

## TEORI TIMBULNYA PERJANJIAN DALAM TRANSAKSI KONSUMEN ELEKTRONIK

*(Theories of the Nature of A Contract in Electronic Consumer Transaction)*

**Shidarta**

Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Humaniora, Universitas Bina Nusantara

Jalan Kemanggisian Ilir III No. 45, Jakarta Barat

E-mail: shidarta@binus.edu

### Abstrak

Artikel ini membahas tentang berbagai teori timbulnya perjanjian dan kesesuaian penerapan teori-teori tersebut di dalam dua undang-undang, yaitu Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU-ITE) dan Undang-Undang Perlindungan Konsumen (UU-PK). Salah satu mekanisme dalam transaksi konsumen dilakukan secara elektronik dengan asumsi bahwa konsumen berada dalam posisi lebih lemah dibandingkan dengan pelaku usaha. Selama ini belum pernah ada penelitian yang melakukan identifikasi terhadap teori-teori demikian dalam dua undang-undang tersebut dengan menggunakan pisau analisis yang komprehensif. Pokok permasalahan yang penulis ajukan adalah apa teori timbulnya perjanjian yang paling tepat ditetapkan pada transaksi konsumen elektronik di dalam UU-ITE dan bagaimana kesesuaiannya dengan teori timbulnya perjanjian menurut UU-PK. Penulis menggunakan metode kajian literatur serta pendekatan konseptual dan perundang-undangan, disertai pengkategorian teori (klasik versus kontemporer) serta asas dan doktrin yang relevan, mencakup asas *lex specialis derogat legi generali*, *systematische specialiteit*, *logische specialiteit*, dan *lex consumens derogat legi consumptae*, serta doktrin *ostensible agency* dan *misrepresentation*. Kajian tersebut membawa penulis pada kesimpulan bahwa teori penerimaan adalah teori yang sejauh ini paling tepat dalam mengatur transaksi konsumen elektronik, namun terdapat sejumlah catatan penting bahwa teori ini harus dibaca dalam perspektif yang lebih mutakhir. Sementara itu, teori timbulnya perjanjian menurut UU-ITE bukanlah teori yang tepat karena berpotensi melemahkan posisi tawar konsumen. Penulis menyarankan agar di dalam perubahan UU-PK di masa depan, teori timbulnya perjanjian ini dinyatakan secara eksplisit agar keberlakuan UU-PK menjadi lebih diprioritaskan dibandingkan dengan UU-ITE.

**Kata kunci:** teori timbulnya perjanjian, transaksi konsumen elektronik, perlindungan konsumen.

### Abstract

*This article discusses various theories of the nature of a contract and the relevance of the application of these theories in two statutory laws, namely the Electronic Information and Transactions Act (UU-ITE) and the Consumer Protection Act (UU-PK). One of the mechanisms in consumer transactions is done electronically with the assumption that consumers are in a weaker position compared to business actors. So far, there has never been a study that has identified such theories in the two laws using a comprehensive analysis. The main problem is what the most appropriate theory of the nature of a contract is stipulated in electronic consumer transactions in UU-ITE and how it fits with such a kind of theory according to UU-PK. The author uses the method of literature review as well as conceptual and statutory approaches, accompanied by categorization of theories (classical versus contemporary) as well as relevant principles and doctrines, including the principles of *lex specialis derogat legi generali*, *systematische specialiteit*, *logische specialiteit*, and *lex consumens derogat legi consumptae*, as well as the doctrine of *ostensible agency* and *misrepresentation*. This study brings the authors to the conclusion that acceptance theory is the most appropriate theory so far in regulating electronic consumer transactions, but there are several important notes that this theory must be read from a more up-to-date perspective. Meanwhile, the theory of the nature of a contract according to UU-ITE is not appropriate because it has the potential to weaken the consumer's bargaining position. The author suggests that in future amendments to UU-PK, the theory of the nature of a contract is stated explicitly so that the application of UU-PK becomes more prioritized compared to UU-ITE.*

**Keywords :** *theory of the nature of a contract, electronic consumer transaction, consumer protection.*

## A. Pendahuluan

Kapan suatu perjanjian itu lahir merupakan sebuah persoalan teoretis di dalam wacana hukum perjanjian. Hal ini kian menjadi problematis apabila muncul kasus konkret tatkala terdapat pihak yang menyangkal bahwa suatu perjanjian telah benar-benar ada serta mengikat secara hukum. Problematika ini melahirkan beberapa jalinan proposisi yang dikenal di dalam literatur sebagai teori-teori mengenai timbulnya (lahirnya) perjanjian. Dalam buku-buku teks hukum perjanjian berbahasa Inggris, teori-teori ini dikenal sebagai *theories of the nature of a contract*.<sup>1</sup> Teori-teori ini pada hakikatnya mendiskusikan hal yang sama, yaitu mengenai kapan suatu perjanjian mulai berlaku secara efektif dan mengikat secara hukum bagi pihak-pihak yang membuatnya.

