

Formulasi Pengaturan Tahapan Pra Kontrak dalam Proses Pembentukan Kontrak di Indonesia

Bebeto Ardyo

Fakultas Hukum, Universitas Surabaya, bebetoardyo@staff.ubaya.ac.id

Abstract

This paper aims to encourage the immediate regulation of pre-contract stage in Indonesian laws as well as to provide an overview of the pre-contract stage regulations in several countries. In general, formation of contract process is divided into three stages, the first is the pre-contract stage, the second stage is the enforcement of the clauses of the contract and the third is the post-contract stage. In Indonesia, the regulation of contract was regulated in the Book III of the Burgerlijk Wet Boek which only regulates the legal protection after the contract has been agreed. That means legal protection for the parties in the pre-contract stage is not yet regulated by the Indonesian laws. The lack of legal protection often harms the parties who are still in the pre-contract stages, therefore fairness and good faith in contract formation was not achieved.

Keywords : *Contratcs, Pre-contract Stages, Legal Protection*

1. Pendahuluan

Kontrak atau perjanjian di Indonesia diatur di dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (selanjutnya disebut KUHPerdata) yang merupakan kodifikasi dari *Burgerlijk Wetboek* (selanjutnya disebut BW) dan menjadi dasar pengaturan hukum perdata di Indonesia hingga saat ini. KUHPerdata seringkali menyebut terminologi kontrak sebagai perjanjian atau persetujuan sehingga perlu diluruskan bahwa definisi dari kontrak, perjanjian, dan persetujuan pada dasarnya adalah sama (merujuk pada Judul Bab 2, Buku III KUHPerdata). Menurut *Black's Law Dictionary* kontrak adalah sebuah kesepakatan diantara dua atau lebih pihak yang menimbulkan kewajiban untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu (Black, 1949: 291). Pengaturan mengenai kontrak di Indonesia tepatnya diatur pada Pasal 1313 KUHPerdata yang pada intinya mengatur bahwa kontrak adalah perbuatan hukum berupa pengikatan diri oleh satu orang kepada satu atau lebih orang lain. Definisi tersebut masih terlalu sempit karena hanya mengatur kontrak sepihak saja dan tidak mengatur kontrak timbal balik padahal dewasa ini kebanyakan kontrak yang ada di masyarakat adalah kontrak yang berisi hubungan timbal balik antar para pihak. Namun adanya pengaturan Pasal 1314 KUHPerdata yang mengatur kontrak cuma-cuma dan kontrak memberatkan memperluas definisi kontrak pada Pasal 1313 KUHPerdata tersebut. Kontrak cuma-cuma adalah kontrak sepihak dimana ada satu orang yang memberikan prestasi ke orang lain tanpa menerima kontraprestasi atau timbal balik. Sedangkan kontrak memberatkan adalah kontrak yang mewajibkan pihak-pihaknya untuk saling memberikan prestasi sehingga dapat diartikan bahwa kontrak memberatkan adalah kontrak timbal balik.

Belanda sebagai negara pembentuk BW, ternyata sudah memperbaharui BW nya tersebut sejak sekitar tahun 1970. Pembaharuan ini sayangnya tidak diikuti oleh Indonesia, sehingga menimbulkan kesan bahwa BW atau KUHPerdata Indonesia adalah suatu produk hukum yang

tertinggal. Definisi kontrak diatur dalam Buku 6 Titel 5 Artikel 213 ayat 1 *Het Nieuw Burgerlijke Wetboek* (Selanjutnya disebut NBW) yang berbunyi: *Een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan* dan diterjemahkan sebagai berikut: kontrak adalah suatu tindakan hukum multilateral di mana satu atau lebih pihak melakukan kewajiban terhadap satu atau lebih pihak lain. NBW menekankan bahwa kontrak adalah perbuatan hukum yang multilateral dimana diantara para pihaknya terdapat hubungan timbal balik, yang berarti NBW sudah meninggalkan definisi kontrak sebagai suatu perbuatan hukum yang sepihak.

Perwujudan hubungan timbal balik yang dituangkan dalam suatu kontrak wajib memenuhi persyaratan-persyaratan tertentu agar kontrak tersebut dianggap sebagai suatu kontrak yang sah dan berkekuatan hukum. Indonesia mengatur persyaratan-persyaratan ini dalam Pasal 1320 KUHPerduta yang mengatur sebagai berikut:

1. harus ada kesepakatan;
2. pihak-pihak yang cakap;
3. atas suatu hal tertentu;
4. memiliki akibat yang halal.

