

REFLEKSI TEORETIK *E-CONTRACT*: HUKUM YANG BERLAKU DALAM SENGKETA TRANSAKSI BISNIS INTERNASIONAL YANG MENGGUNAKAN *E-COMMERCE*

Oleh: M. Alvi Syahrin¹

Abstrak

Perkembangan teknologi informasi pada awal abad dua puluh satu ini telah menyebabkan terjadinya hubungan dunia tanpa batas. Salah satu produk dari meningkatnya intensitas teknologi informasi adalah perdagangan elektronik (*e-commerce*) yang kemudian juga diterapkan pada transaksi bisnis internasional. Hal ini tentunya telah mengubah paradigma sistem perdagangan di dunia yang sebelumnya serba konvensional menjadi non-konvensional. Konflik dan sengketa dalam transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce* bukanlah suatu hal yang baru. Namun, mengingat sengketa yang akan diselesaikan tersebut akan melibatkan beberapa negara, maka timbul beberapa permasalahan faktual. Adapun permasalahan yang akan diteliti adalah terkait dengan hukum apakah yang berlaku dalam penyelesaian sengketa transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce*. Berdasarkan hasil temuan, maka dapat disimpulkan bahwa hukum yang berlaku adalah hukum yang dipilih oleh para pihak (pilihan hukum) sebagaimana yang diatur dalam kontrak elektronik internasional yang mereka buat. Pilihan hukum tersebut dapat dilakukan secara tegas ataupun secara diam-diam. Penerapan metode hukum yang berlaku ini diatur dalam ketentuan Pasal 7 Konvensi Hague dan Pasal 3 ayat (1) Konvensi Roma yang mengatur hal serupa. Namun bila tidak diatur, maka hukum yang berlaku adalah hukum yang mengacu pada hukum penjual, yang didasarkan atas *the Most Characteristic Connection Theory* (asas Hukum Perdata Internasional) sebagaimana yang diatur dalam Pasal 8 Konvensi Hague serta Pasal 4 ayat (1) dan (2) Konvensi Roma.

Kata Kunci: *E-Contract*, *E-Commerce*, Hukum yang Berlaku, Transaksi Bisnis Internasional

Abstract

In the last 21st century, the development of information technology has caused the borderless world connection. One of that product is electronic commerce (e-commerce) which also applied in international bussiness transaction (international trading transaction). Consequently, it has changed trading system in the world, where is adhered conventional before to non-conventional trading now. Conflict and bussiness dispute also occured in international trading transaction which used e-commerce. But, we must remember that the dispute of it will be involving some countries in the world. So that is why it can rise some factual problems in that implementation. Therefore, the problem which will researched in this paper are: what is the applicable law that applied in the resolution of international trading which used e-commerce and what is the qualified forum that applied in the resolution of international trading which used e-commerce. Based on the result, the conclusions are: the applicable law in this dispute resolution is the law which choosed by the parties (the choice of law) in their electronic international contract. In practically, it is not only the clearly choice of law but also imply choice of law. Application of the method applicable law is regulated in the provisions of Article 7 and Hague Convention Article 3 (1) of the Rome

¹ Mahasiswa Program Studi Doktor Ilmu Hukum (S-3) Universitas Borobudur. Saat ini bertugas sebagai Pejabat Imigrasi pada Direktorat Jenderal Imigrasi, Kementerian Hukum dan HAM RI.

Convention. But if not regulated, the applicable law is the law of the seller, which is based on the Most Characteristic Connection Theory (Principle of International Law), as stipulated in Article 8 of Hague Convention and Article 4 paragraph (1) and (2) of the Rome Convention.

Keywords: E-Contract, E-Commerce, The Applicable Law, International Business Transaction

A. Pendahuluan

Perkembangan teknologi informasi² pada awal abad dua puluh satu ini telah menyebabkan informasi dapat bergerak dengan cepat. Informasi mengalir dari suatu lokasi ke lokasi lain tanpa dibatasi oleh jarak di antara lokasi-lokasi itu sendiri.³ Perkembangan teknologi informasi dan komunikasi semacam ini telah pula menyebabkan hubungan dunia menjadi tanpa batas (*borderless*)⁴ dan menyebabkan perubahan sosial, ekonomi, dan budaya secara signifikan berlangsung sedemikian cepat.⁵ Tidak hanya itu, pemanfaatannya pun telah semakin meluas sehingga memasuki hampir semua segi kehidupan.⁶

Salah satu produk inovasi teknologi telekomunikasi adalah internet⁷ (*interconnection*

networking), yaitu koneksi antar jaringan komputer. Internet yang merupakan implementasi dari *Transmission Control Protocol* atau *Internet Protocol (TCP* atau *IP*) telah memberikan kemudahan dalam berkomunikasi secara global tanpa batasan geografis antar negara. Komunikasi tersebut dapat meliputi komunikasi antar pribadi dengan menggunakan *elektronik mail (e-mail)* atau tayangan informasi bebas baca yang disebut sebagai *World Wide Web* atau yang disingkat *WWW* atau lebih singkat disebut *Web*.⁸

Di Indonesia, terjadi peningkatan penggunaan internet secara masif, yang secara tidak langsung berdampak besar bagi perkembangan dunia bisnis. Sebagaimana diketahui bahwa dewasa ini aplikasi internet telah memasuki berbagai segmen aktivitas manusia baik dalam sektor politik sosial, budaya, maupun ekonomi dan bisnis. Dalam bidang perdagangan, internet mulai banyak dimanfaatkan sebagai media aktivitas bisnis terutama karena kontribusinya terhadap efisiensi.⁹ Aktivitas perdagangan melalui media internet ini terkenal dengan sebutan *electronic commerce (e-commerce)*.¹⁰ *E-commerce* tersebut terbagi atas dua segmen, yaitu *business to business e-commerce* (perdagangan antar pelaku

² Menurut Ade Maman Suherman, teknologi informasi dikategorikan sebagai revolusi industri tahap ketiga (tahun 1950-sekarang), setelah sebelumnya revolusi industri pertama (tahun 1760-1840) dan revolusi industri kedua (tahun 1840-1950). Pada masa revolusi industri tahap ketiga ini, semua tingkatan masyarakat industri sangat bergantung pada kegiatan ekonomi yang berbasis informasi, dimana peranan teknologi komputer memiliki peranan yang sangat menentukan, seperti halnya semakin banyaknya praktik bisnis yang sangat bergantung pada IT (*Information Technology*), khususnya komputer. Lihat Ade Maman Suherman, 2001, *Aspek Hukum dalam Ekonomi Global*, Jakarta: Ghalia Indonesia, hlm. 178.

³ Ade Maman Suherman dalam Yahya Ahmad Zein, 2009, *Kontrak Elektronik dan Penyelesaian Sengketa Bisnis E-Commerce: Dalam Transaksi Nasional dan Internasional*, Bandung: Mandar Maju, hlm. 1

⁴ Baca Ahmad M. Ramli, 2006, *Cet-2, Cyberlaw dan HAKI dalam Sistem Hukum Indonesia*, Bandung: PT. Refika Aditama, hlm. 1

⁵ Periksa Indonesia, Undang-Undang tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, UU No. 11 Tahun 2008, LN Tahun 2008 Nomor 58, TLN Nomor 4843 (selanjutnya disebut UU ITE), Penjelasan.

⁶ M. Arsyad Sanusi, 2005, *Hukum Teknologi Informasi*, Cet-3, Tim KemasBuku, (selanjutnya disebut M. Arsyad Sanusi I), hlm. 1

⁷ Secara singkat, internet adalah sebuah alat penyebaran informasi secara global, sebuah mekanisme penyebaran informasi dan sebuah media untuk berkolaborasi dan ber-

interaksi antar individu dengan menggunakan komputer tanpa terhalang batas geografis. Periksa Rieyke Ustadianto, 2001, *Framework E-Commerce*, Cet-1, Yogyakarta: Penerbit Andi, hlm. 1; Sementara itu, SP Hariningsih, mengemukakan bahwa internet adalah media komunikasi alternatif yang dalam batas-batas pemakaian tertentu dapat digunakan untuk menggantikan media komunikasi tradisional, seperti pos, telepon, dan fax. Baca SP Hariningsih, 2005, *Teknologi Informasi*, Jakarta: Graha Ilmu, hlm. 125

⁸ Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 3

⁹ *Indonesia Corruption Watch (ICW)* merilis temuan barunya bahwa pengadaan barang dan jasa dengan cara *online* (internet) lebih hemat biaya 30% dibanding manual. Dimuat dalam *Running Text* pada acara Metro Hari Ini pada hari Jum'at, 28 Mei 2010, Pukul 17.25 WIB

¹⁰ Baca Mieke Komar Kantaatmadja *et. al.*, 2002, *Cyberlaw: Suatu Pengantar (Seri Dasar Hukum Ekonomi)*, Bandung: ELIPS II, hlm. 28

usaha) dan *business to consumer e-commerce* (perdagangan antar pelaku usaha dengan konsumen).¹¹

B. Refleksi E-Contract terhadap E-Commerce

Diskursus *e-contract* tentunya tidak terlepas dari *e-commerce*. *E-commerce* hadir karena adanya eksistensi *e-contract* di dalamnya. Setiap aktivitas bisnis tentu tidak terlepas dengan kontrak di dalamnya. Begitu juga dengan *e-contract*. Sebagai inovasi baru atas relasi teknologi informasi, *e-contract* menjadi suatu elemen penting untuk terselenggaranya *e-commerce*. Layaknya perdagangan konvensional yang membutuhkan persetujuan (baca: kontrak), *e-commerce* pun demikian.

C. Apa itu E-Commerce?

Sistem perdagangan dengan memanfaatkan sarana internet, yang selanjutnya disebut *e-commerce* telah mengubah tatanan transaksi bisnis di Indonesia. Selain disebabkan oleh adanya perkembangan teknologi informasi, *e-commerce* lahir atas tuntutan masyarakat terhadap pelayanan yang serba cepat, mudah dan praktis melalui internet. Sehingga masyarakat memiliki ruang gerak yang cukup luas dalam memilih produk (barang dan jasa) yang akan dipergunakan tentunya dengan berbagai kualitas dan kuantitas sesuai dengan yang diinginkan.¹²

E-commerce seringkali diartikan sebagai jual beli¹³ barang dan jasa melalui media elektronik, khususnya melalui internet. Di Indonesia, *e-commerce* itu sendiri sudah dikenal sejak tahun 1996 dengan munculnya situs <http://www.samud.com> sebagai toko buku *on-line* pertama.¹⁴ Memasuki awal tahun 2000-an, maka mulai ber-

munculan situs-situs *on-line* lainnya, seperti *net-market.com*, *amazon.com*, dan *plasa.com*.

