

“FORCE MAJEUR CLAUSE” ATAU “HARDSHIP CLAUSE” Problematika Dalam Perancangan Kontrak Bisnis

Oleh:

Agus Yudha Hernoko

ABSTRACT

The significance of contract is to secure a fair transaction of rights and obligations of the party to the contract, by which it creates a safely, properly, and beneficially contractual relation. Under no circumstances is the contract made to harm one or both of the parties. Despite fair formation, due to breach of contract or force majeure the contract is not performed as supposed to be.

The stipulation of force majeure clause, in some cases, are not accomodative to the business activity because the dispute settlement is usually put in the court. Therefore, there is a new way to apply hardship doctrine which in the perspective of business is seen more flexible and accomodative to solve the dispute.

The hardship characteristic, as mention above, is appropriate to the business character which needs both dynamic activity and the business continuity among parties. The implementation of hardship doctrine is a “win-win solution” model which benefits both parties.

Keywords : *business contract, force majeure clause, hardship clause, win-win solution contract.*

PENDAHULUAN

Pada dasarnya suatu kontrak bisnis berawal dari suatu perbedaan atau ketidaksamaan kepentingan di antara para pihak untuk kemudian saling dipertukarkan (*exchange of interest*). Perumusan hubungan kontraktual tersebut pada umumnya senantiasa diawali dengan proses negosiasi di antara para pihak. Melalui negosiasi para pihak berupaya menciptakan bentuk-bentuk kesepakatan untuk saling memper-

temukan sesuatu yang diinginkan (kepentingan) melalui proses tawar menawar. Pendek kata, pada umumnya kontrak bisnis justru berawal dari perbedaan kepentingan yang dicoba dipertemukan melalui kontrak. Melalui kontrak perbedaan tersebut diakomodir dan selanjutnya dibingkai dengan perangkat hukum sehingga mengikat para pihak. Dalam kontrak bisnis pertanyaan mengenai sisi kepastian dan keadilan justru akan tercapai apabila perbedaan yang ada di antara para pihak terakomodir melalui mekanisme hubungan kontraktual

yang bekerja secara proporsional.

Menurut hemat penulis, kontrak pada dasarnya sebuah proses bisnis yang dituangkan dalam bahasa hukum sehingga mengikat para pihak. Oleh karena itu, kontrak yang baik adalah kontrak yang “*support*” pada proses bisnis, dan hal ini secara sederhana dapat dicermati dari struktur anatomis klausula kontrak tersebut. Rangkaian klausula kontrak tersebut merupakan proses pertukaran kepentingan para pihak (hak dan kewajiban) yang seyogyanya mampu menopang proses bisnis dari awal sampai akhir. Ada yang menyatakan bahwa, “setiap langkah bisnis adalah langkah hukum”, merupakan ungkapan yang tepat untuk menggambarkan adanya korelasi antara proses bisnis dengan kontrak yang mbingkainya.

Model kontrak bisnis dewasa ini telah berkembang demikian pesat, baik ragam bentuk (format) maupun isinya (substansi). Namun secara umum struktur bangunan anatomis dari model kontrak-kontrak bisnis pada dasarnya tersusun dari beberapa klausul penting, yaitu:

a. Klausul definisi;

b. Klausul pokok; dan

c. Klausul penunjang.

Urgensi pengaturan kontrak dalam praktik bisnis adalah untuk menjamin pertukaran kepentingan (hak dan kewajiban) berlangsung secara proporsional bagi para pihak, sehingga dengan demikian terjalin hubungan kontraktual yang adil dan saling menguntungkan. Bukan sebaliknya, merugikan salah satu pihak atau bahkan pada akhirnya justru merugikan para pihak yang berkontrak. Naluri bisnis setiap pebisnis senantiasa berharap agar hubungan yang terjalin berlangsung “*win-win profit*” dan “*happy ending*”. Namun demikian, “siapa mampu meramal secara tepat apa yang terjadi esok hari?”, hal serupa berlaku dalam kilas perjalanan hubungan bisnis (kontraktual) di antara para pelakunya. Acapkali hubungan bisnis di antara mereka kandas di tengah jalan, berakahir dengan konflik berkepanjangan serta menciptakan kondisi “*win-lose*” bahkan “*lose-lose*”. Oleh karena itu, dalam perancangan kontrak berlaku prinsip “ *sedia payung sebelum hujan*”, dengan mencantumkan klausul-klausul antisipatif yang diharapkan mampu melindungi kepentingan bisnis mereka

oleh pihak debitor memberikan hak gugat kepada kreditor dalam upaya menegakkan hak-hak kontraktualnya. Hak kreditor tersebut, meliputi: pemenuhan, pembubaran dan ganti rugi. Namun demikian dalam proses penyelesaian sengketa yang berlangsung, penegakan hak kontraktual kreditor senantiasa berbanding terbalik dengan hak-hak kontraktual debitor. Artinya, hukum memberikan penghargaan yang sama kepada debitor untuk mempertahankan hak-hak kontraktualnya melalui beberapa cara, yaitu:

- a. mengajukan eksepsi atau tangkisan berdasarkan doktrin 'pelepasan hak' (*rechtsverwerking*). Pelepasan hak ini didasarkan pada sikap kreditor yang terkesan menerima prestasi debitor, meskipun prestasi tersebut tidak sesuai dengan yang diperjanjikan. Sikap ini dapat terjadi secara eksplisit (tegas) atau implisit (diam-diam).
- b. mengajukan eksepsi atau tangkisan berdasarkan doktrin '*exceptio non adimpleti contractus*'. Doktrin ini merupakan sarana pembelaan bagi debitor terhadap dalil gugatan kreditor, dimana tangkisan debitor tersebut isinya menyatakan bahwa kreditor sendiri tidak melaksanakan

prestasi. '*Exceptio non adimpleti contractus*' hanya berlaku apabila tidak ditentukan dalam undang-undang (misal: Pasal 1602 b BW, telah menentukan bahwa pelaksanaan pekerjaan lebih dahulu daripada pembayaran upah) atau tidak diperjanjikan para pihak dalam kontraknya (misal: para pihak sepakat pembayaran dilakukan 14 hari setelah penyerahan barang). Hanya dalam hal para pihak tidak menentukan siapa yang harus berprestasi lebih dahulu, maka dalil *exceptio non adimpleti contractus* dapat diterima.

- c. mengajukan eksepsi atau tangkisan karena adanya *overmacht* (*force majeure*, daya paksa).

Terkait dengan *overmacht*, Buku III BW mengaturnya secara fragmentaris (tersebar) dalam beberapa pasal, yaitu Bagian IV Tentang Penggantian Biaya, Rugi dan Bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan (Pasal 1244 - 1245 BW) dan Bagian VII Tentang Musnahnya Barang yang terutang (Pasal 1444 - 1445 BW). Rumusan *overmacht* menurut pasal-pasal tersebut, adalah sebagai berikut:

(*technical house keeping clause*).