Syarat-syarat tersebut menunjukkan bahwa pembentukan kontrak di Indonesia berlandaskan pada asas konsensualisme yang berasal dari kata konsensus atau kesepakatan. Dengan diaduknya asas konsensualisme ini berarti diantara para pihak harus ada kemauan untuk saling mengikatkan diri dan menyepakati kontrak (Badruzaman et al., 2001: 83). Kesepakatan menjadi kunci utama terbentuknya suatu kontrak, dimana dengan tercapainya kesepakatan diantara para pihak maka suatu kontrak dianggap telah lahir. Hal ini menunjukkan bahwa KUHPerduta hanya mengatur kesepakatan sebagai syarat terbentuknya kontrak, sedangkan bagaimana proses terjadinya suatu kesepakatan tersebut tidak diatur dalam KUHPerduta.

Proses pembentukan kontrak secara teoritis terbagi atas tiga tahap, tahap pertama adalah tahap penyusunan kontrak/tahapan pra kontrak, selanjutnya tahap kedua yang merupakan tahap pelaksanaan isi kontrak dan yang terakhir tahap ketiga yaitu tahap pasca kontrak (Khairandy, 2003: 190). Namun yang menjadi pembahasan disini adalah tahapan pra kontrak. Tahapan pra kontrak meliputi sebuah tahap perundingan (*negotiation*) diantara para pihak yang memiliki suatu maksud tertentu dan akan menyepakatinya dalam bentuk kontrak. Hasil dari negosiasi ini biasanya dituangkan dalam bentuk Nota Kesepahaman atau *Memorandum of Understanding* (MoU) dan/atau *Letter of Intent* (LoI). Dalam tahap ini biasanya para pihak merundingkan klausul-klausul apa saja yang akan mereka sepakati dalam kontrak nantinya. Pengaturan mengenai tahapan pra kontrak telah dikenal dalam sistem hukum *common law* dan diatur dalam hukum nasional negara-negara penganutnya yang secara garis besar mengatur bahwa terdapat tahapan penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*) sebelum tercapai kesepakatan (*agreement*) (Badruzaman et al., 2001: 174). Selain hukum nasional negara-negara tersebut, juga terdapat beberapa instrumen hukum internasional yang telah mengkomodir pengaturan mengenai tahapan pra kontrak ini, yaitu:

- 1) UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2016 (selanjutnya disebut UPICC)
- 2) *The United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods* (selanjutnya disebut CISG)
- 3) *Common European Sales Law* (selanjutnya disebut CESL)

4) *The Principles of European Contract Law* (selanjutnya disebut PECL).

Disamping itu NBW juga telah mengakomodir pengaturan tahapan pra kontrak dalam ketentuan Buku 6 Titel 5 Artikel 217 yang pada intinya mengatur bahwa suatu kontrak dibentuk melalui penawaran dan penerimaannya ditambah dengan segala ketentuan tambahannya. Belanda sebagai negara penganut sistem hukum *civil law* pun melalui NBW sudah menerapkan aturan dan kebiasaan sistem hukum *common law* sehingga dapat dikatakan bahwa perkembangan hukum kontrak dewasa ini mulai memasuki fase unifikasi sistem hukum *common law* dan *civil law*.

Nihilnya aturan hukum mengenai tahapan pra kontrak di Indonesia khususnya pada KUHPerdota menjadi sebuah permasalahan yang seringkali mengakibatkan kerugian bagi para pihak yang telah melakukan perbuatan hukum tertentu saat kontraknya masih dalam tahap perundingan/negosiasi dan belum terjadi kesepakatan dimana permasalahan semacam ini biasanya disebut sebagai *pre-contractual issues*. Hal ini biasanya dikarenakan adanya kepercayaan salah satu pihak yang sangat tinggi kepada pihak lainnya sehingga dengan mudah bisa melakukan perbuatan-perbuatan hukum tersebut tanpa memikirkan resiko yang timbul apabila ternyata perundingan kontraknya tidak mencapai konsensus atau gagal (Suharnoko, 2004: 1). Berdasarkan pemaparan diatas, maka dapat ditentukan sebuah rumusan masalah yaitu: Bagaimana pengaturan tahapan pra kontrak yang dapat memberikan perlindungan hukum bagi para pihak?

2. Pembahasan

2.1. Proses Pembentukan dan Syarat Sahnya Kontrak

Syarat sahnya suatu kontrak yang diatur pada Pasal 1320 KUHPerdota selama ini menjadi dasar pembentukan kontrak di Indonesia. Namun perlu disadari bahwa apa yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdota tersebut hanyalah sebatas syarat sahnya kontrak (*validity*) sedangkan proses pembentukan kontrak (*formation*) tidak diatur dalam KUHPerdota, melainkan malah dianggap menjadi satu kesatuan dengan *validity* tersebut. Hal ini terjadi karena KUHPerdota bertolak dari pemikiran-pemikiran kuno dalam sistem hukum *civil law* sehingga belum bisa memberikan pembedaan terhadap proses pembentukan kontrak dan syarat sahnya suatu kontak. Kontradiksi dengan hal ini, UPICC telah membedakan hal tersebut melalui pengaturan *chapter 2* UPICC yang berjudul *Formation of Contracts* dan *chapter 3* UPICC yang berjudul *Validity*. Demikian halnya dengan *Principles of European Contract Law* (selanjutnya disebut PECL) membedakan *formation* dan *validity* dalam bagian yang berbeda.