Dari uraian di atas, dapat diperhatikan bahwa perkembangan teknologi informasi dalam dunia ekonomi, disadari atau tidak disadari telah memberikan dampak terhadap perkembangan hukum. Bahkan, perkembangan teknologi informasi yang telah melahirkan model transaksi baru dalam dunia perdagangan internasional pun tidak luput dari timbulnya suatu sengketa dalam transaksi bisnis tersebut.

D. Isu Hukum dalam E-Commerce

Urgensi dari permasalahan ini adalah karena transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce* sangat membutuhkan jaminan kepastian hukum dan perlindungan hukum yang kuat. Apakah itu terkait dengan dasar hukumnya ataupun penyelesaian hukum apabila terjadi sengketa. Dikarenakan sifatnya sangat bergantung pada kepercayaan (*trust*) dari para pihak, maka transaksi bisnis internasional ini sangat rentan untuk terjadinya konflik.

E. Hukum yang Berlaku dalam Penyelesaian Sengketa Transaksi Bisnis Internasional yang Menggunakan E-Commerce

Masalah hukum yang berlaku¹⁵ dalam penyelesaian sengketa transaksi bisnis yang menggunakan *e-commerce* adalah salah satu masalah krusial dalam Hukum Kontrak Internasional termasuk juga dalam Hukum Perdagangan Internasional. Masalahnya adalah hukum yang berlaku ini akan menjadi penentu kepastian hukum terutama bagi badan peradilan bahwa ia telah menetapkan hukumnya dengan benar.¹⁶

Dalam Pasal 18 ayat (2) dan (3) Undang-undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UUITE) pada dasarnya telah mengatur hukum yang berlaku dalam penyelesaian sengketa transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce*. Pasal 18 ayat (2) menyatakan bahwa "para pihak memi-

¹¹ Yahya Ahmad Zein, *Loc. cit*; Lihat juga Didik M. Arief Mansur dan Elisatiris Gultom, *Op. cit*, hlm. 150-152

¹² Didik J. Rachbini dalam Didik M. Arief Mansur dan Elisatiris Gultom, *Cyber Law: Aspek Hukum Teknologi Informasi*, Cet-2, Bandung: PT. Refika Aditama, hlm. 144

¹³ Menurut Pasal 1457 KUHPerduta, Jual beli adalah suatu persetujuan dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk menyerahkan suatu kebendaan, dan pihak yang lain untuk membayar harga yang telah dijanjikan. Lihat *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek)* diterjemahkan oleh R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, 1983, Cet-16, Jakarta: Pradnya Paramita, hlm. 327

¹⁴ Didik M. Arief Mansur dan Elisatiris Gultom, *Loc. cit*

¹⁵ Hukum yang berlaku ini mencakup beberapa macam hukum, di antaranya: (i) hukum yang diterapkan dalam hal terhadap pokok sengketa (*applicable substantive law* atau *lex causae*); dan (ii) hukum yang akan berlaku untuk proses persidangan yang akan dilaksanakan dalam penyelesaian perselisihan atau sengketa yang terjadi antara para pihak. Baca Yahya Ahmad Zein, *Op.cit*, hlm. 124

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 123

liki kewenangan untuk **memilih hukum yang berlaku** bagi Transaksi Elektronik internasional yang dibuatnya” (cetak tebal dilakukan penulis). Kemudian Pasal 18 ayat (3) menegaskan bahwa “jika para pihak tidak melakukan pilihan hukum dalam Transaksi Elektronik internasional, hukum yang berlaku didasarkan pada **asas-asas Hukum Perdata Internasional**” (cetak tebal dilakukan penulis).

Mengingat karakteristik yang melekat pada transaksi elektronik internasional ini adalah melintasi batas negara dalam dunia maya, maka akan mengakibatkan persoalan hukum yang berlaku menjadi lebih rumit lagi. Sehingga timbul pertanyaan, apakah doktrin-doktrin atau asas-asas konvensional dalam Hukum Perdata Internasional (HPI) dapat diterapkan dalam transaksi jenis ini.

Untuk mencari hukum yang berlaku dalam suatu kontrak yang mengandung unsur-unsur asing atau HPI dapat dipergunakan bantuan titik-titik pertalian atau titik taut sekunder¹⁷, di antaranya adalah pilihan hukum (*choice of law*)¹⁸, tempat ditandatanganinya kontrak, atau tempat dilaksanakannya kontrak.

F. Hukum yang Berlaku: Pilihan Hukum Para Pihak

Pada prinsipnya hukum yang berlaku di dalam kontrak yang mengandung HPI tersebut adalah **hukum yang dipilih sendiri oleh para pihak (pilihan hukum-choice of law)**. Jika pilihan hukum tersebut tidak ditemukan dalam kontrak yang bersangkutan, dapat digunakan bantuan titik-titik taut sekunder lainnya.

Para pihak memang diberikan kebebasan untuk menentukan sendiri hukum mana yang berlaku terhadap kontrak elektronik internasio-

nalnya tersebut. Inilah yang disebut dengan prinsip kebebasan berkontrak, yang dalam bahasa Inggris disebut dengan istilah “*Party Autonomy*” atau “*Freedom of Contract*”.¹⁹

Sesuai dengan asas kebebasan berkontrak, maka para pihak dalam suatu perjanjian atau kontrak bebas menentukan isi dan bentuk suatu perjanjian, termasuk untuk menentukan pilihan hukum.²⁰ Kemudian apa yang telah disepakati oleh kedua belah pihak tadi berlaku sebagai undang-undang bagi kedua belah pihak dalam suatu kontrak.²¹ Perlu diketahui bahwa kebebasan para pihak dalam suatu kontrak internasional untuk menundukkan kontrak mereka pada suatu sistem hukum nasional tertentu, praktis merupakan prinsip yang diakui secara universal dan bahkan suatu kontrak internasional yang tidak memuat sebuah *choice of law clause* (dan juga klausula pilihan hukum forum) akan dianggap kurang lengkap.²²

Menurut Gerald Cooke, kebebasan para pihak untuk menentukan pilihan hukum yang mereka gunakan akan banyak dipengaruhi oleh sistem hukum nasional yang akan dipilih (baik

¹⁷ Munir Fuady, 2003, Buku Ke-2, *Hukum Kontrak: Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, hlm. 139

¹⁸ Di dalam hukum kontrak, kebebasan berkontrak mencakup (i) kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian; (ii) kebebasan untuk memilih dengan siapa ia ingin membuat perjanjian; (iii) kebebasan untuk menentukan atau memilih kuasa perjanjian yang akan dibuatnya; (iv) kebebasan untuk menentukan objek perjanjian; (v) kebebasan untuk menentukan isi perjanjian; (vi) kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan-ketentuan undang-undang yang bersifat *optional* (*aanvullendrecht*). Lihat Sutan Remy Sjahdenini, 1993, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Hukum yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta: Institut Bankir Indonesia, hlm. 47

¹⁹ Dalam sistem hukum Indonesia, prinsip ini dikenal dengan “*pacta sunt servanda*”. Secara yuridis hal ini diintrodusir dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerduta. Berdasarkan prinsip ini, semua ketentuan dalam perjanjian atau kontrak yang dibuat oleh para pihak, akan menimbulkan kekuatan mengikat sebagaimana layaknya undang-undang. Terkait dengan *e-commerce*, maka segala sesuatu ketentuan yang terkait dengan transaksi elektronik yang kemudian dituangkan ke dalam kontrak elektronik adalah mengikat bagi para pihak. Baca Indonesia, Undang-undang tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, UU No. 11 Tahun 2008, LN Tahun 2008 Nomor 58, (selanjutnya disebut UU ITE), Pasal 18 ayat (1)

²⁰ Bayu Seto, *Op. cit.*, hlm. 281

¹⁷ Titik taut sekunder ini juga sering kali disebut dengan titik taut penentu, karena fungsinya untuk menentukan hukum dari tempat manakah yang akan digunakan sebagai *the applicable law* dalam penyelesaian perkara. Periksa Bayu Seto, 2006, Buku ke-1 (Edisi Keempat), *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, hlm. 61-62

¹⁸ Pakar HPI menyatakan bahwa *choice of law* adalah tangga kedua setelah *jurisdiction* yang menjadi tangga pertama. Sedangkan *recognition* dan *enforcement* merupakan tangga ketiga dalam wacana *conflict of law*. Lihat M. Arsyad Sanusi, 2001, *E-Commerce: Hukum dan Solusinya*, PT. Mizan Grafika Sarana, (selanjutnya disebut M. Arsyad Sanusi II), hlm. 18

oleh salah satu pihak maupun oleh kedua belah pihak). Tidak hanya sekedar menentukan hukum suatu negara, tetapi juga mempertimbangkan apakah hukum di negara tersebut konsisten atau tidak. Artinya apakah hukum di suatu negara tertentu sering berubah-ubah atau tidak. Dengan tegas Cooke menyatakan sebagai berikut: "The significant of needing to provide for the 'prover' law is that the parties will frequently prefer to have their disputes dealt with by a legal system which is perhaps independent of each of the parties or which is recognized to have highly sophisticated and consistent trading law".²³

Terkait dengan kebebasan berkontrak, maka hukum yang berlaku ini sedikit banyak akan bergantung pada kesepakatan para pihak. Hukum yang akan berlaku tersebut dapat berupa hukum nasional suatu negara tertentu. Dalam praktek, biasanya hukum nasional tersebut akan terkait dengan nasionalitas salah satu pihak. Cara pemilihan inilah yang lazim ditetapkan dewasa ini. Apabila salah satu pihak atau kedua belah pihak tidak sepakat mengenai salah satu hukum nasional tersebut, maka kemudian mereka akan berupaya mencari hukum nasional yang relatif lebih netral. Alternatif lain yang memungkinkan dalam Hukum Perdagangan Internasional adalah menerapkan prinsip-prinsip kepatutan dan kelayakan (*ex aequo et bono*)²⁴. Namun demikian, prinsip ini pun harus tetap berdasarkan pada kesepakatan para pihak.²⁵

Menurut Yansen Dermanto Latip, penempatan klausula pilihan hukum dalam suatu kontrak mempunyai arti penting yang disebabkan oleh hal-hal sebagai berikut:²⁶

1. Sebagai sarana untuk menghindari ketentuan hukum memaksa yang tidak efisien;
2. Untuk meningkatkan persaingan yurisdiksial;
3. Memecahkan masalah peraturan berbagai negara.

Lebih lanjut, *choice of law* dalam transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce* mempunyai peran yang sangat signifikan sebagai hukum yang digunakan oleh badan peradilan (pengadilan atau arbitrase). Hal tersebut berguna dalam hal:²⁷

1. Menentukan keabsahan suatu kontrak dagang (d.h.i khusus berkaitan dengan sengketa transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce*);
2. Menafsirkan suatu kesepakatan-kesepakatan atau persetujuan dalam kontrak yang dibuat para pihak;
3. Menentukan telah dilaksanakan atau tidak dilaksanakannya suatu prestasi yang menjadi objek kontrak tersebut (pelaksanaan suatu kontrak dagang); dan
4. Menentukan akibat-akibat hukum dari adanya pelanggaran terhadap kontrak yang telah disepakati para pihak.