Dengan menggunakan prinsip konsensualisme, hukum perjanjian memang sudah menentukan bahwa perjanjian mengikat apabila telah terjadi kesepakatan. Prinsip konsensualisme juga tidak mengharuskan kesepakatan harus dibuat secara tertulis, kecuali untuk jenis perjanjian yang memang menuntut formalitas tertentu, yang disebut sebagai perjanjian formal. Syarat subjektif berupa kesepakatan tersebut adalah salah satu dari empat syarat keabsahan perjanjian yang tercantum dalam Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Kesepakatan para pihak yang membuat perjanjian tidak menjamin perjanjian itu sah secara hukum. Jesse S. Raphael juga menekankan hal

yang sama. Ia mengatakan: *"An offer and acceptance between two parties may create the outward form of an agreement, but this does not necessarily mean that a valid contract has been made. Certain other essentials must be present."*<sup>2</sup> Pernyataan Raphael tersebut menegaskan kembali bahwa kesepakatan adalah sekadar syarat yang perlu, bukan syarat yang cukup, namun syarat ini merupakan hal yang esensial di dalam perjanjian.

Apabila kita berpegang pada satu syarat ini saja, berarti terjadinya kesepakatan adalah momentum ketika kehendak-kehendak para pihak saling bertemu (*meeting of minds*). Cara pandang seperti ini tergolong pemikiran klasik yang dicerminkan oleh teori kehendak (*the will theory*). Sementara itu ada pendapat lain yang memandang kesepakatan timbul begitu ada ekspektasi tanggung jawab pada masing-masing pihak (*the reliance theory*).<sup>3</sup> Pembacaan terhadap teori-teori timbulnya perjanjian untuk transaksi konsumen elektronik ini juga bertambah kompleks apabila dihadapkan pada pengkategorian, apakah masuk ke dalam kelompok teori klasik atau kontemporer.

Identifikasi lain adalah tentang siapa saja yang menjadi subjek dalam perjanjian. Dalam transaksi jual beli produk konsumen (*consumer products*), misalnya, sekilas cukup dipetakan hanya ada pihak pelaku usaha dan pihak konsumen. Namun, jika jual beli itu dilakukan dengan media elektronik, kerap kali di antara keduanya terdapat pihak lain. Sebagai contoh, seorang konsumen yang menggunakan aplikasi *telemedicine* di ponsel

<sup>1</sup> Penulis memilih untuk menerjemahkan terminologi "teori-teori timbulnya (lahirnya) perjanjian" ini dengan istilah *"the theories of the nature of a contract"* mengikuti apa yang ditulis oleh George W. Paton dalam buku *masterpiece* beliau berjudul: *A Text-Book of Jurisprudence* (Oxford: the Clarendon Press, 1953), hlm. 356-359.

<sup>2</sup> Jesse S. Raphael, *The Collier Quick and Easy Guide to Law* (New York: Collier Books, 1962), hlm. 15. .

<sup>3</sup> *Infra* catatan kaki nomor 12.

pintarnya. Fitur di dalam aplikasi itu sudah mencakup berbagai layanan sekaligus, yakni konsultasi dengan dokter, pengadaan obat, tes laboratorium, sampai dengan pencarian rumah sakit rujukan yang semuanya dilakukan secara daring. Dengan doktrin *ostensible agency*, semua praktisi kesehatan itu seharusnya dapat dikategorikan sebagai satu kesatuan di mata konsumen.<sup>4</sup> Klasifikasi ini dapat diperluas juga bagi penyedia aplikasi, sekalipun bukan termasuk praktisi kesehatan di dalam transaksi tersebut. Situasinya agak berbeda apabila suatu transaksi elektronik melibatkan otoritas publik sebagaimana terjadi, misalnya, dalam pembelian nomor telepon seluler (ponsel) perdana. Kartu sim (*sim-card*) dari nomor perdana ini wajib untuk diregistrasikan ke Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil (Dukcapil), sehingga di luar konsumen dan penjual, masih terdapat pihak lain yang tidak dapat begitu saja diposisikan sebagai pelaku usaha. Sekalipun bukan pelaku usaha, tetapi transaksi tersebut belum benar-benar tuntas sebelum pemegang otoritas memberikan konfirmasi atas pendaftaran kartu sim tersebut.<sup>5</sup> Hal ini berarti bahwa banyaknya versi hubungan hukum dalam satu transaksi konsumen elektronik mempengaruhi momentum untuk menentukan kapan timbulnya perjanjian.