Syarat sahnya kontrak dan proses pembentukan kontrak wajib untuk dibedakan karena memiliki substansi serta tujuan yang berbeda. Syarat sahnya kontrak berkaitan dengan persyaratan yang wajib dipenuhi oleh suatu kontrak dan memiliki akibat hukum berupa cacat dan/atau batal demi hukum jika ada satu atau lebih syarat yang tidak terpenuhi. Dasar hukum yang mengatur tidak terpenuhinya syarat sahnya kontrak diatur pada Pasal 1321 KUHPerdota dan seterusnya. Di sisi lain, proses pembentukan kontrak sepenuhnya berkaitan dengan perundingan/negosiasi pada tahapan pra kontrak dimana kata sepakat belum tercapai. Terlihat jelas bahwa proses pembentukan kontrak (*formation*) adalah sebuah langkah awal yang terlebih dahulu harus dilalui oleh para pihak sebelum terjadi kesepakatan, sedangkan syarat sahnya

kontrak (*validity*) adalah langkah lanjutan yang akan diperhatikan oleh para pihak setelah terjadinya kesepakatan demi menjamin keabsahan kontrak yang telah terbentuk. Perbedaan *formation* dan *validity* ini wajib dilakukan sebagai langkah awal formulasi pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia karena berkaitan dengan landasan pola pikir yang berguna untuk mewujudkan pengaturan tahapan pra kontrak ini di waktu yang akan datang.

2.2. Penawaran dan Penerimaan dalam Proses Pembentukan Kontrak

Tahapan pra kontrak adalah tahapan awal dalam proses pembentukan kontrak yang harus ditempuh oleh para pihak sebelum disepakatinya suatu kontrak. Kontrak dirancang dan disusun pada tahapan pra kontrak ini dimana pada tahapan ini terjadi penawaran (*offer*) dan penerimaan (*acceptance*) (Salim, 2008: 54). Terdapat beberapa instrumen hukum internasional yang mengatur mengenai definisi dari penawaran dan penerimaan di antaranya *The United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG)*, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 (UPICC)*, *Common European Sales Law (CESL)* dan *The Principles of European Contract Law (PECL)*. Menurut CISG dan UPICC penawaran merupakan proposal untuk menyimpulkan kontrak yang ditujukan kepada satu atau lebih orang tertentu, yang cukup jelas dan menunjukkan niat dari pihak yang menawarkan (*offeror*) untuk terikat pada saat terjadi penerimaan (*Article 14 (1) CISG* dan *Article 2.1.2 UPICC*). Sedangkan menurut CESL dan PECL definisi penawaran sedikit berbeda, proposal adalah/berisi penawaran jika: (*Article 31 No. 1 CESL* dan *Article 2:201 PECL*)

- (a) dimaksudkan untuk disepakati sebagai kontrak jika pihak *offeree* menerima tawaran tersebut; dan
- (b) berisi syarat yang cukup dan kepastian untuk membentuk kontrak.

Terkait dengan definisi penerimaan, CESL, PECL, UPICC, dan CISG mengatur definisi yang sama secara keseluruhannya sehingga cukup dijabarkan menjadi satu yaitu Penerimaan (*acceptance*) adalah pernyataan yang dibuat oleh pihak yang mendapat tawaran (*offeree*) yang mengindikasikan persetujuan atas suatu penawaran. Selain itu CESL, PECL, UPICC, dan CISG juga mengatur bahwa pihak *offeree* yang diam atau tidak merespon penawaran dari pihak *offeror* tidak dapat diartikan telah memberikan penerimaan. (*Article 18 (1) CISG*, *Article 2.1.6 (1) UPICC*, *Article 2:204 PECL*, dan *Article 34 No. 1 CESL*)

Berdasarkan definisi penawaran yang diatur oleh keempat instrumen hukum internasional tersebut diatas, dapat ditarik beberapa unsur yang senyatanya wajib terdapat pada suatu proposal agar dapat dikategorikan sebagai penawaran (*offer*). Unsur-unsur tersebut adalah sebagai berikut:

- i. Berbentuk proposal;
- ii. Ditujukan kepada satu atau lebih pihak tertentu;
- iii. Berisi maksud dari pihak *offeror* untuk terikat dengan pihak *offeree* dalam suatu kontrak;
- iv. Berisi syarat yang ditawarkan oleh pihak *offeror* untuk dipertimbangkan dan disepakati oleh pihak *offeree*.

Sebuah proposal yang tidak mengandung keempat unsur diatas bukanlah penawaran, sehingga apa yang perlu diformulasikan dalam pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia khususnya mengenai penawaran sudah seharusnya sesuai dengan unsur-unsur penawaran tersebut diatas dan disertai dengan ketentuan-ketentuan tambahan yang telah terakomodir dalam CESL, PECL, UPICC, dan CISG.