Pilihan hukum merupakan masalah sentral dalam Hukum Perdata Internasional berbagai sistem hukum. Ia telah diterima, baik di kalangan akademisi maupun praktek pengadilan. Yansen Derwanti Latif menyatakan bahwa pilihan hukum dihormati dengan beberapa alasan:²⁸

1. Pilihan hukum sebagaimana maksud para pihak dianggap sangat memuaskan oleh mereka yang menganggap kebebasan akhir individu adalah dasar murni dari hukum. Prinsip ini berlaku di banyak negara. Hal ini merupakan fakta yang menarik, karena hal itu terjadi tanpa ada perjanjian antara pengadilan di berbagai negara.
2. Pilihan hukum dalam kontrak internasio-

²³ Gerald Cooke dalam Huala Adolf, 2005, *Hukum Perdagangan Internasional*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada (selanjutnya disebut Huala Adolf I), hlm. 216-217

²⁴ *Ex aequo et bono* merupakan suatu penyelesaian suatu perkara secara menyimpang dari garis-garis hukum dengan menggunakan pandangan-pandangan, nilai-nilai, norma-norma non hukum, yang menurut *arbitr* dipandang sebagai sesuatu yang bermanfaat bagi para pihak, layak, adil, dan bijaksana (*fair and reasonable*) untuk memutus perkara yang dihadapi. Baca Ida Bagus Wyasa Putra, 2008, Cet-2, *Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional*, Bandung: Refika Aditama, hlm. 97

²⁵ Huala Adolf I, hlm. 215

²⁶ Yansen Dermanto Latip sebagaimana dikutip oleh Murni Fuady, *Loc. cit*

²⁷ Huala Adolf I, hlm. 214-215

²⁸ Yansen Derwanto Latif sebagaimana dikutip oleh Ridwan Khairandy, 2010, "Hukum yang Berlaku dalam Transaksi Bisnis dengan E-Commerce", *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 29 Tahun 2010, Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, hlm. 17; Lihat juga Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 127

nal memberikan kepastian, yakni memungkinkan para pihak dengan mudah menentukan hukum yang mengatur kontrak tersebut.

3. Akan memberikan efisiensi, manfaat, dan keuntungan. Pilihan hukum para pihak dilaksanakan berdasarkan pertimbangan efisiensi. Alasan tersebut memberikan keuntungan untuk menghindari hukum memaksa yang tidak efisien, meningkatkan persaingan hukum, dan mengurangi ketidakpastian tentang hukum yang dipergunakan. Pemuatan pilihan hukum dalam hukum kontrak adalah hanya satu cara dari pengurangan biaya. Suatu alternatif mungkin adalah suatu peraturan bersifat memaksa yang relatif sederhana, seperti menentukan hukum tempat kontrak dibuat. Hal ini akan menghemat para pihak dari biaya penentuan hukum yang berlaku, jika tidak dapat klausul pilihan hukum.
4. Pilihan hukum akan memberikan kepada negara insentif bersaing. Kebebasan para pihak memilih dan menentukan hukum yang berlaku bagi kontrak yang mereka buat untuk mengganti atau memindahkan peraturan yang tidak pasti dan setiap sistem hukum.

Pilihan hukum para pihak didasarkan pada pertimbangan bahwa pada prinsipnya seluruh sistem hukum nasional adalah sama dan oleh karenanya dapat saling dipindahkan. Dalam kontrak internasional, Hukum Privat nasional akan diterapkan apabila tidak ada pilihan hukum oleh para pihak, atau mungkin dipindahkan oleh para pihak melalui klausul pilihan hukum kepada hukum nasional lainnya.²⁹

Pilihan hukum ini sudah umum. Kini orang sudah tidak meragukan lagi, bahwa para pihak dalam membuat suatu kontrak dapat menentukan sendiri hukum bagi kontrak yang mereka buat itu.³⁰ Namun, pada dasarnya kebebasan para pihak untuk menentukan pilihan hu-

kum tersebut dibatasi oleh beberapa pembatasan, di antaranya:³¹

1. Tidak bertentangan dengan ketertiban umum;
2. Pilihan hukum tidak mengenai hukum yang bersifat memaksa.

Hal serupa juga disampaikan oleh M. Arsyad Sanusi yang menyatakan bahwa ada beberapa batasan-batasan (*restrictions*) yang digunakan dalam penggunaan pilihan hukum, yaitu:³²

1. Pilihan hukum tidak boleh melanggar ketertiban umum (tetapi tentunya harus dianut prinsip ketertiban umum secara terbatas);
2. Pilihan hukum tidak boleh menjadi penyelundupan hukum;
3. Pilihan hukum tidak dapat diberlakukan dalam bidang yang di dalamnya penguasa telah mengadakan suatu peraturan khusus yang demikian penting dan bersifat sosial ekonomis serta mengatur tata tertib dalam suatu negara sehingga dapat dianggap bahwa peraturan-peraturan ini bersifat sangat memaksa dan tidak dapat dikesampingkan oleh para pihak dengan memilih hukum yang lain; dan
4. Pilihan hukum ini hanya dapat diterapkan dalam bidang hukum kontrak.

Hal yang agak sedikit berbeda disampaikan oleh Ida Bagus Wyasa Putra, yang membatasi penggunaan metode pilihan hukum dengan beberapa pendekatan prinsip, yaitu:³³

1. *Patijautonomie*

Menurut prinsip ini, para pihak merupakan pihak yang paling berhak menentukan hukum yang hendak mereka pilih dan berlaku sebagai dasar transaksi, termasuk sebagai dasar penyelesaian sengketa sekiranya timbul suatu sengketa dari kontrak transaksi yang dibuat (d.h.i sengketa transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce*). Prinsip ini merupakan prinsip yang telah secara umum dan tertulis diakui oleh seba-

²⁹ Yansen Derwanto Latif dalam Ridwan Khairandy, *Loc. Cit.*

³⁰ Baca Sudargo Gautama, 1987, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Bandung: Badan Pembinaan Hukum Nasional-Binacipta (selanjutnya disebut Sudargo Gautama I), hlm. 169

³¹ Ridwan Khairandy, *Loc. cit.*; Periksa, Yahya Ahmad Zein, *Loc. cit.*; Periksa juga Bayu Seto, *Op. cit.*, hlm. 286

³² M. Arsyad Sanusi I, hlm. 215; Bandingkan dengan Munir Fuady, *Loc. cit.*

³³ Ida Bagus Wyasa Putra, *Op. cit.*, hlm. 70-71

gian besar negara, seperti Eropa (Italia, Portugal, Yunani), Eropa Timur (Polandia, Ceko, Slowakia, Austria), negara-negara Asia-Afrika, termasuk Indonesia, dan negara-negara Amerika, khususnya Kanada;

2. *Bonafide*

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

3. *Real Connection*

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

4. Larangan Penyelundupan Hukum

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

5. Ketertiban Umum

Suatu pihan hukum tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum, yaitu bahwa hukum yang dipilih oleh para pihak tidak boleh bertentangan dengan sendi-sendi asasi hukum dan masyarakat, hukum para hakim yang akan mengadili sengketa bahwa ketertiban umum (*public order*) merupakan pembatas pertama kemauan seseorang dalam melakukan pilihan hukum (*une primere limitation de l'exercice de la volonte individuelle*).

Pilihan hukum diperkenankan berdasarkan asas kebebasan berkontrak. Kebebasan bukan berarti tidak ada batasannya. Kebebasan tersebut dibatasi oleh ketentuan ketertiban umum (*public policy*). Selain itu, hukum yang memaksa (*mandatory law, dwingan recht*) juga membatasi kebebasan para pihak dalam menentukan pilihan hukum. Pembatasan-pembatasan tersebut ditentukan oleh keadaan sosial ekonomi kehidupan modern, seperti perlindungan konsumen, pencegahan penyalahgunaan wewenang

dari penguasa ekonomi, serta menjaga iklim persaingan yang adil dalam ekonomi pasar.³⁴

Dalam disiplin ilmu Hukum Perdata Internasional, pilihan hukum dapat dilakukan dengan beberapa cara, yaitu:³⁵

1. Pilihan hukum secara tegas (*uitdrukkelijk, met zovle woorden*)

Pada pilihan hukum secara tegas ini, para pihak yang mengadakan kontrak secara tegas dan jelas menentukan hukum mana yang mereka pilih. Hal tersebut biasanya muncul dalam klausul *governing law* atau *applicable law* yang isinya berbunyi:

a. *The validity. Construction and performance of this agreement shall be governed by and interpreted in accordance with the law of Republic Indonesia;* atau

b. *This agreement shall be governed by and construed in all respect in accordance with the law of England.*

Contoh lain dapat kita lihat pada Pasal XXIII *APCI Engineering Service Agreement Arun* tanggal 25 Setember 1973 yang menyebutkan:

(1) *Matters involving Patent Law shall be governed by the Applicable of the country of supra National Body issuing the patent;*

(2) *In all other respect, this agreement shall be governed by construed in accordance with the Laws of the State of New York, United States of America.*³⁶

Jadi, di dalam pilihan hukum yang dinyatakan secara tegas, pilihan hukum dinyatakan dengan kata-kata yang menyatakan pilihan hukum tertentu dalam kontrak tersebut. Bilamana hakim dalam menentukan hukum mana yang harus berlaku dalam kontrak tersebut, hakim

³⁴ Sudargo Gautama I, hlm. 64

³⁵ Ridwan Khairandy, *Op. cit.*, hlm. 18; Periksa Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 128; Lihat juga Sudargo Gautama, 1998, Jilid II Bagian 4 (Buku ke-5), *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Bandung: Alumni (selanjutnya disebut Sudargo Gautama II), hlm. 28-61

³⁶ Sudargo Gautama, 1983, *Hukum Perdata Internasional: Hukum yang Hidup*, Bandung: Alumni (selanjutnya disebut Sudargo Gautama III), hlm. 63

akan menggunakan pilihan hukum sebagai titik taut penentunya.

2. Pilihan hukum secara diam-diam (*stilz-wijgend*)

Untuk mengetahui adanya pilihan hukum tertentu yang dinyatakan secara diam-diam, bisa disimpulkan dari maksud, atau ketentuan-ketentuan dan fakta-fakta yang terdapat dalam suatu kontrak tersebut.³⁷ Fakta-fakta yang berkaitan dengan kontrak tersebut, misalnya bahasa yang dipergunakan, mata uang yang digunakan, gaya atau *style* kontrak, pelaksanaan kontrak, dan pilihan domisili. Jika para pihak memilih domisili pada Kantor Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Indonesia, maka dapat disimpulkan bahwa para pihak secara diam-diam menghendaki berlakunya hukum Indonesia.³⁸ Kesimpulan ini adalah tafsiran hakim atau pengadilan. Dalam kenyataannya mungkin saja para pihak tidak bermaksud seperti yang disimpulkan pengadilan tersebut.