Dalam kontrak bisnis komersial terdapat klausul yang senantiasa dicantumkan dalam substansi kontrak, yaitu klausul "*overmacht*" atau "*force majeure*". Klausul ini dimaksudkan untuk mengantisipasi kegagalan salah satu dalam pemenuhan kewajiban kontraktual mereka yang disebabkan keadaan di luar kemampuan para pihak, dan yang terjadi setelah penutupan kontrak. Dengan klausul ini, apabila kemudian terjadi kondisi "*overmacht*" atau "*force majeure*" maka pada umumnya apabila debitor dapat membuktikan keadaan tersebut ia dibebaskan dari tanggung gugat.

Konsekuensi timbulnya "*overmacht*" atau "*force majeure*" serta akibat hukum yang ditimbulkan dalam beberapa hal dianggap merugikan salah satu pihak, bahkan pola penyelesaian sengketa yang dihasilkan dianggap tidak "*support*" pada kebutuhan para pelaku di dunia bisnis. Oleh karena itu kemudian muncul doktrin baru yang dianggap sebagai salah satu "*lex mercatoria*" yaitu doktrin "*hardship*" atau "*keadaan sulit*" yang memberikan jalan keluar secara lebih elegan dalam penyelesaian kegagalan pemenuhan kewajiban kontraktual.

Sebagai doktrin baru, "*hardship*" perlu dipertimbangkan untuk dimasukkan dalam perancangan kontrak sebagai salah satu klausul untuk menjembatani pelaku bisnis menyelesaikan problema-tikanya. Oleh karena itu, tulisan ini mencoba melakukan telaah terhadap konsep "*overmacht*" atau "*force majeure*" dan konsep "*hardship*" melalui perbandingan beberapa sistem hukum, yaitu: BW, NBW, UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*), *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994 -selanjutnya disingkat UPICC), RUU Kontrak (ELIPS), serta Hukum Kontrak Malaysia. Tujuan dari perbandingan ini agar diperoleh gambaran yang komprehensif tentang "*overmacht*" atau "*force majeure*" serta "*hardship*".

Berdasarkan uraian latar belakang masalah tersebut di atas, maka dalam tulisan ini diajukan isu hukum, yaitu:

"*Konsep force majeure dan hardship, pengaturannya di beberapa sistem hukum serta konsekuensi dan akibat hukumnya*"

FORCE MAJEUR (OVERMACHT, KEADAAN MEMAKSA)

Kegagalan pelaksanaan kontrak

Pasal 1244 BW, menyatakan:

Jika ada alasan untuk itu, si berutang harus dihukum untuk mengganti biaya, rugi dan bunga apabila ia tak dapat membuktikan, bahwa tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan oleh sesuatu hal yang tak terduga, pun tak dapat dipertanggungjawabkan padanya, kesemuanya itu jika tidak ada itikad buruk padanya.

Pasal 1245 BW, menyatakan:

Tidak ada penggantian biaya, rugi dan bunga, bila karena keadaan memaksa atau karena suatu kejadian yang tidak disengaja, si berutang debitur terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau karena hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang.

Pasal 1444 BW, menyatakan:

Jika barang tertentu yang menjadi pokok persetujuan musnah, tak dapat diperdagangkan, atau hilang, hingga sama sekali tak diketahui apakah barang itu masih ada, maka hapuslah perikatannya, asal barang itu musnah atau hilang di luar kesalahan si berutang dan sebelum ia lalai menyerahkannya.

Bahkan meskipun si berutang lalai menyerahkan suatu barang sedangkan ia tidak telah menanggung terhadap kejadian-kejadian yang tak terduga, perikatan tetap hapus jika barang itu akan musnah juga dengan cara yang sama di tangannya si berpiutang, seandainya sudah diserahkan kepadanya.

Si berutang diwajibkan membuktikan kejadian yang tak terduga, yang dimajukannya itu.

Dengan cara bagaimanapun suatu barang yang telah dicuri, musnah atau hilang, hilangnya barang ini tidak sekali-kali membebaskan orang yang mencuri barang dari kewajibannya untuk mengganti harganya.

Pasal 1445 BW, menyatakan:

Jika barang yang terutang, di luar salahnya si berutang, musnah, tak dapat lagi diperdagangkan, atau hilang, maka si berutang, jika ia mempunyai hak-hak atau tuntutan-tuntutan ganti rugi mengenai barang tersebut, diwajibkan memberikan hak-hak dan tuntutan-tuntutan tersebut kepada orang yang mengutangkan kepadanya.

Beranjak dari rumusan pasal-pasal di atas, maka *overmacht* dapat disimpulkan merupakan peristiwa yang

tidak terduga yang terjadi diluar kesalahan debitor setelah penutupan kontrak yang menghalangi debitor untuk memenuhi prestasinya, sebelum ia dinyatakan lalai dan karenanya tidak dapat dipersalahkan serta tidak menanggung risiko atas kejadian tersebut. Untuk itu, sebagai sarana bagi debitor melepaskan diri dari gugatan kreditor, maka dalil adanya *overmacht* harus memenuhi syarat, bahwa:

- a. Pemenuhan prestasi terhalang atau tercegah,
- b. Terhalangnya pemenuhan prestasi tersebut di luar kesalahan debitor, dan
- c. Peristiwa yang menyebabkan terhalangnya prestasi tersebut bukan merupakan risiko debitor.

Adanya peristiwa yang dikategorikan sebagai *overmacht* membawa konsekuensi (akibat hukum), sebagai berikut:

- a. Kreditor tidak dapat menuntut pemenuhan prestasi.
- b. Debitor tidak dapat lagi dinyatakan lalai.
- c. Debitor tidak wajib membayar ganti rugi.
- d. Risiko tidak beralih kepada debitor.
- e. Kreditor tidak dapat menuntut

pembatalan dalam perjanjian timbal balik.

- f. Perikatan dianggap gugur.

Sebagaimana dipahami bahwa dengan adanya *overmacht* akan berkait dengan risiko tanggung gugat bagi para pihak.