Adapun terhadap penerimaan (*acceptance*) yang dinyatakan oleh pihak *offeree* berdasarkan keempat instrumen hukum internasional tersebut diatas, dapat diambil beberapa unsur sebagai berikut:

- Berbentuk pernyataan baik tertulis atau lisan;
- Ditujukan kepada pihak *offeror*
- Berisi persetujuan atas syarat-syarat yang ditawarkan oleh pihak *offeror*

Sebuah penerimaan dinyatakan sebagai jawaban atas penawaran, yang pada akhirnya akan menimbulkan kesepakatan. Selain penawaran, pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia nantinya juga wajib untuk mengatur mengenai penerimaan karena pada dasarnya, penawaran dan penerimaan merupakan elemen utama dari tahapan pra kontrak.

Penawaran dan penerimaan dilakukan dalam proses negosiasi dimana dalam proses ini pihak *offeror* (pihak yang menawarkan) mengajukan tawaran mengenai klausul-klausul yang akan disepakati dalam kontrak kepada pihak *offeree* (pihak yang mendapat tawaran), agar tercapai suatu kesepakatan maka pihak *offeree* harus menerima tawaran dari pihak *offeror* melalui penerimaan (*acceptance*). Namun proses negosiasi tidak selalu berjalan lancar, pihak *offeree* seringkali menerima tawaran dari pihak *offeror* tetapi dengan penambahan atau pengurangan syarat dari klausul yang ditawarkan oleh pihak *offeror*.

Terdapat doktrin mengenai penawaran dan penerimaan yang telah dikenal dan banyak digunakan dalam sistem hukum *common law*, yaitu *the mirror image rule*. Doktrin ini pada intinya mengatur bahwa penerimaan (*acceptance*) yang dinyatakan oleh pihak *offeree* harus sama dan sesuai dengan penawaran awal yang diajukan oleh pihak *offeror*. Jika suatu penerimaan telah dinyatakan oleh pihak *offeree* tetapi dengan penambahan dan/atau perubahan syarat dari penawaran awal yang diajukan oleh pihak *offeror*, maka dapat dikatakan bahwa pihak *offeree* belum menerima penawaran tersebut, melainkan pihak *offeree* mengajukan suatu penawaran baru (*counter-offer*) kepada pihak *offeror* yang menimbulkan tahapan negosiasi baru hingga benar-benar tercapai kesesuaian antara penawaran dengan penerimaan. Aturan mengenai doktrin *the mirror image rule* ini telah diakomodir oleh UPICC tepatnya pada *Article 2.1.11* mengenai *Modified Acceptance* yang pada intinya mengatur bahwa penerimaan dari pihak *offeree* yang mengandung penambahan klausul, batasan dan/atau perubahan lainnya sama saja dengan penolakan terhadap penawaran dan dianggap sebagai penawaran balasan (*counter offer*). Selain UPICC, doktrin *the mirror image rule* juga diatur di Amerika Serikat khususnya dalam *Section 2-206 Uniform Commercial Code* (selanjutnya disebut UCC).

Penawaran dan penerimaan adalah salah satu elemen terpenting dalam tahapan pra kontrak, tanpanya suatu kontrak tidak akan bisa terbentuk. Oleh karena itu pengaturan mengenai penawaran dan penerimaan beserta ketentuan-ketentuan tambahannya (*revocation, withdrawal, modified acceptance, dll*) wajib untuk diatur dalam pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia. Adapun substansi pengaturannya dapat mengadopsi ketentuan-ketentuan penawaran dan penerimaan yang telah diatur oleh beberapa instrumen hukum internasional diatas disertai adopsi terhadap doktrin *the mirror image rule* agar sesuai dan sejalan dengan unsur-unsur penawaran dan penerimaan sebagaimana yang telah dijabarkan diatas. Dengan diaturnya penawaran dan penerimaan dalam pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia, maka kepastian hukum para pihak yang sedang berada dalam tahapan pra kontrak menjadi lebih terjamin karena para pihak dalam melakukan perundingan/negosiasinya memiliki suatu landasan pengaturan yang berguna sebagai pedoman untuk menentukan langkah-langkah dan perbuatan hukum apakah yang harus ditempuh selanjutnya sebelum disepakatinya suatu

kontrak yang mana pada akhirnya akan memberikan perlindungan hukum bagi para pihak yang sedang berada dalam tahapan pra kontrak.

