution (ODR) sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Di Era Modernisasi*, Jurnal Qawanin, Vol. Nomor 1, Januari-Juni 2019.
- Yasmin Ismail(2020). *E-commerce in the World Trade Organization, International Institute for Sustainable Development and CUTS International*, Geneva.
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf.
- <https://www.sirclo.com/menilik-tren-perkembangan-e-commerce-Indonesia-di-2020/>
- <https://www.jawapos.com/teknologi/20/02/2018/apjii-pengguna-internet-Indonesia-tembus-143-juta-ini-rinciannya>.
- <http://odr.info/history/>.
- <https://ejournal.warmadewa.ac.id/index.php/analogihukum>.
- <https://law.uui.ac.id/penerapan-asas-perjanjian-pada-kontrak-elektronik>.
- <http://jurnal.una.ac.id/index.php/cj/article/view/2268>.