Risiko adalah kewajiban untuk memikul beban kerugian apabila terjadi peristiwa diluar kesalahan salah satu pihak yang menimpa benda yang dimaksud dalam perjanjian atau menghalangi pelaksanaan prestasi. Undang-undang memberikan mekanisme penyelesaian terkait dengan risiko terjadinya *overmacht* pada perjanjian timbal balik (misal dalam Pasal 1545, 1553 dan 1563 BW). Pengaturan pasal-pasal tersebut pada dasarnya membagi beban secara proporsional antara para pihak, sebagaimana putusan *Hoge Raad* dalam tanggal 17 Juni 1949, Nj 1949, 544; *N.V. Algemeen Kunstzijde Unie (AKU) v. N.V. Stalen Stieger*, yang memutuskan bahwa, “*apabila dalam suatu perjanjian timbal balik pihak yang satu karena overmacht tercegah melakukan prestasi, maka pihak lain juga bebas dari kewajibannya..*” (J.H. Niewenhuis, 1985: 105).

Pitlo mengemukakan bahwa menurut kepatutan (*billijkheid*) debitor tidak lagi berkewajiban, maka pihak lain (kreditor) juga bebas atau dengan kata lain risiko ditanggung oleh mereka yang tidak berprestasi. Namun demikian, hendaknya dibedakan antara *overmacht* yang menghalangi pelaksanaan prestasi debitor dengan ketidakmungkinan melaksanakan hak. Ketidakmungkinan melaksanakan hak merupakan keadaan pribadi kreditor dan karenanya bukan merupakan alasan *overmacht*. (Setiawan, 1987: 31-32)

Selain itu perlu diperhatikan sifat dari *overmacht* terhadap kemungkinan pelaksanaan prestasi, yaitu: (i) *overmacht* yang bersifat absolut (tetap; permanen), yang mengakibatkan pelaksanaan prestasi tidak mungkin dilakukan, dan (ii) *overmacht* yang bersifat relatif (tidak tetap, temporer), yang mengakibatkan pelaksanaan prestasi secara normal tidak mungkin dilakukan, namun secara tidak normal mungkin dilakukan atau untuk sementara waktu ditangguhkan sampai dimungkinkannya pemenuhan prestasi kembali.

Untuk membahas risiko tanggung gugat dalam terjadi *overmacht* terdapat beberapa teori yang mencoba mem-

berikan argumentasi masing-masing, meliputi:

- a. *Teori Obyektif*. Teori ini bertitik tolak dari asumsi bahwa, '*prestasi tidak mungkin bagi setiap orang*', artinya terkait dengan ketidakmungkinan mutlak bagi setiap orang (vide Pasal 1444 BW). Misal: A (debitor) berkewajiban menyerahkan seekor kuda, namun di tengah perjalanan kuda mati disambar petir. Matinya kuda yang mengakibatkan tercegah-nya pemenuhan prestasi tidak hanya berlaku bagi A (debitor), namun bagi setiap orang yang berada pada posisi A akan mengalami akibat yang sama. Namun demikian, dalam perkembangannya teori ini tidak berlaku absolut (mutlak), namun lebih mendekati teori subyektif bahwa apa yang dianggap secara obyektif berlaku bagi semua orang, pada akhirnya juga diterima bahwa perlu diperhatikan subyek-subyek perikatan yang terkena akibat *overmacht* tersebut.
- b. *Teori Subyektif*. Titik tolak teori ini adalah '*prestasi tidak mungkin bagi debitor yang bersangkutan*' artinya terkait dengan ketidakmungkinan relatif (dengan mengingat keadaan

pribadi atau subyek debitor). Misal: Seorang perajin kecil (debitor-mitra binaan BUMN) diwajibkan menyerahkan hasil kerajinan kepada BUMN, sementara harga bahan baku sangat mahal (tidak terjangkau oleh yang bersangkutan. Melambungnya harga bahan baku tersebut bagi pebisnis umum merupakan bagian dari risiko bisnis yang telah dipahami, namun bagi pelaku usaha kecil atau mikro hal tersebut dapat dikategorikan sebagai *overmacht*.

J.F. Houwing dengan Teori Usahanya (*Inspanningsleer*) merupakan pendukung teori subyektif. Teori ini beranjak dari pemikiran bahwa '*overmacht mulai dimana kesalahan berhenti*', artinya debitor harus dihukum membayar ganti rugi apabila tidak dapat membuktikan bahwa demi perikatan, ia telah melakukan segala sesuatu yang menjadi kewajibannya berdasarkan pendapat dalam lalu lintas masyarakat dan makna yang wajar dari kontrak tersebut. Untuk itu debitor harus membuktikan bahwa ia telah berusaha, berdasarkan kriteria: (Purwahid Patrik, 1994: 20)

- i. pendapat dalam lalu lintas masyarakat
 - ii. makna yang wajar dari kontrak yang bersangkutan.
- c. Teori Risiko dari *J.L.L. Wery* beranjak dari pemikiran bahwa '*overmacht mulai dimana risiko berhenti*', artinya debitor harus dihukum membayar ganti rugi apabila tidak dapat membuktikan bahwa terhalangnya pelaksanaan prestasi timbul dari keadaan yang selayaknya ia tidak bertanggung gugat. Dengan kata lain, meskipun debitor tidak bersalah, apakah ia harus bertanggung gugat? Apabila jawabannya positif, maka debitor memikul risiko tanggung gugat. Teori menimbulkan bahaya atau teori ambil-alih risiko (*Gevaarzetting Theorie*) merupakan contoh dari teori risiko, bahwa disini debitor telah mengambil risiko untuk pemenuhan prestasi tersebut. Misal: perusahaan angkutan menggunakan alat-alat angkut yang tidak sesuai untuk peruntukannya, berarti telah mengetahui risiko yang akan timbul berdasarkan pendapat dalam lalu lintas masyarakat dan kelayakan (*vide putusan Hoge raad 5 Januari 1968, NJ*

1968, 102; *Vliegtuigvleugel* dan *putusan Hoge raad 13 Desember 1968, NJ 1969, 174; Cadix*). Demikian pula, undang-undang adakalanya menetapkan pihak lain harus bertanggung gugat di luar kesalahannya (i.c. orang tua, wali, atau majikan bertanggung gugat atas kesalahan yang dilakukan oleh orang-orang yang berada di bawah pengawasannya vide Pasal 1367 BW). (J.H. Niewenhuis, 1985).