2.3. Asas Kebebasan Berkontrak dan Itikad Baik dalam Proses Pembentukan Kontrak

Kesepakatan yang membentuk suatu kontrak berasal dari penawaran yang diajukan pihak *offeror* dan diterima oleh pihak *offeree*. Pengajuan penawaran dan pernyataan penerimaan yang diajukan oleh para pihak tersebut berasal dari kehendak masing-masing pihak untuk yang akan diwujudkan dalam suatu kesepakatan sehingga dapat dikatakan kehendak tersebut adalah dasar mengikatnya suatu kontrak (Suharnoko, 2004: 3). Para pihak memiliki kebebasan dalam berkehendak menyepakati kontraknya, dimana hal ini sejalan dengan salah satu asas utama Hukum Kontrak yang telah dikenal luas baik di Indonesia maupun dunia internasional yaitu asas kebebasan berkontrak. Asas kebebasan berkontrak dalam bahasa asing seringkali disebut juga sebagai *freedom of contract*, *party autonomy*, atau *principle of contractual freedom*. CESL, PECL, UPICC, dan CISG juga mengakomodir asas kebebasan berkontrak ini dalam pengaturannya. Menurut UPICC, PECL, dan CESL *freedom of contract* pada intinya mengatur bahwa para pihak bebas untuk menandatangani kontrak dan menentukan isi kontrak tersebut (*Article 1.1 UPICC*, *Article 1:102 PECL*, *Article 1:1 CESL*). Sementara itu CISG tidak memberikan pengaturan secara eksplisit terhadap kebebasan berkontrak melainkan hanya memberikan pengakuan terhadap asas kebebasan berkontrak (*Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on CISG* bagian B no. 12). Disamping itu menurut pandangan Sutan Remy Sjahdeini, asas kebebasan berkontrak adalah asas yang memberikan penekanan pada kebebasan para pihak yang terikat dalam suatu kontrak untuk dapat menyetujui klausul-klausul dari kontrak tersebut, tanpa campur tangan pihak lain (Sjahdeini, 1993: 11). Di Indonesia, asas kebebasan berkontrak tertuang dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang pada intinya mengatur semua kontrak yang dibuat secara sah berlaku mengikat sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Asas kebebasan berkontrak memberikan kebebasan bagi para pihak untuk menyepakati dan menentukan isi kontraknya tanpa ada campur tangan dari pihak lain. Namun kebebasan yang dimiliki para pihak bukanlah kebebasan yang sebebaskan-bebasnya, para pihak wajib memiliki itikad baik dan bertindak berdasarkan transaksi yang adil dalam menyepakati kontrak. Hal ini sesuai dengan beberapa ketentuan yang membatasi asas kebebasan berkontrak sebagaimana diatur oleh CESL, PECL, UPICC, CISG, dan KUHPerdara. Menurut UPICC, CESL, dan PECL para pihak memiliki kebebasan dalam menandatangani dan menentukan isi kontraknya, namun memiliki syarat wajib untuk tunduk pada itikad baik dan transaksi yang adil serta aturan-aturan wajib lain diatur dalam beberapa instrumen hukum internasional tersebut (*Article 1.7 UPICC*, *Article 2:1 CESL*, dan *Article 1:102 PECL*). CISG tidak mengatur kewajiban untuk tunduk transaksi yang adil, tetapi lebih menekankan hanya pada kepatuhan terhadap itikad baik dalam perdagangan internasional (*Article 7(1) CISG*). Disamping itu, KUHPerdara juga mengatur adanya pembatasan terhadap kebebasan berkontrak yaitu pada Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara yang mengatur bahwa suatu kontrak harus dilaksanakan dengan itikad baik.

Perlu diperhatikan bahwa terdapat perbedaan substansi antara pengaturan itikad baik yang terdapat dalam Pasal 1338 ayat (3) dengan yang terdapat pada keempat instrumen hukum internasional diatas. Itikad baik yang tertuang pada Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara adalah itikad baik yang berhubungan erat dengan asas konsensualisme yang menekankan pada kesepakatan sebagaimana telah dijabarkan pada sub bab 2.1 diatas serta dianut oleh Pasal 1320

KUHPperdata. Hal ini memiliki arti itikad baik yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPperdata baru ada jika suatu kontrak telah disepakati dan terbentuk secara sah. Sementara pengaturan itikad baik pada keempat instrumen hukum internasional diatas adalah itikad baik yang lebih luas cakupannya sehingga tidak perlu menunggu suatu kontrak untuk terbentuk secara sah terlebih dahulu, melainkan itikad baik tersebut sudah melekat dan menjadi dasar sejak kontrak tersebut masih berada dalam proses negosiasi atau yang biasa dikenal sebagai *good faith in negotiation*. Itikad baik dalam proses negosiasi ini juga telah dikenal oleh teori Hukum Kontrak modern yang juga menekankan adanya perlindungan bagi para pihak sejak awal sebelum disepakatinya suatu kontrak (Suharnoko, 2004: 5). Salah satu contoh negara yang telah menerapkan itikad baik dalam proses negosiasi adalah Italia yang juga sama-sama negara penganut sistem hukum *civil law* melalui Pasal 1337 *Civil Code Italia* yang menentukan bahwa: “*parties must behave in good faith during the pre- contractual bargaining and contract drafting*”.