3. Pilihan hukum secara dianggap (*vermoedelijk*)

Pilihan hukum secara dianggap ini hanya merupakan *presumption iuris*, suatu dugaan hukum. Hakim menerima telah terjadi suatu pilihan hukum berdasarkan dugaan belaka.³⁹ Pada pilihan hukum yang demikian ini tidak dapat dibuktikan menurut saluran yang ada. Dugaan hakim merupakan pegangan yang dipandang cukup untuk mempertahankan bahwa para pihak benar-benar telah menghendaki berlakunya suatu sistem hukum tertentu.

4. Pilihan hukum secara hipotesis (*hypothetische partijwil*)

Pilihan hukum secara hipotesis dikenal terutama di Jerman, sebenarnya disini tidak ada kemauan dari para pihak untuk

memilih sedikitpun. Hakim yang melakukan pilihan hukum tersebut. Hakim bekerja dengan fiksi: seandainya para pihak telah memikirkan hukum yang dipilih mereka dengan cara sebaik-baiknya. Jadi, sebenarnya tidak ada pilihan hukum bagi para pihak. Hakim yang menentukan pilihan hukum tersebut.⁴⁰

Banyak kalangan tidak menerima pilihan hukum secara dianggap, apalagi pilihan hukum secara hipotesis. Oleh karena itu, sebaiknya yang digunakan hanyalah pilihan hukum secara tegas atau pilihan hukum secara diam-diam.⁴¹

Dalam kontrak mengenai transaksi bisnis *e-commerce* antar negara, tidak semuanya memuat dan menggunakan kontrak sebagaimana kontrak bisnis pada umumnya. Namun, dalam transaksi bisnis yang berhubungan dengan *software*, biasanya para pihak (penjual) menentukan sendiri adanya pilihan hukum baik secara tegas maupun diam-diam. Umumnya, hukum yang diberlakukan dalam hal jika terjadinya sengketa di antara mereka adalah hukum dari negara penjual *software*. Sebagai contoh, jika yang menjual *software* tersebut adalah Amerika Serikat, biasanya dalam kontrak pembelian *software* tersebut akan dinyatakan bahwa apabila terjadi sengketa perdata, maka hukum perdata negara yang dipilih adalah hukum Amerika Serikat. Dengan adanya pilihan hukum tersebut, para pihak yang membuat kontrak dalam transaksi *e-commerce* harus tunduk dan taat pada hukum yang ditentukan.⁴²

Sebagaimana yang telah dijelaskan di atas, bahwa persoalan hukum yang berlaku dalam kontrak bisnis internasional menjadi salah satu perhatian utama Hukum Perdata Internasional. Persoalan itu mendorong negara-negara baik yang memiliki tradisi *common law* maupun *civil law* melakukan harmonisasi hukum berkaitan dengan persoalan di atas. Hasilnya adalah adanya beberapa konvensi internasional yang mengatur hukum yang berlaku dalam kontrak. Ada dua konvensi utama yang sangat penting dalam menentukan hukum yang berlaku dalam kontrak

³⁷ *Ibid.*, hlm. 177; Lihat Purnadi Purabacarika dan Agus Brotosusilo, 1983, *Sendi-Sendi Hukum Perdata Internasional Suatu Orientasi*, Jakarta: CV. Rajawali, hlm. 29; Baca juga Syahmin AK dan Amirul Husni, 2005, *Hukum Perdata Internasional: Dalam Kerangka Studi Analitis*, Palembang: Penerbit Universitas Sriwijaya, hlm. 23

³⁸ Sudargo Gautama I, hlm. 178

³⁹ *Ibid.*, hlm. 169

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 180-181

⁴¹ Ridwan Khairandy, *Loc. cit*

⁴² Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 128-129

bisnis internasional, yaitu:⁴³

1. *Convention on The Law Applicable to Contract for International Sale of Goods (The Hague Convention 1986)*⁴⁴; dan
2. *The European Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations (Rome Convention 1980)*⁴⁵.

Konvensi yang pertama adalah Konvensi Hague. Pasal 7 Konvensi Hague (1986) mengadopsi prinsip bahwa para pihak bebas untuk membuat pilihan hukum yang mengatur kontrak yang mereka buat. Kemudian Pasal 8 menentukan bahwa untuk memperluas hukum yang berlaku dalam suatu kontrak jual beli yang tidak dipilih para pihak sesuai Pasal 7, maka kontrak diatur oleh hukum negara dimana kedudukan bisnis penjual pada saat kontrak dibuat.⁴⁶

Kontrak akan diatur hukum negara dimana pembeli memilih tempat bisnisnya pada saat kontrak dibuat, jika:⁴⁷

1. Negoisasi diadakan dan kontrak ditandatangani oleh dan dalam kehadiran para pihak, dalam suatu negara, atau
2. Kontrak menentukan secara tegas bahwa penjual harus memenuhi kewajibannya untuk mengirim barang dalam suatu negara, atau
3. Kontrak ditandatangani dengan syarat yang ditentukan sebagaimana besar oleh pembeli dan dalam tanggapan atas suatu undangan oleh pembeli ditujukan kepada orang yang diundang untuk mengajukan penawaran.

Lebih lanjut, Pasal 13 menentukan bahwa dalam hal tidak ada pilihan hukum yang tegas, maka berlaku hukum negara dimana pemeriksaan barang dilakukan.

Kemudian konvensi yang kedua adalah Konvensi Roma. Konvensi ini mulai berlaku

pada 2 April 1991 dan berlaku untuk setiap kontrak yang tercakup dalam ruang lingkup konvensi tersebut, asalkan kontrak itu dibuat setelah konvensi ini dibuat.⁴⁸

Namun, ruang lingkup pilihan hukum dalam Konvensi Roma tidaklah mencakup semua hal. Ada beberapa pengecualian terhadap ruang lingkup pilihan hukum tersebut. Dengan kata lain, pilihan hukum tersebut tidak dapat diterapkan pada beberapa permasalahan, diantaranya:⁴⁹

1. Persoalan yang berkaitan dengan status atau kepastian hukum seseorang, tetapi yang merupakan subjek dari Pasal 11 Konvensi Roma;
2. Kewajiban kontraktual yang terkait dengan surat wasiat dan warisan;
3. Kewajiban kontraktual yang terkait dengan hak atas harta benda yang timbul dari hubungan perkawinan (masalah keluarga);
4. Kewajiban yang timbul dalam wesel, cek, surat sanggup, atau surat promes, dan instrumen yang dapat diperjualbelikan lainnya;
5. Perjanjian arbitrase dan yurisdiksi;
6. Persoalan yang diatur oleh hukum perusahaan dan badan usaha lainnya, seperti pembentukan, kapasitas hukum, organisasi internasional atau *winding up*, dan tanggung jawab karyawan dan anggota sebagai suatu kewajiban perusahaan atau badan usaha itu;
7. Persoalan apakah agen itu mampu untuk mengikat prinsipal, atau suatu organ mampu untuk mengikat perusahaan atau badan usaha pada pihak ketiga;
8. Pengaturan trust dan hubungan antara *settlers*, *trustee*, dan *beneficiaries*;
9. Pembuktian dan prosedur yang termasuk subjek Pasal 14 Konvensi Roma; dan
10. Kontrak asuransi yang mencakup resiko yang berada dalam wilayah negara anggota EC.

Pasal 1 ayat (1) Konvensi Roma menyatakan bahwa ketentuan pilihan hukum berlaku bagi kewajiban kontraktual dalam setiap situasi yang menyangkut tentang pilihan hukum antara dua negara yang berbeda, yaitu kontrak yang

⁴³ Hans Van Houtte sebagaimana dikutip oleh Ridwan Khairandy, *Op. cit.*, hlm. 19

⁴⁴ Konvensi ditandatangani pada tahun 1955. Kemudian dilakukan amandemen dan diterima oleh *the Hague Conference* pada tahun 1985. Selanjutnya pada tahun 1986 dilakukan amandemen lagi.

⁴⁵ Konvensi ini mulai berlaku di negara-negara anggota Masyarakat Eropa (EC) pada tahun 1994

⁴⁶ Yansen Derwanto Latif dalam Ridwan Khairandy, *Loc. cit.*; Baca juga Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 137

⁴⁷ Yansen Derwanto Latif dalam Ridwan Khairandy, *Loc. cit.*; Periksa Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 138

⁴⁸ Pasal 17 Konvensi Roma

⁴⁹ Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 139

menyangkut tentang satu atau lebih elemen asing di dalamnya.⁵⁰ Hal ini juga penting untuk diketahui, seperti Konvensi Brussels, bahwa negara termasuk dalam Konvensi Roma ini tidak terbatas pada negara anggotanya.⁵¹

Pasal 2 secara tegas menyatakan bahwa setiap hukum yang telah ditetapkan oleh konvensi ini harus diterapkan baik hukum itu merupakan hukum dari *contracting state* ataupun bukan. Selanjutnya Pasal 19 ayat (2) menyatakan bahwa konvensi ini tidak berlaku untuk konflik hukum wilayah yang berbeda dalam satu negara yang sama.⁵²

Seperti halnya ketentuan *common law* Inggris, konvensi ini juga memberikan perbedaan yang mendasar antara situasi dimana hukum yang berlaku itu dipilih oleh para pihak dan situasi dimana tidak ada pilihan hukum yang tegas, maka hukum yang berlaku harus diketahui. Biasanya hukum yang berlaku dalam konvensi ini mengacu pada hukum domestik suatu negara dan disesuaikan dengan doktrin *renvoi* seperti yang diatur oleh Pasal 15.⁵³

Lebih lanjut, Pasal 3 ayat (1) Konvensi ini menyatakan bahwa kontrak itu diatur oleh hukum yang dipilih oleh para pihak, asalkan pilihan itu dinyatakan dengan tegas dan ditujukan dengan alasan yang patut sesuai dengan *term* kontraknya atau situasi kasusnya. Sesuai dengan pasal tersebut di atas, maka para pihak dapat memilih hukum yang berlaku dalam kontrak mereka baik sebagian atau seluruhnya dan para pihak juga dapat memilih dua hukum yang berbeda untuk mengatur bagian yang berbeda dalam kontrak. Hal ini disebut dengan *depechage*, yaitu menggunakan dua sistem hukum yang berbeda dalam satu kontrak. Sebagai contohnya para pihak dapat memilih satu hukum untuk mengatur tentang penafsiran kontraknya dan menggunakan sistem hukum yang lain untuk mengatur tentang pemutusan kontrak itu.⁵⁴