Dengan mencermati uraian di atas, maka dalil *overmacht* tidak akan berhasil, apabila:

- a. *overmacht* terjadi diluar kesalahan debitor, namun debitor telah dalam keadaan lalai,
- b. tercegahnya pemenuhan prestasi dapat diduga pada waktu penutupan perjanjian,
- c. tercegahnya pemenuhan disebabkan kesalahan seseorang yang diikutsertakan dalam melaksanakan perikatan,
- d. tercegahnya pemenuhan disebabkan oleh cacat-cacat benda yang digunakan debitor dalam melaksanakan perikatannya,

Terkait dengan *overmacht*, NBW memberikan instrumen hukum bagi

debitor untuk mengelak dari tanggung gugat apabila kegagalan pelaksanaan prestasi yang menjadi kewajibannya. Hal ini sebagaimana disimpulkan dari rumusan Pasal 6:58 NBW, yang menyatakan bahwa, “debitor adalah lalai..., kecuali terhalangnya pelaksanaan prestasi itu tidak dapat dibebankan kepada dirinya.” Demikian pula dalam Pasal 6:74 NBW yang menyatakan bahwa, “setiap kegagalan dalam pemenuhan prestasi mewajibkan debitor untuk membayar ganti rugi yang diderita kreditor, kecuali kegagalan itu tidak dapat dibebankan kepadanya”. Penegasan lebih lanjut mengenai adanya peluang bagi debitor untuk mendalilkan *overmacht* terdapat dalam substansi Pasal 6:75 NBW yang menyatakan bahwa, “kegagalan dalam pemenuhan prestasi tidak dapat dibebankan kepada debitor, apabila hal itu terjadi di luar kesalahannya, menurut undang-undang atau pendapat umum yang diterima.” Secara substansial dalil tentang *overmacht* dalam NBW tidak berbeda dengan BW.

UPICC maupun RUU Kontrak (ELIPS) memberikan pengaturan *overmacht* dalam sistematika yang sama, yaitu Bab VII tentang *Non performance*

(Ketidakpelaksanaan), Bagian I: *Non Performance in General* (Ketidakpelaksanaan secara umum), Pasal 7.1.7 tentang *Force majeure*. Secara umum substansi *force majeure* dalam UPICC maupun RUU Kontrak (ELIPS) tidak berbeda dengan pengaturan BW. Apabila dicermati substansi Pasal 7.1.7 tersebut berisi mengenai syarat-syarat yang dapat dipergunakan oleh debitor untuk membebaskan diri dari tanggung gugat dengan mendalilkan adanya *force majeure*, yaitu:

- a. debitor harus membuktikan ketiadaan pelaksanaan prestasi disebabkan oleh adanya hambatan diluar kemampuannya, sebelum tenggang waktu pelaksanaan lewat (jatuh tempo);
- b. hambatan tersebut tidak dapat diduga secara wajar pada saat penutupan kontrak;
- c. untuk hambatan yang bersifat sementara toleransi penundaan pelaksanaan prestasi diberikan dengan mempertimbangkan pengaruhnya terhadap pelaksanaan prestasi;
- d. debitor wajib memberitahu kepada kreditor mengenai terjadinya *force majeure* secara patut, apabila

kewajiban pemberitahuan ini tidak dilakukan maka debitor bertanggung gugat atas kerugian yang ditimbulkannya tersebut;

Substansi Pasal 7.1.7 tersebut tampaknya berusaha mengakomodasi tradisi hukum dari *common law* yang mengenal doktrin *frustration* dan *impossibility* pelaksanaan kontrak, serta *civil law* yang mengenal doktrin *force majeure (overmacht)*, *onmogelijkheid* dan lain-lain. Istilah *force majeure* dipilih karena telah dikenal secara luas dalam praktik perdagangan internasional (dalam berbagai kontrak internasional) yang dikenal dengan klausul '*force majeure*'. (UPICC, 1984: 169)

Di Malaysia, substansi semacam *overmacht* dimasukkan dalam "*doktrin kekecewaan*" yang dikaitkan dengan kontrak untuk melakukan perbuatan yang mustahil. Doktrin kekecewaan merupakan istilah yang digunakan dalam undang-undang kontrak yang merujuk kepada berlakunya sesuatu keadaan atau kejadian yang mengakibatkan suatu kontrak yang telah dibentuk dengan sempurna, tetapi kemudian menjadi mustahil dan tidak mungkin dapat diteruskan lagi. (Sakina Shaik Ahmad Yusoo dan Azimon AbdulAzis, 2003: 194).

Hal ini sebagaimana yang di atur dalam Akta Kontrak 1950, Pasal 57 (2) tentang "Kontrak untuk melakukan perbuatan yang kemudian menjadi mustahil atau tidak sah", yang menyatakan: suatu kontrak untuk melakukan suatu yang, selepas kontrak itu di buat, menjadi mustahil, atau oleh suatu sebab kejadian yang pembuat-janji itu tidak dapat mencegah, menjadi taksah, maka kontrak itu menjadi mustahil atau taksah.

Menurut *Visu Sinnadurai*, untuk berlakunya doktrin kekecewaan berdasar Pasal 57 (2) harus diperhatikan dua aspek yang melingkupi kontrak, yaitu: (1) apabila kontrak itu menjadi mustahil, dan (2) apabila kontrak itu menjadi tidak sah. Sedangkan *Shaik Mohd Noor Alam* menambahkan, bahwa doktrin ke-kecewaan yang diterapkan oleh pengadilan di Malaysia telah mengambil alih pendekatan *common law* Inggris yang menetapkan bahwa kekecewaan itu diartikan sebagai 'perubahan radikal'. (Sakina Shaik Ahmad Yusoof dan Azimon AbdulAzis, 2003: 202-203)

Untuk menerapkan doktrin kekecewaan perlu diperhatikan beberapa keadaan, sebagai berikut:

a. Hilang atau musnahnya sesuatu yang menjadi azas kontrak.

- b. Kematian atau ketiadaupayaan (ketidakmampuan).
- c. Ketidakwujudan peristiwa yang menjadi azas kontrak (diluar kesalahan para pihak).
- d. Campur tangan kerajaan yang melibatkan azas kontrak (i.c. terkait dengan peraturan perundangan yang menghalangi pelaksanaan kontrak).
- e. Berlakunya peperangan.
- f. keadaan-keadaan lain, meliputi:
 - (i) kegagalan memperoleh ijin;
 - (ii) bencana alam;
 - (iii) perubahan undang-undang;
 - (iv) putusan pengadilan (araha *njunksi* mahkamah).

Berlakunya doktrin kekecewaan yang membebaskan para pihak dari kewajiban kontraktual masing-masing dibatasi oleh dua hal, yaitu:

- a. Pertama, pelaksanaan lebih sukar, mahal atau terlampaui. Pengadilan berpendirian bahwa para pihak tidak diperkenankan mengambil kesempatan dengan menggunakan doktrin kekecewaan semata-mata untuk mengelak dari beban biaya yang tinggi untuk melanjutkan pelaksanaan kontrak (risiko bisnis yang harus ditanggung).

b. Kedua, kekecewaan disebabkan oleh diri sendiri.

Apabila kekecewaan disebabkan oleh kesalahan sendiri, maka sekali-kali tidak melepaskan yang bersangkutan dari kewajiban kontraktualnya.