Sejatinya dalam bidang pertanggungan atau asuransi, Indonesia telah mengatur itikad baik dalam proses negosiasi atau dalam tahapan pra kontrak secara tersirat dalam Pasal 251 Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (selanjutnya disebut KUHD) yang secara khusus dapat dikatakan sebagai *lex specialis* dari Pasal 1338 ayat (3) KUHPperdata itu sendiri (Hartono, 2000: 103). Pasal 251 KUHD pada intinya mengatur bahwa informasi yang tidak benar atau keadaan yang disembunyikan oleh tertanggung walaupun dilaksanakan dengan itikad baik, ketika penanggung mengetahui keadaan sesungguhnya akan menyebabkan: kontrak berakhir sesuai atau tidak sesuai kondisi awal, yang keduanya menyebabkan batalnya perjanjian asuransi. Itikad baik dalam tahapan pra kontrak diwujudkan oleh Pasal 251 KUHD dalam bentuk adanya kewajiban untuk memberitahukan informasi dan keadaan apapun sebenar-benarnya sejak awal sebelum kontrak disepakati terkait dengan syarat-syarat kontrak yang akan disepakati dalam proses negosiasi (Khoirul Huda et al., 2018: 82). Tujuan dari perumusan pasal ini adalah untuk melindungi pihak penanggung dari resiko yang dialihkan dengan itikad buruk oleh pihak tertanggung kepada pihak penanggung. Namun hal ini ternyata menimbulkan kekurangan pada rumusan Pasal 251 KUHD, yaitu terkait dengan subyek yang wajib memberitahukan informasi dan keadaan apapun sebenar-benarnya dalam sejak awal sebelum kontrak disepakati tersebut hanyalah pihak tertanggung. Hal ini tentunya menimbulkan ketidakadilan khususnya bagi pihak tertanggung, karena pihak penanggung secara bebas dapat berlindung dibalik ketentuan Pasal 251 KUHD ini untuk menghindari pelaksanaan prestasinya kepada tertanggung. Penanggung dengan mudahnya dapat mengklaim bahwa tertanggung telah melanggar Pasal 251 KUHD sehingga kontrak atau perjanjian asuransi dibatalkan dan pihak tertanggung pada akhirnya tidak mendapatkan apa yang menjadi haknya (Chumaida, 2014: 247). Pasal 251 KUHD menjadi bukti bahwa pengaturan itikad baik dalam tahapan pra kontrak telah diatur di Indonesia meskipun hanya diatur secara tersirat dan khusus pada bidang asuransi serta terdapat ketimpangan terkait dengan subyek. Hal ini mengakibatkan Pasal 251 KUHD dapat dikatakan masih memiliki kekurangan secara substansial sehingga tidak dapat dijadikan dasar dari penerapan itikad baik dalam proses negosiasi pada pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia.

Itikad baik dalam proses negosiasi sudah selayaknya diterapkan dalam pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia. Hal ini dikarenakan pada jaman yang semakin maju ini, resiko-resiko yang dapat timbul pada tahapan pra kontrak telah berkembang pesat dan semakin sering terjadi sehingga seringkali merugikan para pihak yang telah melakukan suatu perbuatan hukum tertentu pada saat proses negosiasi dimana pada akhirnya kontrak tersebut

batal disepakati oleh karena ada pihak lain yang beritikad buruk dalam proses negosiasi tersebut. Contoh penerapan itikad baik dalam proses negosiasi yaitu jika dalam proses negosiasi, terdapat satu pihak yang mengundurkan diri dari negosiasi tanpa alasan yang benar, maka pihak tersebut dapat digugat dengan gugatan perbuatan melawan hukum. Sedangkan bila negosiasi hampir mencapai kata sepakat, maka pihak yang mundur tiba-tiba tersebut dapat digugat dengan gugatan wanprestasi. Dengan diaturnya itikad baik dalam proses negosiasi, tentunya hak-hak para pihak dalam proses negosiasi dapat terlindungi dan terjamin kepastian hukumnya.