Jika tidak ada pilihan hukum yang tegas, menurut *Giuliano-Legarde Report*, pilihan hu-

kum dapat diketahui dari beberapa faktor yang dapat membantu usaha pengadilan untuk mengambil kesimpulan atau menduga suatu pilihan hukum. Faktor-faktor tersebut di antaranya adalah klausul pilihan yurisdiksi atau arbitrase dan suatu penunjukan pada suatu sistem hukum tertentu dalam kontrak yang misalnya tercermin dari *standard form* tertentu. Faktor-faktor itu bukanlah suatu hal yang menentukan tetapi hanya merupakan bahan pertimbangan saja. Panduan tentang bagaimana aturan tentang pilihan hukum secara diam-diam diatur dalam Pasal 3 ayat (1) yang dapat kita temukan pada kasus *Egon Oldendorff vs. Liberia Corpn* (1996). Dalam kasus ini, kontrak dibuat antara perusahaan Jepang dan Jerman tanpa adanya ketentuan pilihan hukum yang tegas. Kontrak ini menggunakan badan arbitrase di London dan disebut dengan *English Charter Party* yang terdapat dalam klausul standar dan istilah ini merupakan istilah yang populer di dalam hukum Inggris. Menurut Clarke J, kontrak tersebut merupakan subjek dari Pasal 3 ayat (1) Konvensi Roma, walaupun para pihak tidak menyetujui dengan tegas hukum manakah yang berlaku – hukum Jepang atau Jerman – penggugat menunjukkan dengan menggunakan alasan yang patut bahwa para pihak telah berkehendak untuk menggunakan hukum Inggris dalam kontrak mereka.⁵⁵

Lebih lanjut, pengadilan Inggris juga mengadopsi pandangan hukum, yaitu ketika para pihak tidak memilih hukum, melainkan memilih forum, baik itu litigasi ataupun arbitrase, maka pilihan tersebut merupakan indikasi yang kuat bahwa para pihak telah berkehendak untuk memilih hukum forum tersebut untuk mengatur kontrak mereka.⁵⁶

Pasal 3 ayat (2) Konvensi Roma menyatakan bahwa para pihak dapat membuat pilihan hukum kapan saja, walaupun hal itu dibuat setelah penandatanganan kontrak. Mereka sewaktu-waktu dapat mengubah pilihan hukum yang telah dibuat sebelumnya. Perubahan itu diperbolehkan dengan ketentuan perubahan pilihan hukum itu tidak melanggar syarat sah suatu kontrak sesuai dengan peraturan yang ada dalam Pasal 9, atau merugikan pihak ketiga. Ketentuan ini memungkinkan para pihak untuk mempunyai

⁵⁰ Ridwan Khairandy, *Loc. cit.*; Lihat juga Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 138

⁵¹ Ridwan Khairandy, *Loc. cit.*

⁵² *Ibid.*; Yahya Ahmad Zein, *Loc. cit.*

⁵³ Ridwan Khairandy, *Loc. cit.*

⁵⁴ Abla J. Mayss sebagaimana dikutip oleh Ridwan Khairandy, *Op. cit.*, hlm. 20

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

kebebasan yang maksimum untuk membuat pilihan hukum mereka. Selain itu, pilihan hukum itu juga bisa dibuat pada saat pembuatan kontrak, ataupun setelah atau sesudah penandatanganan kontrak.⁵⁷

Secara singkat, apabila pilihan hukum dalam transaksi *e-commerce* internasional telah ditetapkan oleh para pihak, maka hukum itulah yang akan digunakan dalam kontrak elektronik internasional bersangkutan. Dengan kata lain, hukum yang berlaku dalam transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce* adalah hukum negara yang dipilih oleh para pihak, jika ada pilihan hukum.⁵⁸

G. Hukum yang Berlaku: Asas-Asas Hukum dalam Hukum Perdata Internasional

Namun, permasalahan yang akan timbul sehubungan dengan terjadinya perselisihan yang berkenaan dengan kontrak-kontrak internasional itu adalah jika kontrak-kontrak itu tidak memuat klausul mengenai *governing law* atau *applicable law*. Selain itu, tidak selamanya kontrak dagang internasional dibuat secara tertulis. Dalam keadaan demikian, tentunya tidak akan ada pula pilihan hukumnya. Hal yang sama juga dapat terjadi dalam transaksi *e-commerce*.

Berdasarkan ketentuan Pasal 18 ayat (3) UUIITE, maka ada beberapa titik taut dan asas-asas dalam HPI yang dapat dijadikan sebagai sandaran untuk menentukan hukum yang berlaku tersebut. Asas-asas tersebut diuraikan di bawah ini.⁵⁹

1. *Lex Loci Contractus*

Menurut teori "klasik" *lex loci contractus*, hukum yang berlaku bagi semua kontrak internasional adalah hukum di tempat perjanjian atau kontrak itu dibuat. Penerapan teori ini memang sangat

cocok pada zamannya dimana dulu biasanya para pihak yang mengadakan kontrak berada pada tempat yang sama, para pihak langsung bertemu muka.

Di dalam praktik dagang internasional dewasa ini, teori ini sukar sekali diterapkan, karena kontrak sering kali diadakan tanpa kehadiran para pihak pada tempat yang sama.⁶⁰ Dalam keadaan demikian tidaklah mudah kiranya untuk menentukan negara mana yang berlaku bagi kontrak itu. Jika dalam transaksi "tradisional" saja terkadang susah menentukan di negara mana tempat terjadinya penandatanganan kontrak, apalagi dalam *e-commerce* yang semua terjadi di alam maya.

2. *Mail Box Theory* dan *Theory of Declaration*

Untuk mengatasi beberapa kesulitan dalam penerapan *lex loci contractus* dalam masalah tersebut di atas, di negara-negara *common law* diintroduksi *mail box theory*.

Menurut *mail box theory*, bilamana kedua belah pihak dalam suatu kontrak internasional tidak saling bertemu muka (misalnya melalui surat-menyurat), maka yang penting adalah saat salah satu pihak mengirimkan surat yang berisi penerimaan atas penawaran yang diajukan oleh pihak lainnya. Hukum yang berlaku bagi kontrak tersebut adalah hukum negara pihak yang mengirimkan penerimaan penawaran tadi. Sudargo Gautama memberikan contoh: A di negara X menawarkan kepada B di negara Y (negara *common law*) suatu partai barang dengan kondisi tertentu. B kemudian menulis surat penerimaannya dan memposkan surat tersebut di negara Y.⁶¹ Jadi, kalau penawaran tersebut diterima, maka *lex loci contractus* di negara Y yang akan berlaku, sehingga diterima klasifikasi menurut sistem hukum negara Y.⁶²

Di negara-negara *civil law* sebaliknya dikembangkan teori deklarasi (*theo-*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Ridwan Khairandy, *Op. cit.*, hlm. 20-22; Baca Sudargo Gautama, 1998, Jilid III Bagian 2 (Buku ke-8), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Bandung: Alumni (selanjutnya disebut Sudargo Gautama IV), hlm. 12-40; Lihat Syahrin AK dan Amirul Husni, *Op. cit.*, hlm. 24-26; Periksa Purnadi Purabacaraka dan Agus Brotosusilo, 1983, *Op. cit.*, hlm. 30-32; Bandingkan dengan M. Arsyad Sanusi I, hlm. 215; Bandingkan juga dengan Edmon Makarim, 2004, *Kompilasi Hukum Telematika*, Cet-2, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, hlm. 245

⁶⁰ Sudargo Gautama IV, hlm. 13

⁶¹ *Ibid.*, hlm. 14

⁶² *Ibid.*

ry of declaration). Menurut teori ini, penerimaan terhadap penawaran oleh yang ditawarkan harus dinyatakan (*declared*). Surat pernyataan penerimaan harus sampai kepada pihak yang menawarkan, dan penerimaan penawaran tersebut harus diketahui oleh pihak yang menawarkan.⁶³ Sama seperti contoh kasus di atas, maka hukum yang berlaku berdasar teori ini adalah hukum negara X.

Dengan adanya perbedaan ini, tidak dapat ditentukan dimana tempat dilangsungkannya perjanjian. Permasalahan ini penting artinya dalam hubungannya dengan penentuan di hadapan forum hakim mana perkara ini dapat diajukan, karena forum ini mempunyai kualifikasi sendiri dan bergantung dari kualifikasi forum pengadilan ini inilah teori mana yang dianut.

Berdasarkan dua teori di atas, membuktikan bahwa walaupun posisi kasusnya sama, bukan berarti hasilnya akan sama (berbeda satu sama lain).⁶⁴ Oleh karenanya, penggunaan *lex loci contractus* dalam kontrak elektronik juga dapat menimbulkan dipergunakannya suatu sistem hukum yang sama sekali tidak ada hubungannya dengan kontrak yang bersangkutan.⁶⁵

3. *Lex Loci Solutionis*

Sebagai variasi terhadap teori *lex loci contractus* dikemukakan pula adanya teori *lex loci solutionis*. Menurut teori ini hukum yang berlaku bagi suatu kontrak adalah tempat kontrak tersebut dilaksanakan.

Menurut Sudargo Gautama dalam praktek Hukum Internasional umumnya diakui bahwa berbagai peristiwa tertentu dipastikan oleh hukum yang berlaku pada tempat pelaksanaan kontrak.⁶⁶

Penerapan teori ini dalam praktik juga menimbulkan berbagai permasalahan, misalnya bilamana pelaksanaan kontrak dilaksanakan di berbagai negara.

Berkaitan dengan *lex loci solutionis* ini, perlu diperhatikan ketentuan Pasal 18 AB (*Algemene Bepalingen van Wetgeving voor Indonesia*). Pasal tersebut menyatakan bahwa: "*de vorm van elke handeling wordt beoodeeld naar de wetten van het land of the plaats, alwaar die handeling is verrigt*". Secara ringkas, ketentuan tersebut mengandung makna bahwa bentuk dari setiap perbuatan dinilai menurut perundang-undangan negara tempat perbuatan itu dilakukan.⁶⁷ Wirjono Projodikoro menuturkan bahwa ketentuan Pasal 18 AB ini bermanfaat untuk mempertimbangkan dan menentukan keabsahan dimana tempat perbuatan hukum tersebut dilakukan.⁶⁸

Pasal 18 AB ini dikenal juga sebagai peraturan yang sesuai dengan *statuta mixta*. *Statuta mixta* ini sendiri dimaksudkan kepada peraturan-peraturan yang mengenai segi formal perbuatan-perbuatan hukum (*vorm derrechtshandeling*). Peraturan-peraturan tentang sesuatu perbuatan yang diberlakukan inilah yang merupakan hukum dari tempat terjadinya perbuatan hukum tersebut (*lex loci actus*).⁶⁹

Terkait hal di atas, maka untuk menentukan suatu permasalahan yang berkaitan dengan perbuatan hukum harus diselesaikan berdasarkan hukum dimana perbuatan itu dilaksanakan.⁷⁰ Kon-

⁶³ *Ibid.*; Lihat juga Purnadi Purbacaraka, *Op. cit.*, hlm. 30-31; Lihat pula Sudargo Gautama, 1983, *Capita Selecta Hukum Perdata Internasional*, Bandung: Alumni (selanjutnya disebut Sudargo Gautama V), hlm. 75

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Sudargo Gautama, 1988, Jilid II Bagian 5 (Buku ke-6), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Bandung: Alumni (selanjutnya disebut Sudargo Gautama VI), hlm. 17

⁶⁷ Abdul Halim Barkatulah, 2010, "Bentuk Perlindungan Hukum Bagi Konsumen dalam Penyelesaian Sengketa Transaksi Elektronik Internasional Menurut UU No. 11 Tahun 2008, *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 29 Tahun 2010, Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, hlm. 55-56

⁶⁸ Wirjono Projodikoro, 1979, *Cet-5, Asas-Asas Hukum Perdata Internasional*, Bandung: Sumur Bandung, hlm. 37

⁶⁹ Abdul Halim Barkatulah, *Loc. cit*

⁷⁰ Lihat M. Arsyad Sanusi I, hlm. 93

trak adalah suatu perbuatan hukum.⁷¹ Dengan perkataan lain, kontrak adalah bagian dari perbuatan hukum.