Dengan memperhatikan keadaan-keadaan tersebut di atas, maka doktrin kekecewaan ini secara substansial cenderung lebih mendekati pengertian *overmacht* sebagaimana yang di atur dalam BW, meskipun dalam beberapa hal juga menunjukkan penerimaan doktrin *hardship* didalamnya. Hal ini dapat dipahami karena Akta Kontrak 1950 lahir lebih dulu dibandingkan UPICC, sehingga doktrin *hardship* belum masuk dalam cakupan pengaturannya.

3. Keadaan Sulit (*Hardship*)

Perkembangan doktrin baru terkait dengan hambatan atau kendala pelaksanaan kontrak yang cukup penting dan mendasar untuk diperhatikan adalah doktrin *hardship* (keadaan sulit). Berbeda dengan wanprestasi dan *overmacht* yang telah diatur dalam ketentuan Buku III BW, maka *hardship* belum ada pengaturannya dan dalam hal terjadi kasus-kasus terkait dengan *hardship*, pada umumnya hakim

akan memutus berdasarkan *overmacht* (menyamakan *hardship* dengan *overmacht*). Mengenai peristilahan *hardship* di Indonesia diterjemahkan “keadaan sulit” atau “kesulitan” atau “beban”. Sementara itu dalam berbagai sistem hukum digunakan istilah berbeda untuk tujuan yang sama, seperti *frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *iniprevisio*, *accessiva anerosita sopravvenuta* dan lain-lain. Penggunaan istilah *hardship* dipilih karena secara luas dikenal dalam praktik perdagangan internasional, yaitu diperkuat dengan dimasukkannya '*hardship clauses*' dalam berbagai kontrak internasional.

Aturan tentang *Hardship* menentukan bahwa apabila pelaksanaan kontrak menjadi lebih berat bagi salah satu pihak, pihak tersebut bagaimanapun juga terikat melaksanakan perikatannya dengan tunduk pada ketentuan tentang *hardship* (sebagai perkecualian). Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 6.2.1 UPICC, tentang (*Contract to be observed* – kontrak yang harus dipatuhi). Ketentuan ini menentukan dua hal pokok, yaitu:

a. sifat mengikat dari kontrak sebagai aturan umum (*binding character of the contract the general rule*).

Tujuan dari aturan umum untuk mempertegas bahwa kontrak itu mengikat untuk dilaksanakan asal dimungkinkan, tanpa memperhatikan beban yang dipikul oleh pihak yang melaksanakan. Dengan kata lain, meskipun salah satu pihak mengalami kerugian besar atau pelaksanaan kontrak menjadi tidak berarti bagi pihak lain, bagaimanapun kontrak tersebut harus tetap dihormati.

- b. perubahan keadaan yang relevan hanya terkait kontrak-kontrak tertentu (kontrak yang pelaksanaannya belum dilakukan/masih berlaku dan berjangka panjang)—(*change in circumstances relevant only in exceptional cases*).

Prinsip sifat mengikatnya kontrak sebagaimana huruf a di atas tidaklah bersifat absolut, terutama dalam hal terjadi keadaan yang menimbulkan perubahan fundamental terhadap keseimbangan dari kontrak. Keadaan demikian merupakan situasi yang dikecualikan sebagaimana dimaksud dalam prinsip-prinsip ini sebagai *hardship*.

Selanjutnya Pasal 6.2.2 (*Definition of hardship*) memberikan

definisi *hardship* adalah peristiwa yang secara fundamental telah mengubah keseimbangan kontrak, yang disebabkan oleh biaya pelaksanaan kontrak meningkat sangat tinggi membebani pihak yang melaksanakan kontrak (debitor) atau nilai pelaksanaan kontrak menjadi sangat berkurang bagi pihak yang menerima (kreditor), dan:

- a. peristiwa itu terjadi atau diketahui oleh pihak yang dirugikan setelah penutupan kontrak;
- b. peristiwa tidak dapat diperkirakan secara wajar oleh pihak yang dirugikan pada saat penutupan kontrak;
- c. peristiwa terjadi di luar kontrol dari pihak yang dirugikan;
- d. risiko dari peristiwa itu tidak diduga oleh pihak yang dirugikan.

Dengan memperhatikan definisi Pasal 6.2.2 UPICC serta syarat-syarat tambahan sebagaimana yang disebut dalam huruf (a) sampai dengan (d) di atas, terdapat 3 unsur (elemen) untuk menentukan ada atau tidaknya *hardship*, yaitu:

- a. perubahan keseimbangan kontrak secara fundamental (*fundamental alteration of equilibrium of the contract*);
- b. meningkatnya biaya pelaksanaan

kontrak (*increase in cost of performance*);

- c. menurunnya nilai pelaksanaan kontrak yang diterima salah satu pihak (*decrease in value of the performance received by one party*).

UPICC dalam komentar penjelasannya memberikan contoh penerapan kasus dimana dalil *hardship* dapat diterima, sebagai berikut: Penjelasan pada prinsipnya, adanya perubahan keadaan tidak mempengaruhi kewajiban pelaksanaan kontrak (vide Pasal 6.2.1). Dengan demikian *hardship* tidak dapat dijadikan alasan pembatalan kontrak, kecuali perubahan itu bersifat fundamental.

Apa yang dimaksud dengan "fundamental" tergantung pada keadaan dari peristiwa tersebut. Namun demikian, apabila yang dimaksud dengan pelaksanaan kontrak adalah suatu kemampuan yang dapat dihitung secara pasti menurut konteks keuangan. Maka perubahan sebesar lima puluh persen (50%) atau lebih dari biaya atau dari nilai pelaksanaan kontrak dianggap sebagai jumlah yang "fundamental".

Contoh Kasus:

Pada bulan September 1989, A

dealer barang elektronik berdomisili di bekas Republik Demokrasi Jerman, telah melakukan kontrak jual beli stok barang dengan B, yang berdomisili di negara X, juga bekas negara sosialis. Barang tersebut seharusnya dikirim B pada bulan Desember 1990, tetapi pada bulan November 1990, A memberitahu B bahwa barang tersebut tidak dapat dikirim seperti biasanya, dengan alasan bahwa setelah penyatuan Republik Demokrasi Jerman dengan Republik Federal Jerman tidak lagi terbuka pasar untuk barang-barang yang diimpor dari negara X tersebut. Kecuali keadaan tersebut menunjukkan sebaliknya, A berhak mendalilkan adanya *hardship*.

Dengan diterima suatu peristiwa yang secara fundamental mempengaruhi keseimbangan kontrak sebagai *hardship*, tentunya akan menimbulkan akibat hukum bagi kontrak yang di buat para pihak. Dalam hal terjadi *hardship*, Pasal 6.2.3 UPICC memberikan alternatif penyelesaian, sebagai berikut :

- (1) Pihak yang dirugikan berhak untuk meminta dilakukan renegotiasi kontrak kepada pihak lain. Permintaan tersebut harus diajukan segera dengan menunjukkan dasar (hukum) permintaan renegotiasi tersebut.