Pasal 8 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik juncto Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (selanjutnya disingkat UU-ITE) memuat beberapa kemungkinan pengidentifikasian atas teori-teori timbulnya perjanjian itu. Ayat (1) dari pasal ini menyatakan: "(1) Kecuali diperjanjikan lain, waktu pengiriman suatu Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik ditentukan pada saat Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik telah dikirim dengan alamat yang benar oleh Pengirim ke suatu Sistem Elektronik yang ditunjuk atau dipergunakan Penerima dan telah memasuki Sistem Elektronik yang berada di luar kendali Pengirim." Ayat (1) ini sekilas mengarahkan kepada teori pengiriman (*verzendingstheorie*). Kesimpulan tersebut dapat dimentahkan apabila ayat (2) dari pasal ini dicermati. Formulasi dari ayat (2) menyatakan: "(2) Kecuali diperjanjikan lain, waktu penerimaan suatu Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik ditentukan pada saat Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik memasuki Sistem Elektronik di bawah kendali Penerima yang berhak." Ternyata ayat (1) dan ayat (2) di sini hanya menetapkan kapan waktu pengiriman dan penerimaan terjadi di dalam transaksi elektronik, dan tidak benar-benar memastikan teori timbulnya perjanjian.

Pasal 20 ayat (1) UU-ITE juga menambah kesulitan kita dalam pengidentifikasian. Ayat tersebut menegaskan, "(1) Kecuali ditentukan lain oleh para pihak, Transaksi Elektronik

<sup>4</sup> *Infra* catatan kaki nomor 29. Untuk penerapan doktrin ini pada kasus di bidang kedokteran, baca tulisan dari: G.J. Firman, "Ostensible Agency: Another Malpractice Hazard," *American Journal of Psychiatry* 135(4): 510-2.

<sup>5</sup> Situasi seperti ini tunduk pada teori objektif berkontrak (*the objective theory of contract*) karena ada pihak lain di luar pihak-pihak yang bertransaksi berwenang harus ikut memberikan persetujuan. Jika pihak-pihak yang memberikan persetujuan sebatas mereka yang bertransaksi saja (misalnya antara penjual dan pembeli saja), maka mengikatnya perjanjian itu mengikuti teori subjektif (*the subjective theory of contract*). Mengenai hal ini lihat antara lain: Joseph M. Perillo, "The Origin of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation," *Fordam Law Review*, 69(2), 2000: 427-477.

terjadi pada saat penawaran transaksi yang dikirim Pengirim telah diterima dan disetujui Penerima." Selain perkataan "telah diterima" yang sekilas menjurus ke penggunaan teori penerimaan (*ontvangsttheorie*), juga tidak tertutup kemungkinan identifikasi berbeda karena terdapat frasa "... dan disetujui". Frasa ini mengarahkan ke teori berbeda, yang tidak lagi sekadar menggunakan teori pengetahuan (*vernemingstheorie*). Potensi kebingungan tersebut muncul karena kata "disetujui" telah menambahkan momentum baru berkenaan dengan timbulnya perjanjian dalam transaksi elektronik. Kerumitan bakal bertambah apabila ayat (2) dari pasal ini juga dijadikan acuan, karena di situ terdapat redaksi tekstual yang mengharuskan persetujuan penerimaan itu dinyatakan eksplisit secara elektronik.

Transaksikonsumendalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen (selanjutnya disingkat UU-PK), memiliki keunikan karena undang-undang ini memandang transaksi tersebut harus juga ditarik ke peristiwa yang mendahuluinya, yaitu tahap pratransaksi. Doktrin misrepresentasi akan menjadi faktor penting dalam melihat kecenderungan teori timbulnya perjanjian seperti apa yang teridentifikasi dalam UU-PK. Hal ini karena informasi atas suatu produk yang disampaikan melalui promosi atau iklan, sangat mempengaruhi keputusan konsumen untuk masuk atau tidak ke tahap transaksi.<sup>6</sup>

Dengan demikian, tulisan ini akan membedah keruwetan pengidentifikasian teori-teori timbulnya perjanjian tersebut dengan

mencermati pesan-pesan tekstual menurut rumusan pasal-pasal terkait di dalam UU-ITE, dan menghubungkannya dengan ketentuan yang mengarah ke perihal serupa di dalam UU-PK. Melalui pengidentifikasian teori-teori timbulnya perjanjian itu, diharapkan dapat diketahui mana teori yang paling tepat untuk diterapkan dalam transaksi konsumen elektronik. Analisis metakaidah pada akhirnya menjadi penting dilakukan agar pesan-pesan yang ditangkap tidak lagi sebatas apa yang tertulis di dalam teks, melainkan juga pesan-pesan di balik teks. Jika dikerucutkan, maka tulisan ini akan menjawab satu permasalahan pokok berkenaan dengan: **apa teori timbulnya perjanjian yang paling tepat ditetapkan pada transaksi konsumen elektronik di dalam UU-ITE dan bagaimana kesesuaian dengan teori timbulnya perjanjian menurut UU-PK?**

Analisis dan jawaban terhadap permasalahan dalam artikel ini berguna untuk membantu para pengambil keputusan dalam menyelesaikan sengketa yang menuntut kejelasan atas keabsahan perjanjian dalam transaksi konsumen elektronik. Hal ini karena isu tentang timbulnya perjanjian merupakan bagian dari wacana mengenai keabsahan perjanjian.

## B. Metode Penelitian

Tulisan ini menggunakan metode penelitian normatif dengan berfokus pada kajian peraturan dilengkapi dengan kajian literatur terutama terhadap buku-buku teks tentang hukum perjanjian, termasuk

<sup>6</sup> Sangat banyak artikel jurnal yang menulis tentang pengaruh iklan terhadap perilaku konsumen. Untuk konteks Indonesia, dapat dilihat antara lain pada artikel: Carunia Mulya Firdausy & Maria Fernanda, "The Effects of Sales Promotion, Attractiveness of Internet Advertising and Website Quality on Impulse Buying of Consumers of Tokopedia in Indonesia," *International Journal of Management and Enterprise Development*, 20(1) March 9, 2021: 34-48.

transaksi elektronik, dan hukum perlindungan konsumen. Sebagai suatu kajian literatur, objek analisis tidak berupa data empiris. Penulis menggunakan dua pendekatan. Pendekatan konseptual ditujukan untuk mengulas konsep/konstruk dan proposisi yang terkandung dalam teori-teori timbulnya perjanjian. Pendekatan perundang-undangan digunakan untuk mencermati ketentuan normatif yang tercantum dalam UU-ITE dan UU-PK.

Penulis menggunakan sudut pandang kajian metakaidah<sup>7</sup> terhadap rumusan normatif yang tersaji dalam UU-ITE dan UU-PK. Berbagai kategori teori (klasik versus kontemporer), demikian juga dengan asas dan doktrin yang relevan, seperti asas *lex specialis derogat legi generali*, *systematische specialiteit*, *logische specialiteit*, dan *lex consumens derogat legi consumptae*, serta doktrin *ostensible agency* dan *misrepresentation*, ikut diulas dan memberi nuansa pendekatan konseptual yang diharapkan mampu memperkaya pemahaman pembaca. Dalam rangka mempermudah pengertian, penulis juga memperagakan hasil pengidentifikasian teori-teori timbulnya perjanjian tersebut melalui gambar (ilustrasi) skematis.

### C. Pembahasan

Pembahasan berikut disusun secara sistematis dengan tujuan untuk sampai pada keterjawaban rumusan permasalahan. Uraian disesuaikan dengan masing-masing rumusan tersebut.