Jadi, jika ada perkara yang mengandung unsur asing di pengadilan di Indonesia, tidak dijumpai adalah klausul pilihan hukum, maka sesuai dengan hukum yang berlaku di Indonesia harus diselesaikan berdasarkan hukum negara dimana kontrak itu dilaksanakan.

Misalnya, PT. ABC mengimpor suatu barang tertentu dari Singapura. PT. ABC ini membeli barang tersebut dari Han Seng Pte. Ltd, Singapura. Barang-barang tersebut diserahkan di Jakarta. Barang-barang itu telah tiba di Jakarta, tetapi PT. ABC melakukan wanprestasi dalam pembayarannya. Han Seng Pte, Ltd kemudian menggugat PT. ABC ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Dalam perjanjian jual beli barang yang kedua belah pihak tidak dijumpai adanya klausul pilihan hukum. Mengingat tidak ada pilihan hukum, maka pengadilan dalam menyelesaikan perkara wanprestasi ini harus didasarkan pada hukum Indonesia. Hukum Indonesia dijadikan sebagai hukum yang berlaku kontrak tersebut karena perjanjian dilaksanakan di Jakarta, Indonesia.⁷²

Contoh lain, PT. XYZ mengekspor sejumlah partai barang berupa mebel ke Singapura. Pembeli barang tersebut adalah Yang Ming, Ltd. Barang dikirim ke Singapura dari Surabaya. Ketika barang diterima pembeli di Singapura, ternyata barang tersebut tidak sesuai dengan kondisi yang disepakati dalam kontrak, sehingga pembeli mengembalikan barang-barang tersebut ke PT. XYZ. Dari sini kemudian timbul sengketa yang pada akhirnya PT. XYZ menggugat Yang Ming Ltd, ke Pengadilan Negeri Sura-

baya. Jika di dalam kontrak di atas tidak diketemukan klausul pilihan hukum, maka pengadilan harus berpedoman pada Pasal 18 AB. Mengingat barang-barang tersebut diserahkan di Singapura. Dengan demikian, sesuai dengan ketentuan Pasal 18 AB, Pengadilan Negeri Surabaya dalam mengadili perkara ini harus didasarkan pada hukum Singapura. Penerapan hukum asing oleh pengadilan di sini, bukan karena kehendak hakim atau pengadilan, tetapi ini adalah perintah undang-undang, yakni Pasal 18 AB.⁷³

Jika memang jelas, dimana tempat pelaksanaan kontraknya, asas ini dapat diterapkan dalam transaksi *e-commerce*. Jika transaksi tersebut adalah perjanjian jual beli, tempat pelaksanaan perjanjian adalah negara dimana penyerahan barang dilakukan.

4. *Lex Fori*⁷⁴

Doktrin *lex fori* mengajarkan bahwa manakala para pihak tidak melakukan pilihan hukum dalam kontrak yang dibuatnya, maka hukum yang berlaku adalah hukum dimana hakim memutuskan perkara (hukum dari hakim). *Lex fori* ini juga merupakan pendekatan tradisional untuk menentukan hukum mana yang berlaku tersebut.

Ketentuan *lex fori* penting, apabila hukum asing yang harus berlaku sulit untuk ditentukan. Oleh karenanya, berlaku *lex fori* yang berarti hukum yang dipergunakan adalah hukum nasional dari hakim. Namun tidak menutup kemungkinan, hukum yang berlaku didasarkan pada penunjukan kembali (*renvoi*)⁷⁵ atau penunjukan lebih lanjut pada sistem hukum negara ketiga tersebut. *Renvoi* muncul jika hukum nasional (*lex fori*) mengacu pada hukum asing yang akhirnya menunjuk kembali kepada hukum

⁷¹ Perhatikan Pasal 1313 KUHPerdata. Bahwa yang dimaksud dengan perjanjian (persetujuan) adalah suatu perbuatan dengan mana suatu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Lihat *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek)* diterjemahkan oleh R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, 1983, Cet-16, Jakarta: Pradnya Paramita, hlm. 304

⁷² Ridwan Khairandy, *Op. cit.*, hlm. 21

⁷³ Ridwan Khairandy, *Op. cit.*, hlm. 22

⁷⁴ Munir Fuady, *Op. cit.*, hlm. 144

⁷⁵ Ada dua jenis *renvoi*, yaitu *Renvoi Remission* dan *Renvoi Transmission*. *Renvoi Remission* adalah proses *renvoi* oleh kaidah HPI asing yang kembali ke arah *lex fori*. Sedangkan *Renvoi Transmission* adalah proses *renvoi* oleh kaidah HPI asing yang menunjuk suatu sistem hukum asing lain. Lihat Bayu Seto, *Op. cit.*, hlm. 105-106

nasional atau sistem hukum asing lainnya.

5. *Lex Rae Sitae*⁷⁶

Lex rae sitae atau disebut juga dengan *lex situs* mengajarkan bahwa hukum yang berlaku atas suatu kontrak adalah hukum dimana benda objek kontrak tersebut berada. Sudah menjadi hukum yang universal bahwa jika kontrak yang berobjekkan benda tidak bergerak (tanah), maka hukum yang berlaku adalah hukum dimana tanah tersebut terletak. Prinsip ini juga dianut oleh Indonesia sebagaimana yang dimuat dalam Pasal 17 AB.

6. *The Proper Law of Contract*

Di negara-negara dengan sistem *common law* untuk peruntukan hukum apa yang berlaku dalam suatu kontrak yang mengandung unsur asing adalah menggunakan doktrin *the proper law of contract*.

Menurut Cheshire, the proper law of contract adalah "... a convenient and succinct expression to describe the law that governs many of the matters affecting a contract. It has been defined as that law which the English or other court is to apply in determining the obligations under the contract."⁷⁷

Pengadilan Kanada mengadopsi doktrin *proper law* yang kemudian banyak dimodifikasi oleh Dicey dan Morris, yaitu sebagai suatu sistem hukum yang dikehendaki oleh para pihak. Kemudian, jika para pihak baik yang diungkapkan tersebut secara tegas tidak dapat diketahui dari keadaan sekitarnya, maka digunakanlah suatu sistem hukum yang mempunyai kaitan paling erat, kuat, dan nyata dengan transaksi yang terjadi. Hal inilah yang disebut sebagai *the proper law of contract*.⁷⁸

Dalam hal tidak ada pernyataan tentang pilihan *proper law* oleh para pihak dalam kontrak mereka, pengadilan di *common law*, khususnya *Anglo-Canada*

dian dalam menyatakan bahwa mereka akan menghubungkan setiap maksud para pihak atau menentukan *proper law* bagi para pihak "sebagai orang yang adil dan *reasonable*", seharusnya (*ought*) or sebaiknya (*would have*) berkehendak jika mereka mempunyai pemikiran yang ragu ketika mereka membuat kontrak".⁷⁹

Kelemahan teori ini menurut Sudargo Gautama adalah bahwa sebelum suatu perkara diajukan ke pengadilan, sukar sekali menentukan terlebih dahulu hukum mana yang berlaku bagi kontrak tersebut. Kesulitan itu terjadi karena hakim terlebih dahulu harus menyelidiki segala titik pertalian dan keadaan di sekitar kontrak yang bersangkutan untuk menentukan hukum negara mana yang berlaku bagi kontrak tersebut.⁸⁰

7. *The Most Characteristic Connection Theory*

Untuk mengatasi berbagai kesulitan di atas, muncul teori baru, yakni *the most characteristic connection theory*. Teori ini menurut Sudargo Gautama merupakan teori yang terbaik dan dapat digunakan sebagai pedoman dalam menyelesaikan persoalan pemakaian hukum dan kontrak bisnis internasional dewasa ini.⁸¹

Menurut Rabel apabila para pihak dalam suatu kontrak bisnis internasional tidak menentukan sendiri pilihannya, maka akan berlaku hukum dari negara dimana kontrak yang bersangkutan memperlihatkan *the most characteristic connection* (hubungan yang paling karakteristik).⁸²

Doktrin ini mengajarkan bahwa manakala para pihak tidak melakukan pilihan hukum dalam kontrak yang di-

⁷⁶ Munir Fuady, *Op. cit.*, hlm. 145

⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 282

⁷⁸ Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 131

⁷⁹ Ada perbedaan penggunaan istilah *ought* dan *would have*. Istilah *ought* menyatakan pendekatan objektif, sedangkan istilah *would have* menyatakan pendekatan subjektif.

⁸⁰ Sudargo Gautama V, hlm. 78

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Rabel dalam *Ibid.*; Lihat juga Sudargo Gautama, 1987, Buku III Bagian 2 (Buku ke-8), *Hukum Perdata Internasional*, Bandung: Alumni (selanjutnya disebut Sudargo Gautama VII), hlm. 32

buatnya, maka hukum yang berlaku adalah hukum yang paling mempunyai karakteristik dalam hubungan kontrak tersebut. Doktrin ini juga sering disebut dengan istilah *the most significant relationship*⁸³, *the most closely connected*⁸⁴, atau *die charakteristische leistung theorie*⁸⁵.