- (2) Permintaan untuk dilakukannya renegotiasi tidak dengan sendirinya memberikan hak kepada pihak yang dirugikan untuk menghentikan pelaksanaan kontrak.
- (3) Apabila negosiasi gagal mencapai kesepakatan dalam jangka waktu yang wajar, maka para pihak dapat mengajukannya ke pengadilan.
- (4) Apabila pengadilan membuktikan adanya *hardship*, maka pengadilan dapat memutuskan untuk:
 - (a) mengakhiri kontrak pada tanggal dan waktu yang pasti; atau
 - (b) mengubah kontrak dengan mengembalikan keseimbangannya.

Memperhatikan akibat hukum adanya *hardship* di atas, pada prinsipnya diakui bahwa dalam keadaan demikian pihak yang dirugikan dapat mengajukan permintaan renegotiasi. Tujuan dari renegotiasi ini agar diperoleh pertukaran hak dan kewajiban yang wajar dalam pelaksanaan kontrak, karena terjadi peristiwa yang secara fundamental mempengaruhi keseimbangan kontrak. Selain harus dipenuhi syarat waktu dan dasar atau alasan permintaan renegotiasi, yang juga penting untuk

diperhatikan adalah dipenuhi syarat itikad baik dan kooperatif (saling bekerjasama). Hal ini sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1.7 (*general principle of good faith*) dan Pasal 5.3 (*The duty of cooperation*).

Artinya, renegotiasi harus dilakukan secara jujur dan tidak dilakukan sekedar sebagai taktik atau manuver mengulur waktu. Oleh karena itu tuntutan bonafiditas para pihak menjadi faktor utama keberhasilan proses renegotiasi ini. Dengan demikian dapat menghindari potensi konflik yang semakin berkembang ke arah hasil yang merugikan para pihak.

Menurut *Ros Macdonald & McGill* serta *Richard Christou*, negosiasi merupakan alternatif penyelesaian sengketa yang paling banyak dipilih dalam menyelesaikan sengketa bisnis. Hal ini tentunya terkait dengan karakteristik dunis bisnis yang membutuhkan model penyelesaian yang elegan dan saling menguntungkan, serta tetap menjaga bonafiditas para pelaku bisnis. (*Ros Macdonald & McGill*, 1997: 299; *Richard Christou*, 1998: 712).

Negosiasi sebagai salah satu alternatif utama penyelesaian sengketa merupakan sarana bagi pihak-pihak untuk mendiskusikan penyelesaiannya tanpa keterlibatan pihak ketiga penengah yang

tidak berwenang mengambil keputusan (mediasi), maupun pihak ketiga pengambil keputusan (arbitrase dan litigasi). Untuk itu agar penyelesaian sengketa melalui negosiasi berjalan efektif, disyaratkan: (M. Zaidun, 1998: 7)

- a. Pihak-pihak bersedia bernegosiasi secara sukarela berdasarkan kesadaran yang penuh (*willingness*).
- b. Pihak-pihak siap melakukan negosiasi (*preparedness*).
- c. Mempunyai wewenang mengambil keputusan (*authoritative*).
- d. Memiliki kekuatan yang relatif seimbang sehingga dapat menciptakan saling ketergantungan (*relative equal bargaining power*).
- e. Mempunyai kemauan menyelesaikan masalah (*willing-ness to settle*).

Dalam kerangka kontrak bisnis yang “*win-win solution*”, maka sejak awal pembuatan kontrak sampai dengan pelaksanaannya, serta apabila kemungkinan terjadi sengketa di antara para pihak hendaknya senantiasa dihindari hal-hal yang dapat merusak pola kemitraan yang terbingkai dalam kontrak. Sehingga upaya penyelesaian sengketa yang terjadi di antara para pihak juga diarahkan pada pola penyelesaian “*win-win solution*”. Oleh karena itu negosiasi

sebagai suatu proses yang utuh dan padu dalam suatu kontrak bisnis harus senantiasa mewarnai mulai tahap prakotraktual, pembuatan kontrak, serta pelaksanaan kontrak, bahkan seandainya terjadi sengketa. Dalam hal ini negosiator harus mampu menyusun langkah, tahapan, gaya maupun strategi untuk mampu bernegosiasi menyelesaikan masalah yang timbul. Melalui negosiasi diharapkan tercipta hubungan yang harmonis dan saling menguntungkan para pihak di antara para pihak, sehingga adanya hubungan yang *win-win solution* akan mendukung terciptanya iklim usaha yang kondusif.

Negosiasi sebagai bagian dari metode alternatif penyelesaian sengketa, ternyata tidak selalu menjadi pilihan para pihak dalam menyelesaikan sengketa di antara mereka. Adakalanya proses negosiasi menghadapi fase kegagalan karena, antara lain, tidak diterima, diabaikan atau ditolak pihak lain, akhirnya justru berujung pada pilihan penyelesaian melalui jalur litigasi. *Garry Goodpaster* dalam artikelnya “*Lawsuits as Negotiations*”, mengemukakan enam alasan utama mengapa para pihak lebih memilih menyelesaikan sengketa mereka melalui proses litigasi daripada proses

negosiasi, sebagai berikut: (dalam *Inns of Court School of Law-City University-London, 2004: 25*).

- a. *Refusal to deal'*, salah satu pihak menolak untuk bernegosiasi, sementara pihak yang lain tidak mempunyai kekuatan (*bargaining power*) untuk memaksa menyelesaikan sengketa melalui proses selain itu;
- b. *Negotiation failures'*, negosiasi yang berlangsung di antara para pihak mengalami kegagalan, karena beberapa hal misal kurangnya keahlian bernegosiasi. Salah satu pihak beranggapan bahwa penyelesaian melalui litigasi memberikan hasil yang lebih memuaskan baginya;
- c. *Zero-sum negotiations'*, para pihak melihat prospek penyelesaian sengketa melalui negosiasi akan menempatkan mereka pada situasi kemungkinan "kalah-menang" (*a win-lose situation*). Melalui litigasi diharapkan akan memberikan posisi yang lebih kuat untuk meminta sesuatu bahkan pembebanan biaya-biaya. Biasanya situasi ini muncul pada transaksi yang telah lewat waktu (jatuh tempo), sehingga pihak yang dirugikan sudah tidak lagi melihat adanya keuntungan apabila diselesaikan dengan negosiasi karena justru kontra produktif (buang waktu);
- d. *The litigator-negotiator's role', lawyer* yang pada prinsipnya bekerja pada konteks area litigasi mungkin tidak berhasil melihat peluang penyelesaian melalui negosiasi, dan oleh karena itu lebih menyarankan kepada kliennya untuk menyelesaikan sengketa melalui proses litigasi;
- e. *Lawyer-client relationships in lawsuits'*, pengajuan proses gugatan di pengadilan acapkali mempengaruhi peluang klien dalam penyelesaian sengketa melalui proses negosiasi, ketika sengketa itu diserahkan kepada *lawyernya* yang lebih memilih menyelesaikan sengketa melalui proses litigasi dengan mengesampingkan proses negosiasi;
- f. *The litigator-negotiator's bias'*, lawyer yang berfungsi sebagai wakil untuk bernegosiasi ternyata justru meningkat faktor kompetisi yang berisiko. Sikap ini sebenarnya sebagai akibat kesalahan memahami prinsip melindungi kepentingan klien sebaik

mungkin yang dimaknai bahwa sengketa harus diselesaikan melalui proses litigasi.