2.4. Penerapan Doktrin *Promissory Estoppel* dalam Pengaturan Tahapan Pra Kontrak di Indonesia

Doktrin *promissory estoppel* pertama kali dikenal di Amerika Serikat dan menjadi prinsip dasar hukum kontrak dalam sistem hukum *common law* hingga saat ini. Doktrin *promissory estoppel* diciptakan sebagai pemecah masalah yang ditimbulkan oleh prinsip *consideration*. Sebelum membahas lebih lanjut mengenai doktrin *promissory estoppel*, perlu diketahui terlebih dahulu apa itu *consideration*. Menurut Paul Latimer (Latimer, 1998: 271) *consideration* pada intinya adalah sesuatu yang diberikan oleh pihak *offeree* sebagai balasan atas prestasi yang diberikan oleh pihak *offeror* dan berbentuk janji balasan, harga balasan atau perbuatan balasan. Suatu kontrak yang dibuat tanpa *consideration* berarti kontrak tersebut tidak mengikat dan berkekuatan hukum sehingga tidak dapat diminta pelaksanaannya, suatu kontrak yang tidak bertimbal balik atau yang cuma-cuma seperti hibah dianggap tidak mengikat karena tidak ada *consideration* di dalamnya (Suharnoko, 2004: 12). Namun terkadang prinsip *consideration* ini bisa dikatakan terlalu kaku, sehingga dapat mengakibatkan kerugian bagi salah satu pihak yang akan menyepakati kontrak. Hal ini dikarenakan jika dalam tahapan pra kontrak, pihak pertama telah menjanjikan prestasi tertentu untuk nantinya disepakati dalam kontrak dimana selanjutnya pihak kedua yang menerima janji tersebut lalu melakukan suatu perbuatan hukum lain yang bukan merupakan kontraprestasi terhadap pihak pertama, namun hanya sebatas kehendak dari pihak kedua karena pihak kedua merasa akan menerima janji dari pihak pertama tersebut, dan ternyata janji dari pihak pertama tersebut tidak dipenuhi, maka hal ini tentunya akan merugikan pihak kedua, karena pihak kedua tidak bisa melakukan upaya apapun untuk membatalkan perbuatan hukum yang telah dilakukan oleh pihak kedua tersebut. Janji pihak pertama seperti contoh diatas adalah janji yang tidak mengikat karena tidak terdapat *consideration* dari pihak kedua. Pihak kedua melakukan perbuatan hukum sebagai akibat dari adanya janji pihak pertama (perbuatan hukum tersebut bukan merupakan kontraprestasi dari janji pihak pertama). Sehingga jika ternyata pihak pertama menarik atau membatalkan janjinya, pihak kedua tidak dapat menuntut pengembalian apapun karena janji dari pihak pertama tersebut tidak mengikat sebagai akibat adanya kewajiban yang timbul dari prinsip *consideration*.

Untuk menghindari kemungkinan-kemungkinan terjadinya kejadian seperti contoh diatas, pengadilan di Amerika Serikat menciptakan doktrin *promissory estoppel*. Doktrin *promissory estoppel* pada intinya merupakan doktrin yang mencegah pihak *offeror* untuk menarik atau membatalkan janjinya, sehingga menghindarkan pihak *offeree* dari kerugian yang diakibatkan oleh penarikan janji oleh pihak *offeror* seperti contoh diatas (Latimer, 1998: 280).

Dengan adanya doktrin *promissory estoppel* ini, suatu janji akan mengikat para pihak meskipun tidak ada *consideration* di dalamnya (Suharnoko, 2004: 13).

Doktrin *promissory estoppel* wajib untuk dituangkan dan diterapkan pada salah satu bagian dalam pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia walaupun Indonesia tidak menganut prinsip *consideration*, mengingat maraknya kasus-kasus di Indonesia yang terjadi akibat dari tingginya pengharapan yang dimiliki oleh pihak tertentu terhadap pihak lain yang menjanjikan sesuatu, sehingga pihak tersebut terlanjur melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan hukum tertentu dimana ternyata pihak *offeror* tersebut malah menarik janjinya dan menyebabkan kerugian bagi pihak yang terlanjur melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan hukum tersebut. Diterapkannya doktrin ini pada pengaturan tahapan pra kontrak akan memberikan perlindungan hukum bagi para pihak yang akan menyepakati suatu kontrak karena janji-janji pra kontrak yang diberikan oleh pihak *offeror* sudah dianggap mengikat walaupun kontrak belum disepakati sehingga jika pihak *offeror* menarik janjinya tersebut, maka penarikan janji tersebut sudah memiliki akibat hukum tertentu yang memberikan perlindungan bagi pihak *offeree*.

3. Kesimpulan

Tahapan pra kontrak adalah salah satu tahapan penting yang harus dilalui oleh para pihak agar dapat menyepakati suatu kontrak. Di dalam tahapan pra kontrak terjadi perundingan atau negosiasi yang dilakukan oleh para pihak untuk menentukan klausul-klausul apa saja yang akan mereka sepakati dalam kontrak nantinya. Tahapan pra kontrak telah diatur dan diterapkan oleh negara-negara penganut sistem hukum *common law*, instrumen-instrumen hukum internasional seperti UPICC, CISG, PECL, dan CESL, serta beberapa negara penganut sistem hukum *civil law* seperti Belanda melalui NBW nya yang telah memperbaharui pengaturan dalam bidang hukum kontrak nya dengan mengadopsi teori-teori hukum kontrak modern sebagaimana negara-negara penganut sistem hukum *common law*.

Pada saat terjadi suatu peristiwa *pre-contractual issues* di Indonesia, para pihak tidak mendapatkan perlindungan hukum karena belum ada aturan hukum yang memayungi dan memberikan pedoman untuk peristiwa-peristiwa semacam ini. Oleh karena itu kiranya perlu diformulasikan suatu pengaturan tahapan pra kontrak yang dapat memberikan perlindungan hukum bagi para pihak yang sedang berada dalam tahapan pra kontrak.