#### 1. Teori Perjanjian Paling Tepat dalam Transaksi Konsumen Elektronik dalam UU-ITE

Istilah "transaksi konsumen" adalah terminologi yang lazim digunakan, khususnya dalam khazanah hukum perlindungan konsumen. Sebagai contoh, pada tahun 1975, David A. Rice menerbitkan sebuah buku berjudul "*Consumer Transactions*" yang pada dasarnya berbicara tentang hukum perlindungan konsumen. Kata "*transactions*" digunakannya untuk mengacu pada perjanjian dalam lapangan hukum keperdataan. Sekalipun Rice tidak membuat definisi tersendiri tentang transaksi konsumen, ia menggambarkan isi bukunya sebagai: "... *broad in substance compass, raging over the subjects of deceptive and unfair sales practices, credit and other disclosure regulation, credit and other contract regulation, and deceptive and unfair advertising.*"<sup>8</sup> Denotasi yang diberikan oleh Rice ini memang belum menunjuk pada subjek yang terlibat dalam hubungan itu, yang seharusnya mengacu pada pola hubungan antara pelaku usaha dan konsumen, atau lazim disebut *business-to-consumer*, disingkat B2C. Menurut Nick Barney dan Wesley Chai, B2C adalah salah satu dari enam pola yang lazim dikenal dalam perdagangan elektronik (*e-commerce*). Kelima pola lainnya mencakup *business-to-business* (B2B), *consumer-to-business* (C2B), *consumer-to-consumer* (C2C), *business-to-administration* (B2A), dan *consumer-to-administration* (C2A).<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Tentang analisis metakaidah ini lihat J.J.H. Bruggink, *Refleksi tentang Hukum: Pengertian-Pengertian Dasar dalam Teori Hukum*, terjemahan B. Arief Sidharta (Bandung: Cita Aditya Bakti, 1996), hlm. 87-117.

<sup>8</sup> David A. Rice, *Consumer Protections* (Boston: Little, Brown and Company, 1975), hlm. viii.

<sup>9</sup> Lihat Nick Barney & Wesley Chai, "B2C (Business-to-Consumer)," TechTarget Network, <https://www.techtarget.com/searchcustomerexperience/definition/B2C> (diakses 30 Juni 2023). Seharusnya kedua penulis menambahkan tiga pola berikutnya, yakni A2B, A2C, dan A2A.

Pandangan Barney dan Chai di atas memiliki celah karena mereka tidak mengacu pada definisi konsumen sebagai pemakai terakhir sebagaimana dianut dalam UU-PK. Oleh sebab itu, hubungan C2B bukan lagi transaksi konsumen menurut versi UU-PK. Demikian pula selanjutnya dengan pola hubungan C2A. Hubungan antara konsumen dan Dinas Dukcapil seperti disinggung dalam pendahuluan tulisan ini, dapat dikategorikan sebagai pola hubungan C2A karena konsumen mengajukan registrasi kartu simnya kepada administrator dan ini tidak selayaknya disebut transaksi konsumen.

Sekalipun administrator sebenarnya sangat mungkin terlibat dalam transaksi konsumen, khususnya transaksi konsumen elektronik, UU-PK tidak melihat unsur administrator ini sebagai bagian dari transaksi konsumen itu. Hal ini terlihat dari penanganan keluhan konsumen terhadap administrator yang tidak disalurkan melalui badan penyelesaian sengketa konsumen atau peradilan umum,<sup>10</sup> melainkan diarahkan ke Komisi Nasional Ombudsman dan/atau peradilan tata usaha negara.

Atas dasar pemikiran di atas maka transaksi konsumen memiliki sedikitnya dua

domain hukum. Domain pertama adalah area hukum perdata dan kemudian hukum perlindungan konsumen. Tatkala transaksi itu dikerucutkan pada transaksi konsumen [melalui atau secara] elektronik, maka transaksi ini melibatkan pula area hukum siber atau hukum telematika. Peran dari hukum siber tidak hanya sekadar mengatur cara dan media tempat terjadinya transaksi, melainkan juga memastikan hal-hal substansial, seperti keamanan bertransaksi. Atas dasar itu pula dapat dipahami bahwa dimensi di luar hukum keperdataan, yakni hukum pidana dan hukum administrasi juga diberi saluran untuk terlibat dalam transaksi konsumen elektronik. Sanksi yang dikenakan untuk pelanggaran transaksi konsumen elektronik, dengan demikian, tidak hanya sanksi keperdataan, tetapi juga sanksi pidana dan sanksi administratif.