Pentingnya negosiasi sebagai salah satu instrumen penyelesaian sengketa kontrak bahkan secara eksplisit telah diakui dalam UPICC maupun RUU Kontrak (ELIPS), antara lain dalam hal terjadi *hardship* (kesulitan). Dalam hal terdapat kesulitan pelaksanaan kontrak, sebelum berujung pada sengketa yang lebih kompleks dibuka peluang untuk (re)negosiasi dengan syarat itikad baik dan kooperatif (vide Pasal 1.7, 5.3 dan 6.2.3). Tujuan dari renegosiasi ini agar diperoleh pertukaran hak dan kewajiban yang wajar dalam pelaksanaan kontrak, serta sedapat mungkin menghindarkan potensi konflik semakin berkembang ke arah yang merugikan para pihak.

Dalam perspektif Indonesia, meskipun BW tidak mengatur substansi *hardship*, namun RUU Tentang Kontrak (ELIPS) telah mengadopsi substansi *hardship* dari UPICC dengan menggunakan istilah “beban”. Hal ini dapat dicermati dalam sistematika RUU tersebut di Bagian 2: Beban, dengan rumusan sebagai berikut:

Pasal 6.2.1 Tentang Kontrak untuk dipatuhi

Dimana pelaksanaan dari suatu kontrak menjadi sangat berat bagi salah satu pihak, maka pihak tersebut bagaimana pun akan terikat untuk melaksanakan kewajibannya dengan tunduk kepada ketentuan-ketentuan mengenai beban berikut ini.

Pasal 6.2.2 Tentang Definisi dari beban

Terdapat beban dimana timbulnya peristiwa-peristiwa yang merubah secara mendasar keseimbangan kontrak baik karena biaya pelaksanaan suatu pihak telah meningkat atau karena nilai pelaksanaan yang akan diterima suatu pihak telah berkurang, dan

- (a) Dalam hal peristiwa-peristiwa yang muncul atau diketahui oleh pihak yang dirugikan setelah pengadaan kontrak tersebut;
- (b) Peristiwa-peristiwa yang tidak dapat secara layak dipertimbangkan oleh pihak yang dirugikan tersebut pada saat pengadaan kontrak;
- (c) Peristiwa-peristiwa berada di luar kekuasaan dari pihak yang dirugikan, dan

- (d) Risiko dari peristiwa yang tidak diasumsikan oleh pihak yang dirugikan tersebut.

Pasal 6.2.3 Tentang Pengaruh dari beban

- (1) Dalam hal adanya beban tersebut, pihak yang dirugikan akan berhak untuk meminta perundingan kembali. Permintaan tersebut akan dibuat tanpa menunda-nunda secara tidak semestinya dan akan menunjukkan alasan-alasan yang mendasarinya.
- (2) Permohonan untuk perundingan ulang tidak dengan sendirinya memberikan hak kepada pihak yang dirugikan tersebut untuk menahan pelaksanaan.
- (3) Berdasarkan kegagalan untuk mencapai kesepakatan dalam suatu waktu yang layak, maka pihak manapun dapat mengajukan gugatan pada pengadilan.
- (4) Apabila pengadilan menemukan beban ini, maka pengadilan tersebut dapat, apabila layak:
 - (a) Mengkhirkan kontrak tersebut pada tanggal dan sesuai dengan persyaratan yang akan ditentukan;
 - (b) Atau menyesuaikan kontrak tersebut dengan berpedoman

pada mengembalikan keseimbangan tersebut.

Praktik bisnis kiranya perlu mempertimbangkan penggunaan klausul *hardship* untuk mengatasi masalah pelaksanaan kontrak mereka. Klausul *hardship* dapat dijadikan “*escape clause*” untuk memecahkan problem jika muncul peristiwa yang secara fundamental mempengaruhi keseimbangan kontrak. Belajar dari pengalaman krisis multi dimensi 1997 yang menyebabkan kehancuran sebagian bisnis di Indonesia, antara lain terkait perubahan kurs Dollar Amerika (*US Dollar*) terhadap Rupiah, menyebabkan kewajiban pembayaran meningkat sangat tinggi bahkan tidak wajar sehingga merugikan pihak debitor. Para pihak, khususnya debitor, dalam kontraknya tidak mengantisipasi kemungkinan terjadinya perubahan kurs yang begitu besar dengan menggunakan klausul “lindung nilai” (*hedging clause*).

Menghadapi kondisi tersebut, dalil *overmacht* acapkali kandas ketika berhadapan dengan risiko bisnis yang harus ditanggung, bukankah orang berbisnis itu sudah menghitung untung dan ruginya. Menurut pendapat saya, dengan beberapa pertimbangan dalil *hardship* dapat diterapkan dalam kasus

tersebut, dengan memperhatikan unsur-unsur Pasal 6.2.1 dan 6.2.2.

Pencantuman klausul *hardship* dalam kontrak mereka, khususnya untuk kontrak jangka panjang dengan nilai investasi yang sangat besar mempunyai arti penting, paling tidak dimaksudkan untuk mengatasi kesulitan dalam penerapan doktrin kegagalan kontrak (*frustration*) dan doktrin keadaan memaksa (*overmacht*).

Dengan demikian, pencantuman klausul *hardship* sebagai metode alternatif untuk menyelesaikan kasus-kasus yang terkait dengan 'peristiwa yang secara fundamental mempengaruhi ke-seimbangan kontrak', khususnya dalam kontrak komersial, sejalan dengan fungsi azas proporsionalitas untuk membagi pertukaran hak dan kewajiban secara proporsional.