Dalam teori ini kewajiban untuk melakukan prestasi yang paling khas (karakteristik) menjadi tolak ukur penentuan yang akan mengatur kontrak. Dalam setiap kontrak dapat dilihat pihak mana yang akan melakukan prestasi yang paling khas. Hukum negara dari pihak yang melakukan prestasi yang paling khas menjadi hukum yang seharusnya berlaku bagi kontrak. Misalnya, dalam kontrak jual beli, pihak penjual dianggap memiliki prestasi yang paling khas. Dalam perjanjian kredit bank, pihak bank memiliki prestasi yang paling khas. Demikian juga hubungan antara klien dan advokat. Prestasi advokatlah yang dianggap paling khas.⁸⁶

Dewasa ini, teori ini juga diterapkan di dalam Konvensi Roma tahun 1980 tentang *Law Applicable to Contractual Obligations* yang berlaku di negara-negara anggota masyarakat eropa. Pasal 4 ayat (1) dan terutama ayat (2) dari Konvensi Roma ini menetapkan bahwa dalam hal para pihak tidak membuat pilihan hukum secara tegas untuk berlaku atas kontrak mereka, maka kontrak akan diatur berdasarkan hukum dari negara yang memiliki **kaitan paling nyata terhadap kontrak** (ayat (1) – “... with which it is most closely connected”). Suatu kontrak diasumsikan memiliki kaitan yang paling nyata dengan negara yang pada saat kontrak ditutup merupakan tempat tinggal sehari-hari atau pusat administrasi (untuk badan hukum atau koperasi) dari pihak yang dianggap

memiliki prestasi yang paling khas di dalam kontrak yang bersangkutan (ayat (2) – “... where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of the conclusion of the contract, has his habitual residence, or ... its central administration”).⁸⁷

Teori ini memiliki beberapa kelebihan. Dengan adanya prinsip prestasi yang paling khas dapat secara pasti ditentukan terlebih dahulu prestasi yang khas, sehingga sebelum kontrak dibuat sudah dapat diketahui hukum yang seharusnya berlaku. Disini juga tidak perlu lagi diadakan kualifikasi yang rumit seperti dalam *lex loci contractus* dan *lex loci solutionis*.⁸⁸

Walaupun teori ini dianggap sebagai teori yang terbaik, tetapi tidak berarti tidak ada kelemahan. Ada kelemahan yang melekat di dalamnya. Misalnya, jika di dalam kontrak jual beli, prestasi pihak penjual dianggap memiliki prestasi yang paling khas, tetapi jika perhatian terhadap pembeli lebih besar atau jika pihak pembeli dinyatakan harus dilindungi, maka keadaannya menjadi lain.⁸⁹

8. *Lex Mercatoria*⁹⁰

Hukum yang berlaku di dalam suatu kontrak internasional tidak hanya merujuk pada salah satu hukum negara tertentu. Secara historis, *lex mercatoria* ini merupakan hukum kebiasaan di antara para pedagang eropa yang kemudian diadministrasi oleh pengadilan pedagang, dimana pedagang itu sendiri yang menjadi hakimnya. Dapatlah dikatakan bahwa prinsip-prinsip dan kebiasaan yang diterima secara umum dalam praktek perdagangan internasional tanpa merujuk pada suatu sistem Hukum Internasional tertentu disebut sebagai *lex mercatoria*. Dengan demikian, *lex mercatoria*

⁸³ Munir Fuady, *Op. cit.*, hlm. 145

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Bayu Seto, *Op. cit.*, hlm. 293

⁸⁶ Sudargo Gautama, 1980, *Hukum Perdata dan Dagang Internasional*, Bandung: Alumni (selanjutnya disebut Sudargo Gautama VIII), hlm. 180

⁸⁷ Bayu Seto, *Op. cit.*, hlm. 294

⁸⁸ Sudargo Gautama VIII, *Loc. cit.*

⁸⁹ Sutisna Atamadipraja, (tanpa tahun), *Hukum Perjanjian dalam Hukum Perdata Internasional*, Bandung: Djatnika, hlm. 49

⁹⁰ Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 134-135

merupakan suatu norma yang bersifat otonom dan berlaku di kalangan masyarakat bisnis. Adapun elemen-elemen *lex mercatoria* adalah sebagai berikut:

- a. Peraturan-peraturan yang terdapat dalam perjanjian internasional;
- b. Hukum-hukum yang seragam;
- c. Prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa pedagang di seluruh dunia, seperti asas *pacta sunt servanda*;
- d. Resolusi-resolusi Majelis Umum PBB;
- e. Rekomendasi-rekomendasi dan kode-kode perilaku yang dikeluarkan lembaga-lembaga internasional;
- f. Kebiasaan-kebiasaan yang berlaku dalam bidang perdagangan dan kontrak-kontrak standar yang diterima secara universal; dan
- g. Putusan-putusan arbitrase.

Selain asas-asas HPI di atas, ada sebagian ahli berpendapat bahwa sebaiknya kegiatan-kegiatan dalam *cyberspace* (d.h.i transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce*), hendaklah diatur oleh hukum tersendiri. Hal tersebut dengan mengambil contoh tentang tumbuhnya *the law of merchant (lex mercatoria)* pada abad pertengahan, yang meliputi:⁹¹

1. *The theory of the Uploader and Downloader*
Berdasarkan teori ini, *uploader* adalah pihak yang memasukkan informasi ke dalam suatu lokasi (*cyberspace*), sedangkan *downloader* adalah pihak yang mengakses informasi. Hukum yang berlaku adalah tempat dimana si pengakses informasi (*downloader*) tersebut berasal.
2. *The Law of the Server*
Pendekatan yang dapat digunakan adalah memperlakukan *server* dimana *website* secara fisik berlokasi, yaitu dimana mereka dicatat sebagai data elektronik. Artinya, hukum yang digunakan adalah hukum tempat si pelaku usaha tersebut berasal.
3. *The Theory of International Spaces*
Pendekatan yang digunakan adalah men-

coba menganalogikan hukum dalam *cyberspace* sebagaimana layaknya ruang angkasa yang bebas dan tidak tunduk pada suatu hukum ataupun kedaulatan negara manapun, dimana hukumnya ditentukan oleh Hukum Internasional berdasarkan perjanjian antar negara-negara.

Kembali pada permasalahan di atas, maka timbul suatu pertanyaan, yaitu prestasi manakah yang paling karakteristik di dalam konteks transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce*, apakah pengiriman barang dan penyediaan jasa pelayanan digital (penjual) ataukah pembayarannya (pembeli).

Sehubungan dengan ketiadaan pilihan hukum tersebut, Konvensi Roma memberikan beberapa ketentuan. Jika para pihak gagal untuk membuat pilihan hukum baik secara tegas ataupun secara dam-diam, maka pilihan hukum itu akan ditentukan sesuai dengan Pasal 4 ayat (1) yang menyatakan bahwa dalam hal ketika pilihan hukum tidak dapat dipilih sesuai dengan Pasal 3, maka kontrak tersebut akan diatur oleh hukum suatu negara yang mempunyai **hubungan yang paling dekat dengan kontrak itu**.⁹²

Lebih lanjut Pasal 4 ayat (2) menjelaskan tentang anggapan bahwa kontrak itu mempunyai hubungan yang paling dekat dengan negara dimana para pihaknya mempunyai karakteristik tertentu pada pelaksanaan kontrak seperti tempat tinggal mereka pada saat penandatanganan kontrak.

Menurut *the Giuliano-Lagarde Report*, biasanya karakteristik prestasinya itu ditandai pada saat pembayaran itu terjadi seperti pengiriman barang, ketentuan pelayanan, memberikan hak untuk membuat *item* barangnya, dan lain-lain.⁹³ *The Giuliano Lagerde Report* mendefinisikan prestasi karakteristik tersebut sebagai: "*the performance for which payment is due ... the delivery of goods ... which usually constitutes the centre of gravity and social-economic function of contractual transaction*".⁹⁴

Konsekuensinya, dalam ruang lingkup kontrak *online*, contoh-contoh dari prestasi yang

⁹¹ Edmon Makarim, *Op. cit.*, hlm. 369

⁹² Ridwan Khairandy, *Op. cit.*, hlm. 24

⁹³ Sutisna Atamadipraja, *Op. cit.*, hlm. 117

⁹⁴ Michael Chissick dan Alistair Kelman dalam Ridwan Khairandy, *Op. cit.*, hlm. 25

karakteristik adalah mencakup pengiriman barang dan penyediaan jasa layanan atau pelayanan digital. Hal inilah yang merupakan inti kontrak, bukan pembayarannya.⁹⁵ Melihat fakta-fakta karakteristik di atas, maka hukum yang berlaku dalam kontrak *online* khususnya terkait dengan transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce* adalah hukum dimana tempat si penjual berada.

Oleh karena hukum yang diterapkan dalam ketiadaan pilihan akan jatuh kepada tempat bisnis penjual, penjual mungkin saja ingin tahu apakah lokasi *web server* dapat dipertimbangkan sebagai suatu tempat bisnis. Interpretasi ini akan memberi fleksibilitas untuk memilih forum (*forum shop*) antara tempat bisnis mereka yang faktual (nyata) mereka dan *web server*-nya. Walaupun demikian, untuk menentukan *web server* sebagai tempat bisnis akan menjadi suatu perluasan konsep yang akan bermuara pada perlawanan terhadap semangat dari hukum itu sendiri.⁹⁶

Walaupun Pasal 4 ayat (2) lebih menekankan pada ciri khas prestasi, akan tetapi disini juga dijelaskan tentang hukum negara mana yang berlaku ketika para pihaknya mempunyai tempat tinggal yang tetap, atau untuk kasus sebuah badan hukum atau tidak berbadan hukum, dimana pusat administrasinya, pada saat penandatanganan kontrak. Ketika tempat tinggal para pihak dan pusat administrasi dari suatu perusahaan tidak disebutkan, maka kemudian hukum sebuah forum akan dianggap diterapkan dalam kontrak itu.⁹⁷

Terkait dengan badan hukum tersebut, maka dalam Hukum Perdata Internasional dikemukakan 2 (dua) prinsip populer, yaitu:⁹⁸

1. Prinsip tempat badan hukum didirikan (*The Place of Incorporation*)

Prinsip ini menyatakan bahwa hukum

yang berlaku bagi suatu badan hukum adalah hukum tempat dimana badan hukum itu didirikan;

2. Prinsip tempat badan hukum yang efektif (*Siege Reel*)⁹⁹

Prinsip ini menyatakan bahwa hukum yang berlaku bagi status badan hukum adalah hukum tempat dimana badan hukum itu melakukan usahanya.

Berdasarkan kedua prinsip tersebut, apabila transaksi *e-commerce* antar negara dilakukan oleh badan hukum dengan perseorangan dan kemudian terjadi sengketa, maka hukum yang berlaku adalah hukum tempat dimana badan hukum itu didirikan atau tempat dimana badan hukum itu melakukan usahanya.

Selanjutnya dalam Pasal 5 ayat (2) ditegaskan bahwa "... a choice of law by the parties shall not the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the country in which he has his habitual residence". Maksudnya, dalam kontrak bisnis-konsumen, pilihan hukum yang dibuat di dalam kontrak tidak dapat menghilangkan hak-hak konsumen atas perlindungan hukum yang seharusnya ia peroleh dari hukum perlindungan konsumen dari negara tempat ia memiliki kediaman tetap.¹⁰⁰

Sejalan dengan ketentuan yang terkandung dalam Konvensi Roma 1980 tersebut di atas, maka berlaku asas bahwa hukum yang dipilih para pihak dalam sebuah kontrak tidak dapat mengenyampingkan kaidah-kaidah memaksa (*mandatory laws*) dari negara lain yang memiliki *closest connection* dengan kontrak (d.h.i kontrak dalam Hukum Perlindungan Konsumen).