Pada bagian pendahuluan tulisan ini telah disinggung sekilas empat teori timbulnya perjanjian yang dikenal dalam hukum perjanjian, yaitu teori pernyataan, teori pengiriman, teori pengetahuan, dan teori penerimaan. Keempat teori tersebut akan dielaborasi lebih lanjut pada bagian pembahasan ini.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Dalam perkembangannya, Otoritas Jasa Keuangan (OJK) juga membuat aturan bahwa penyelesaian sengketa konsumen jasa keuangan diselesaikan terlebih dulu melalui lembaga jasa keuangan tersebut, baru kemudian apabila tidak tercapai kesepakatan, diselesaikan melalui Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa (LAPS). Lembaga yang disebutkan terakhir ini menarik kewenangan BPSK untuk dipilih sebagai tempat penyelesaian sengketa konsumen jasa keuangan. Daftar LAPS yang tertera dalam situs resmi OJK meliputi Badan Mediasi dan Arbitrase Asuransi Indonesia (BMAI), Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia (BAPMI), Badan Mediasi Dana Pensiun (BMDP), Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Perbankan Indonesia (LAPSPI), Badan Arbitrase dan Mediasi Perusahaan Penjamin Indonesia (BAMPPPI), dan Badan Mediasi Pembiayaan dan Pergadaian Indonesia (BMPPPI). Kendati sudah terdaftar, OJK mencatat belum semua LAPS ini berfungsi melayani konsumen. Selanjutnya lihat: Otoritas Jasa Keuangan, "Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa," <https://ojk.go.id/id/kanal/edukasi-dan-perlindungan-konsumen/pages/lembaga-alternatif-penyelesaian-sengketa.aspx> (diakses 30 Juni 2023).

<sup>11</sup> Penulis mendasarkan uraian tentang empat teori ini pada tulisan J. Satrio, *Hukum Perjanjian: Perjanjian pada Umumnya* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1992), hlm. 179-184. Terminologi berbahasa Belanda yang digunakannya menunjuk referensi yang memang ia jadikan acuan, yakni dari A. Pitlo dan Opzoomer.

Sebagai pembanding dari pembagian tersebut, dapat dikemukakan model perbedaan yang lain seperti dilakukan oleh George W. Paton. Ia membedakan teori timbulnya perjanjian itu hanya dalam dua kategori besar, yaitu teori kehendak (*the will theory*) dan teori kepercayaan yang merugikan (*the injurious reliance theory* atau sering ditulis dengan *the reliance theory*).<sup>12</sup> Teori kehendak adalah teori klasik tentang timbulnya perjanjian, yang meyakini perjanjian muncul karena pertemuan kehendak para pihak. Dasar dari kehendak itu adalah komitmen diri sendiri untuk memenuhi segala kewajiban kepada pihak lawan sebagai mitra transaksi. Sebaliknya, teori kepercayaan tidak mementingkan adanya kehendak untuk menanggung kewajiban, yang *notabene* hanya bercokol di alam pikiran masing-masing. Teori kepercayaan lebih menekankan pada harapan-harapan (ekspektasi) yang sepatasnya timbul dari tindakan nyata pihak mitra transaksi, sekalipun katakan saja, ada kemungkinan tindakan itu tidak sungguh-sungguh mencerminkan niat tulus mereka.<sup>13</sup>

Teori kepercayaan, dengan demikian, sudah melampaui teori kehendak karena dengan satu tindakan tertentu yang dilakukan, berarti hal tersebut seharusnya telah mengisyaratkan adanya kehendak untuk

terikat dalam transaksi tersebut. Bahkan, kendati syarat ini di kemudian hari disangkal, tidak serta merta membuat perjanjian menjadi tidak ada. Tolok ukurnya adalah adanya asumsi berupa pengharapan yang layak dipercaya sebagai bentuk tanggung jawab pihak lawan. Masing-masing juga diasumsikan telah mempertimbangkan semua risiko dari keputusan bertransaksi. Masing-masing percaya apabila kerugian terjadi, maka pihak lawan akan bertanggung jawab sepenuhnya untuk mengganti kerugian itu. Konsekuensi lebih jauh dari teori kepercayaan adalah bahwa dasar gugatan yang digunakan tidak akan mengandalkan pijakan pada dalil wanprestasi, melainkan pada perbuatan melawan hukum. Dengan perkataan lain, tanggung jawab yang dipikul pihak lawan bukan lagi semata-mata karena diperjanjikan (*contractual liability*), melainkan justru lebih didasarkan pada pelanggaran hukum perdata (*tortius liability*),<sup>14</sup> yang sejak *Arrest Lindenbaum versus Cohen* tahun 1919, telah mencakup pelanggaran hukum dalam arti luas yang tidak sekadar pelanggaran terhadap undang-undang, melainkan juga terhadap kewajiban hukum dan kesusilaan.