Apabila dihadapkan pada pilihan, mencantumkan klausul *overmacht* atau klausul *hardship* dalam suatu kontrak komersial, maka perlu dipertimbangkan masing-masing klausul dimaksud dikaitkan dengan karakteristiknya. Antara *overmacht* dan *hardship* memiliki persamaan dan perbedaan masing-masing, sebagai berikut:

a. persamaan antara *overmacht* dengan *hardship*, antara lain:

- (1) terdapat suatu peristiwa yang menghalangi pelaksanaan prestasi oleh salah satu pihak (debitor);
- (2) peristiwa tersebut tidak dapat diduga pada saat penutupan kontrak;
- (3) bukan disebabkan oleh ke-salahan (risiko) salah satu pihak.

b. Perbedaan antara *overmacht* dengan *hardship*, antara lain:

- (1) Pada *overmacht*, apabila terbukti maka:
 - i. Pada saat itu juga kontrak berakhir (kecuali untuk *overmacht* sebagian, ada kewajiban untuk melanjutkan sebagian yang tersisa), karena apabila merujuk substansi Pasal 1381 BW, maka *overmacht* merupakan salah satu alasan yang menyebabkan hapusnya perikatan;
 - ii. debitor tidak lagi bertanggung gugat atas risiko yang timbul.
- (2) Pada *hardship*:
 - i. peristiwa yang menghalangi pelaksanaan prestasi lebih ditekankan pada 'peristiwa yang

merubah keseimbangan kontrak secara fundamental, baik karena biaya pelaksanaan atau karena nilai pelaksanaan yang akan diterima berubah secara signifikan sehingga akan menimbulkan kerugian secara tidak wajar kepada pihak lain.

- ii. apabila terbukti maka kontrak tidak berakhir namun dapat di negosiasi ulang (renegosiasi) oleh para pihak untuk kelanjutannya.
- iii. apabila renegosiasi gagal maka sengketa dapat diajukan ke pengadilan.
- iv. hakim dapat memutuskan kontrak atau merevisi kontrak untuk mengembalikan keseimbangan secara proporsional.

(3) Perbedaan sistematika penempatan substansi *hardship* dan *overmacht* (*force majeure*):

- I. Khusus dalam UPICC dan RUU Kontrak (ELIPS), *hardship* dan *force majeure* ditempatkan pada sistematika yang saling berurutan,

dan tentunya hal ini ada rasio penempatan sistematika semacam itu;

- ii. *Hardship* ditempatkan pada urutan sistematika yang lebih dulu, yaitu Pada Bab VI tentang Pelaksanaan (*Performance*), sehingga penekanan *hardship* masih dalam konteks pelaksanaan prestasi, meskipun terkendala namun sedapat mungkin pelaksanaan prestasi tetap dilaksanakan berdasarkan pertimbangan proporsionalitas hak dan kewajiban. Dengan demikian, pada *hardship* keberlangsungan hubungan kontraktual sedapat mungkin dipertahankan;
- iii. *Force majeure* ditempatkan pada urutan sistematika berikutnya, yaitu pada Bab VII tentang ketiadapelaksanaan (*Non Performance*), sehingga penekanan *force majeure* justru terletak pada tidak terlaksana atau tidak terpenuhinya prestasi, dengan akibat

pemutusan kontrak.

Dengan mencermati persamaan maupun perbedaan karakteristik antara *overmacht* dengan *hardship*, maka dalam perspektif kontrak komersial doktrin *hardship* dipandang lebih fleksibel dan akomodatif untuk memberikan jalan ke luar ketika muncul sengketa. Kalau pada *overmacht* pembuktian dan penyelesaian sengketa pada umumnya bermuara di pengadilan, maka pada *hardship* ada alternatif pilihan antara penyelesaian di luar pengadilan (renegosiasi para pihak) atau pengadilan.

Karakteristik *hardship* yang fleksibel dan akomodatif sangat sesuai dengan karakter bisnis yang membutuhkan ruang gerak dinamis namun tetap menjaga kelangsungan hubungan bisnis para pihak. Penerapan doktrin *hardship* tidaklah semata-mata menguntungkan salah satu pihak, namun hendaknya dimaknai sebagai model '*win-win solution*' yang memberikan keuntungan kepada para pihak.

PENUTUP

Praktik bisnis di Indonesia yang telah berlangsung selama ini tampaknya belum mengenal doktrin *hardship*, terbukti dalam klausul kontrak yang

dibuat para pelaku bisnis (terutama dalam klausul ketentuan umum) tidak atau jarang yang mencantumkan klausul ini. Klausul yang senantiasa ada dan dicantumkan sebagai salah satu klausul ketentuan umum adalah klausul *overmacht*. Namun demikian, terlepas dicantumkan atau tidak klausul *hardship* dalam kontrak maupun sekedar mencantumkan klausul *overmacht*, yang terpenting adalah substansi klausul-klausul tersebut memberikan ruang gerak yang fleksibel terhadap kemungkinan-kemungkinan muncul keadaan-keadaan yang secara fundamental akan memengaruhi keseimbangan kontrak dalam pelaksanaannya. Bagi hakim ketika menghadapi sengketa kontrak, ada atau tidaknya klausul *hardship*, hendaknya tetap berpegang pada azas proporsionalitas dalam membagi beban kewajiban masing-masing, sehingga diperoleh putusan yang adil dan *fair*.

DAFTAR PUSTAKA

- Akta Kontrak 1950 (Akta 136) - Undang-Undang Kontrak Malaysia*
- Christou, Richard, *Drafting Commercial Agreements*, second ed., Sweet & Maxwell, London, 1998.

- Inns of Court School of Law-City University-London, *Negotiation*, Oxford University Press, London, 2004.
- Macdonald, Ros & McGill, *Drafting*, Butterworths, Australia, 1997.
- Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Kontrak Tentang Kontrak Di Indonesia (RUU Kontrak)*, ELIPS, 1998.
- Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek (Boek 3, 5, 6, 7)*
- Niewenhuis, J.H., *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, (Terjemahan Djasadin Saragih), Surabaya, 1985.
- Patrik, Purwahid, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan*, Mandar Maju, Bandung, 1994.
- Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Jakarta, 1987, h. 49
- UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*), *Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 1994.
- Yusoof, Sakina Shaik Ahmad - Azimon Abdul Azis, *Mengenal Undang-Undang Kontrak Malaysia*, International Law Book Series, Kuala Lumpur, 2003.
- Zaidun, M., *Mekanisme Alternatif Penyelesaian Sengketa (MAPS)*, Diklat Manajemen dan Hukum Perdagangan Bagi Konsultan Hukum dan Pengusaha, diselenggarakan atas kerjasama Ditjen PDN Depprindag, Kanwil Depprindag Prop. Jawa Timur dengan Zaidun & Partners Law Firm, Hotel Sahid, Surabaya, 18 November-10 Desember 1998, h. 5.