Berdasarkan pemaparan dan penjelasan diatas maka secara garis besar dapat diformulasikan suatu pengaturan tahapan pra kontrak yang wajib memberikan pembedaan terlebih dahulu mengenai *formation* dan *validity* suatu kontrak, sehingga pengaturan ini nantinya dapat terfokus hanya pada aturan-aturan terkait dengan *formation* atau proses pembentukan kontrak. Selanjutnya setelah terdapat pembedaan yang jelas mengenai *formation* dan *validity* maka yang pertama kali wajib untuk diatur dalam pengaturan tahapan pra kontrak ini adalah ketentuan mengenai penawaran dan penerimaan disertai dengan ketentuan-ketentuan tambahannya yang dapat diadopsi dari ketentuan UPICC, CISG, PECL, dan CESL serta ketentuan yang terdapat dalam NBW. Sehingga para pihak yang sedang berada dalam tahapan pra kontrak dapat mengetahui secara jelas pedoman aturan yang harus mereka taati terkait dengan bagaimana bentuk penawaran yang seharusnya termasuk juga ketentuan lainnya dan bagaimana bentuk suatu penerimaan termasuk ketentuan lainnya, serta mendapat kejelasan mengenai upaya hukum apakah yang harus mereka lakukan jika mengalami *pre-*

contractual issues. Selain penawaran dan penerimaan, pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia nantinya juga wajib untuk tetap mengakomodir asas kebebasan berkontrak dengan mengadopsi ketentuan *freedom of contract* atau *party autonomy* yang diatur oleh UPICC, CISG, PECL, dan CESL, juga dengan tidak mengesampingkan asas kebebasan berkontrak yang tertuang dalam Pasal 1338 KUHPerduta. Pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia juga wajib untuk menerapkan asas *good faith in negotiation* yang juga dapat diadopsi dari ketentuan UPICC, CISG, PECL, dan CESL serta ketentuan Pasal 1337 *Civil Code* Italia sehingga dapat memberikan perlindungan hukum bagi para pihak tidak hanya saat kontrak telah disepakati, tetapi juga memberikan perlindungan sejak saat para pihak memasuki tahapan pra kontrak dan mulai bernegosiasi. Disamping itu, agar pengaturan tahapan pra kontrak di Indonesia ini dapat memberikan perlindungan hukum bagi para pihak secara maksimal, doktrin *promissory estoppel* wajib diterapkan sehingga para pihak yang sedang dalam tahapan pra kontrak terhindar dari kerugian yang disebabkan adanya pihak yang menarik janjinya secara sepihak.

Pengaturan tahapan pra kontrak ini sebaiknya segera dirancang dan diatur oleh pemerintah sebagai salah satu bab atau bagian dalam Rancangan Undang-Undang (RUU) Hukum Perjanjian Nasional. Selain itu pemerintah, badan legislatif serta pihak-pihak lain yang terlibat dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan sebaiknya segera memasukkan RUU Hukum Perjanjian Nasional kedalam daftar Program Legislasi Nasional (Prolegnas) periode 2020-2024 mengingat kontrak adalah salah satu bagian yang esensial dan berperan penting dalam dunia bisnis yang sudah sangat maju dewasa ini sehingga membutuhkan perlindungan hukum bagi para pihak yang sedang melaluinya.

Daftar Referensi

Buku

- Badrulzaman, M. D., Soenandar, T., Djamil, F., Sjahdeini, S. R., & Soeprapto, H. (2001). *Kompilasi Hukum Perikatan*. PT. Citra Aditya Bakti.
- Black, H. C. (1949). *Black's Law Dictionary* (5th ed.). West Publisher.
- Hartono, S. R. (2000). *Asuransi dan Hukum Asuransi*. IKIP Semarang Press.
- Khairandy, R. (2003). *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*. Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Latimer, P. (1998). *Australian Business Law*. CCH Australia Limited.
- Salim, H. (2008). *Perancangan Kontrak dan Memorandum of Understanding (MoU)*. Sinar Grafika.
- Sjahdeini, S. R. (1993). *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian*. Institut Indonesia.
- Suharnoko. (2004). *Hukum Perjanjian Teori dan Analisis Kasus* (2nd ed.). Prenada Media Group.

Jurnal

- Chumaida, Z. V. (2014). Menciptakan Itikad Baik Yang Berkeadilan Dalam Kontrak Asuransi Jiwa. *Yuridika*, 29(2), 245-258. <https://doi.org/10.20473/ydk.v29i2.370>
- Khoirul Huda, M., Khairandy, R., & Hernoko, A. Y. (2018). The Principle of Good Faith in Life Insurance Contract: A Comparative Study of Indonesia and the UK. *Medwell Publications*, 13(1), 80-86. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.36478/sscience.2018.80.86>