Paton mengakui bahwa ia meminjam istilah "teori kepercayaan yang merugikan" itu dari Roscoe Pound.<sup>15</sup> Namun, jika kita

<sup>12</sup> Secara harfiah, *the injurious reliance theory* bermakna teori ketergantungan yang merugikan. Namun, penulis lebih memilih untuk menerjemahkannya dengan teori kepercayaan yang merugikan (disingkat teori kepercayaan) karena dasarnya memang adalah kepercayaan bahwa pihak lain sebagai mitra transaksi bertanggung jawab untuk memenuhi harapan-harapan yang sepatasnya timbul, dan untuk itu, iapun telah mempertimbangkan segala risiko yang merugikan. Istilah "kepercayaan" juga dipakai oleh Badan Penerbitan Universitas Gadjah Mada untuk penerjemahan Bab XVII dari buku George W. Paton tersebut (karya yang tidak dipublikasikan, 1955), Jilid II, hlm. 64-66.

<sup>13</sup> George W. Paton, *Op. Cit.*

<sup>14</sup> Untuk mencerna perbedaan karakteristik antara teori kehendak dan teori kepercayaan, baca ulasan menarik dari Peter Jaffey, "A New Version of the Reliance Theory," Brunel University, <https://bura.brunel.ac.uk/bitstream/2438/4166/1/Reliance%20theory%20of%20contract.pdf> (diakses 1 Juli 2023).

<sup>15</sup> George W. Paton, *Op. Cit.*, hlm. 358, mengutip Roscoe Pound, *Introduction to the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1937), hlm. 259.

mengacu pada tulisan asli Pound, guru besar filsafat hukum dari Universitas Harvard ini tidak hanya menyebut satu atau dua teori saja tentang timbulnya perjanjian, melainkan ada empat. Lengkapnya ia mengurutkannya sebagai berikut: (1) teori kehendak (*the will theory*), (2) teori tawar-menawar (*the bargain theory*), (3) teori kesetaraan (*the equivalent theory*), dan (4) teori kepercayaan yang merugikan (*the injurious reliance theory*). Pound menjelaskan keempat teori itu dengan kata-kata: "That is, promises are enforced as a giving effect to the will of those who agree, or to the extent that they are bargains or parts of bargains, or where an equivalent for them has been rendered, or where they have been relied on by the promise to his injury, according to theory chosen."<sup>16</sup> Pound mengatakan bahwa teori kehendak ini selayaknya sudah ditinggalkan. Tatkala bukunya ditulis, Pound mensinyalir teori tawar-menawar adalah teori yang paling terkini menurut pemikir-pemikir *common law*, sedangkan teori kesetaraan baru masuk ke proses pengembangan.<sup>17</sup> Ia memandang teori kepercayaan akan menjadi teori di masa depan. Dengan meminjam optimisme itu, tulisan ini ingin sekaligus mewacanakan tawaran digunakannya perspektif teori kepercayaan sebagai basis memahami teori timbulnya perjanjian dalam transaksi konsumen elektronik.

Kita dapat mencermati bahwa kelemahan dari teori kehendak, yang cenderung abstrak, subjektif, dan tidak terukur, ingin diatasi dengan teori kepercayaan tersebut. Tatkala empat teori yang dipaparkan di

bawah ini dikemukakan untuk pertama kali, cara pandang teori kehendak masih sangat mendominasi, tetapi penjelasan masing-masing teori tersebut tetap dapat didekati dengan perspektif teori kepercayaan, bahwa detik timbulnya perjanjian identik dengan momentum munculnya asumsi tanggung jawab. Tindakan-tindakan konkret berupa pernyataan, pengiriman, pengetahuan, dan penerimaan adalah indikator-indikator yang menimbulkan ekspektasi yang sepantasnya bahwa pihak lawan transaksi akan bertanggung jawab dan sekaligus siap mengganti kerugian apabila tanggung jawab itu sampai diabaikan.

#### a. Teori Pernyataan (*Uitingstheorie*)

Teori pernyataan memandang bahwa perjanjian timbul pada saat pihak penerima telah menyatakan penerimaan atau akseptasinya atas suatu tawaran. Sebagai contoh, seorang pembeli membaca sebuah iklan dan ia tertarik untuk membeli produk yang ditawarkan. Ia lalu memutuskan untuk menghubungi penjual pada alamat yang tertera di iklan itu. Pada saat pembeli menyatakan ia tertarik untuk membeli produk tersebut sesuai dengan syarat-syarat yang ditawarkan, maka menurut teori pernyataan, pada detik itu juga perjanjian telah dilahirkan dan muncul tanggung jawab pada pihak lawan. Perlu dicatat bahwa pada saat pembeli membuat pernyataan ketertarikannya itu, pihak penjual belum mendapat konfirmasi apapun, mengingat pembeli belum mengirimkannya ke pihak penjual. Pembeli sebagai akseptor masih mungkin untuk mengulur-ulur waktu

<sup>16</sup> *Ibid.*, hlm. 258-259. Penulis mengacu ke edisi yang buku Roscoe Pound yang lebih baru, yang dari rujukan halamannya tidak persis sama dengan edisi tahun 1937 seperti yang dikutip oleh Paton. Edisi yang dijadikan pegangan untuk tulisan ini adalah terbitan Transaction Publishers tahun 1999.