⁹⁹ Prinsip ini dikenal juga dengan sebutan "*centre of exploitation theory*" atau "*centre of operations*". Prinsip ini beranggapan bahwa status badan hukum harus diatur berdasarkan hukum dari tempat perusahaan itu memusatkan kegiatan operasional, eksploitasi, atau kegiatan produksi barang dan/atau jasanya. Prinsip ini akan mengalami kesulitan jika dihadapkan pada suatu perusahaan (multinational) yang memiliki pelbagai bidang usaha/bidang eksploitasi dan/atau memiliki pelbagai anak perusahaan atau cabang yang tersebar di pelbagai tempat di dunia. Belum lagi apabila perusahaan induknya mengalami persoalan yang berkaitan dengan eksistensi yuridisnya, seperti pailit, merger, akuisisi, dan sebagainya. Lihat Bayu Seto, *Op. cit.*, hlm. 273-274

¹⁰⁰ Abdul Halim Barkatullah, *Op. cit.*, hlm. 56

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.* Menurut Chissick, bahwa dalam konteks transaksi *e-commerce*, perusahaan-perusahaan yang menempatkan *web server* dan juga lokasi *web server* mereka dimanapun di dunia maya, seringkali sepenuhnya tidak relevan dengan bagaimana penjual menjalankan bisnisnya. Tempat bisnis adalah suatu yang holistik, oleh karenanya bukan sesuatu yang didasarkan pada kriteria objektif kecil (*minor objective criteria*) yang menuju pada suatu *distorsi*.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Yahya Ahmad Zein, *Op. cit.*, hlm. 136

men).¹⁰¹

Penetrasi makna dibuatnya Konvensi Roma adalah diakomodirnya ketentuan yang terkait dengan kebebasan pilihan hukum (Pasal 3). Namun, dalam transaksi elektronik internasional yang melibatkan konsumen, pilihan hukum tidak memiliki pengaruh yang terbatas. Menurut Pasal 5 ayat (2), pilihan hukum dalam kontrak konsumen adalah sah tetapi tidak mengesampingkan aturan Hukum Perlindungan Konsumen dari negara tempat domisili konsumen, jika konsumen itu adalah "konsumen pasif".¹⁰²

Di negara-negara Uni Eropa telah diterapkan prinsip "*country of reception*" bagi transaksi konsumen *e-commerce* (*Business to Consumer* – B2C). Prinsip ini merupakan aturan yang memperbolehkan konsumen pemakai terakhir (*end user*) untuk menerapkan Undang-undang Perlindungan Konsumen mereka. Prinsip ini diterapkan hanya untuk transaksi konsumen dan tidak kepada kontrak elektronik antar pelaku usaha.¹⁰³ Bisnis perdagangan elektronik jelas mempunyai alasan yang baik, untuk menentukan pilihan hukum dan forum dengan tegas dalam kontrak.¹⁰⁴

Sedangkan untuk transaksi *e-commerce* antara pelaku usaha (*Business to Business* – B2B), di Uni Eropa telah dikembangkan prinsip *country of origin*. Di dalam prinsip ini, hukum yang diterapkan adalah hukum dimana kontrak berasal. Misalnya, pelaku usaha di Uni Eropa melakukan transaksi *e-commerce* dengan pelaku usaha di Amerika Serikat. Kontrak yang mengatur transaksi tersebut dibuat di Amerika Serikat. Apabila kemudian hari terjadi sengketa, maka hukum yang diberlakukan adalah hukum negara bagian di Amerika Serikat.¹⁰⁵

H. Penutup

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat disimpulkan bahwa hukum yang berlaku dalam penyelesaian sengketa transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce* adalah:

1. Hukum yang berlaku dalam penyelesaian

an sengketa transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce* adalah **hukum yang dipilih oleh para pihak (pilihan hukum-choice of law)** dalam kontrak elektronik internasional yang mereka buat. Pilihan hukum tersebut dapat dilakukan, baik itu secara tegas maupun secara diam-diam. Penerapan metode hukum yang berlaku ini diatur dalam ketentuan Pasal 7 Konvensi Hague dan Pasal 3 ayat (1) Konvensi Roma yang mengatur hal serupa;

2. Hukum yang berlaku dalam penyelesaian sengketa transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce*, bilamana para pihak tidak menentukan pilihan hukum dalam kontrak elektronik internasional adalah mengacu pada **hukum dari negara si penjual** berdasarkan asas-asas Hukum Perdata Internasional. Hal ini dikarenakan, penjual merupakan pihak yang memiliki prestasi paling karakteristik dibanding pihak lainnya. Penentuan tersebut didasarkan pada *the Most Characteristic Connection Theory* sebagaimana yang diatur dalam Pasal 8 Konvensi Hague serta Pasal 4 ayat (1) dan (2) Konvensi Roma.

Terkait dengan isu hukum di atas, maka penulis memberikan masukan atau saran sebagai berikut:

1. Hendaknya para pihak membuat suatu pilihan hukum (*choice of law*) dalam kontrak elektronik internasional, yang dapat berlaku dalam penyelesaian sengketa transaksi bisnis internasional tersebut. Hal ini ditujukan untuk menjamin kepastian hukum di antara para pihak. Serta untuk menghindari berlakunya asas-asas Hukum Perdata Internasional (HPI) yang dapat menimbulkan penggunaan hukum yang sama sekali tidak dikehendaki oleh para pihak;
2. Mengingat dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik hanya memuat satu pasal terkait dengan penyelesaian sengketa transaksi bisnis internasional yang menggunakan *e-commerce*, yaitu Pasal 18, maka untuk menciptakan suatu kea-

¹⁰¹ Decey dan Morris dalam *Ibid*.

¹⁰² Lakke Moerel sebagaimana dikutip oleh Abdul Halim Barkatullah, *Op. cit.*, hlm. 57

¹⁰³ Geral R. Ferrera, *et. all.*, dalam *Ibid*.

¹⁰⁴ Michael Chissick dan Alistair Kelman dalam *Ibid*.

¹⁰⁵ Ridwan Khairandy, *Op. cit.*, hlm. 26

dilan dan kepastian hukum yang lebih mengikat, perlu dibentuknya suatu norma konkritual positivis berupa Peraturan Pemerintah tentang penyelesaian sengketa transaksi *e-commerce* yang lebih

komprehensif, baik itu dalam hal prosedural formiel, ataupun materiel, yang merupakan pelaksana dari Pasal 18 tersebut.

Daftar Pustaka

Buku-Buku

- Adolf, Huala. 2005. *Hukum Perdagangan Internasional*. Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- AK, Syahmin dan Amirul Husni. 2005. *Hukum Perdata Internasional: Dalam Kerangka Studi Analitis*. Palembang: Penerbit Universitas Sriwijaya.
- Atamadipraja, Sutisna. (tanpa tahun). *Hukum Perjanjian dalam Hukum Perdata Internasional*. Bandung: Djatnika.
- Fuady, Munir. 2003. *Hukum Kontrak: Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Gautama, Sudargo. 1983. *Capita Selecta Hukum Perdata Internasional*. Bandung: Alumni.
- _____ . 1983. *Hukum Perdata Internasional: Hukum yang Hidup*. Bandung: Alumni.
- _____ . 1980. *Hukum Perdata dan Dagang Internasional*. Bandung: Alumni.
- _____ . 1987. Buku III Bagian 2 (Buku ke-8). *Hukum Perdata Internasional*. Bandung: Alumni.
- _____ . 1988. Jilid II Bagian 5 (Buku ke-6). *Hukum Perdata Internasional Indonesia*. Bandung: Alumni
- _____ . 1998. Jilid II Bagian 4 (Buku ke-5). *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*. Bandung: Alumni
- _____ . 1998, Jilid III Bagian 2 (Buku ke-8), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Bandung: Alumni.
- Hariningsih, SP. 2005. *Teknologi Informasi*. Jakarta: Graha Ilmu.
- Kantaatmadja, Mieke Komar et. al. 2002. *Cyberlaw: Suatu Pengantar (Seri Dasar Hukum Ekonomi)*. Bandung: ELIPS II.
- Mansur, Didik M. Arief dan Elisatiris Gultom. *Cyber Law: Aspek Hukum Teknologi Informasi*. Cet-2. Bandung: PT. Refika Aditama.
- Makarim, Edmon. 2004. *Kompilasi Hukum Telematika*. Cet-2. Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.
- Projodikoro, Wirjono. 1979. Cet-5. *Asas-Asas Hukum Perdata Internasional*. Bandung: Sumur Bandung.
- Purabacaraka, Purnadi dan Agus Brotosusilo. 1983. *Sendi-Sendi Hukum Perdata Internasional Suatu Orientasi*. Jakarta: CV. Rajawali.
- Putra, Ida Bagus Wyasa. 2008. Cet-2. *Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional dalam Transaksi Bisnis Internasional*. Bandung: Refika Aditama.
- Ramli, Ahmad M. 2006. Cet-2. *Cyberlaw dan HAKI dalam Sistem Hukum Indonesia*. Bandung: PT. Refika Aditama.
- Sanusi, M. Arsyad. 2001. *E-Commerce: Hukum dan Solusinya*. PT. Mizan Grafika Sarana.
- _____ . 2005. *Hukum Teknologi Informasi*. Cet-3. Tim Kemas Buku.
- Seto, Bayu. 2006. Buku ke-1 (Edisi Keempat). *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Sjahdeini, Sutan Remy. 1993. *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Hukum yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*. Jakarta: Institut Bankir Indonesia.

- Subekti, R. dan R. Tjitrosudibio. 1983. *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*. Cet-16. Jakarta: Pradnya Paramita
- Suherman, Ade Maman. 2001. *Aspek Hukum dalam Ekonomi Global*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Ustadianto, Riyeke. 2001. Cet-1. *Framework E-Commerce*. Yogyakarta: Penerbit Andi.
- Zein, Yahya Ahmad. 2009. *Kontrak Elektronik dan Penyelesaian Sengketa Bisnis E-Commerce: Dalam Transaksi Nasional dan Internasional*. Bandung: Mandar Maju.

Jurnal Ilmiah

- Barkatulah, Abdul Halim. 2010. "Bentuk Perlindungan Hukum Bagi Konsumen dalam Penyelesaian Sengketa Transaksi Elektronik Internasional Menurut UU No. 11 Tahun 2008". *Jurnal Hukum Bisnis*. Volume 29 Tahun 2010. Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis
- Khairandy, Ridwan. 2010. "Hukum yang Berlaku dalam Transaksi Bisnis dengan E-Commerce". *Jurnal Hukum Bisnis*. Volume 29 Tahun 2010. Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis

Sumber Lainnya

Running Text pada acara Metro Hari Ini pada hari Jum'at. 28 Mei 2010. Pukul 17.25 WIB

Peraturan Perundang-undangan

- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*)
- Indonesia. Undang-undang tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. UU No. 11 Tahun 2008. LN Tahun 2008 Nomor 58. TLN Nomor 4843.