<sup>17</sup> *Ibid.*, hlm. 260.

dan bahkan membatalkan akseptasi yang semula sudah dinyatakannya sendiri.<sup>18</sup>

#### **b. Teori Pengiriman (Verzendingstheorie)**

Teori pengiriman merupakan kelanjutan dari teori pernyataan. Menurut teori ini, akseptasi tersebut baru layak untuk mengikat pihak penjual apabila sudah dikirimkan oleh si akseptor. Dengan tindakan pengiriman ini, maka si akseptor sebagai calon pembeli sudah tidak lagi memiliki kekuasaan untuk mengulur-ulur waktu tentang kapan terjadinya perjanjian itu. Patokan timbulnya perjanjian adalah pada detik ketika akseptasi itu terkirim. Jika dilakukan secara tradisional, detik akseptasi itu dapat ditentukan melalui tanggal cap pos yang tertera pada amplop surat yang dikirimkan oleh calon pembeli. Dalam transaksi elektronik, waktu pengiriman juga dicatat secara elektronik, bahkan dalam satuan waktu terkecil. Presisi waktu ini merupakan momentum terjadinya perjanjian. Persoalan apakah pihak penjual telah mengetahui adanya akseptasi ini atau tidak, bukan menjadi titik perhatian teori ini.

#### **c. Teori Pengetahuan (Vernemingstheorie)**

Teori pengetahuan mempermasalahkan ketidaklayakan dari teori pengiriman. Hal ini terutama terjadi pada model perdagangan tradisional, tatkala waktu pengiriman berlangsung terbilang cukup lama karena

harus dikirim via pos. Katakan perjalanan surat itu membutuhkan waktu dua hari, maka selama dua hari itu masih terbuka kemungkinan calon pembeli melakukan pembatalan atas akseptasinya yang pertama. Ia mungkin saja buru-buru mengirimkan lagi surat pembatalan sebelum surat pertama sampai di alamat penjual. Apabila hal ini terjadi, maka seharusnya pembatalan dengan surat kedua inilah yang lebih tepat dijadikan patokan. Akan sangat berisiko apabila perjalanan surat kedua ini diterima terlambat di alamat penjual, sedangkan penjual terlanjur mengirimkan produk yang diminta, tanpa disadarinya bahwa calon pembeli sudah menyatakan pembatalan melalui susulan surat kedua. Dalam transaksi elektronik, jeda waktu seperti yang dibayangkan oleh para pengkritik teori pengiriman itu, sangat mungkin sudah dapat diatasi, sekalipun bukan berarti sudah sepenuhnya bebas dari problematika hukum. Oleh sebab itu, ada anggapan bahwa lebih aman apabila digunakan teori pengetahuan (dibandingkan teori pengiriman), dalam arti bahwa pihak penjual benar-benar mengetahui adanya akseptasi tersebut.

#### **d. Teori Penerimaan (Ontvangsttheorie)**

Apabila momentum pengetahuan dari pihak penjual yang dijadikan patokan, maka timbulnya perjanjian juga menjadi tidak pasti. Bagi calon pembeli, kapan penjual membaca dan mengetahui adanya akseptasi

<sup>18</sup> J. Satrio mengutip tulisan L.C. Hofmann, *Het Nederlandse Verbintenissenrecht* (Groningen-Batavia: J.B. Wolters, 1935), hlm. 1876, yang mengatakan bahwa suatu penawaran dapat ditarik, sebagaimana juga dikenal dalam sistem hukum di Inggris dan Prancis. Atas dasar penjelasan ini, berarti pihak yang melakukan penawaran (penjual), menurut sistem yang berlaku di dalam sistem hukum di Belanda (konkordansi berlaku juga di Hindia Belanda), memungkinkan penarikan kembali penawarannya. Lihat J. Satrio, *Op. Cit.*, hlm. 179. Dalam transaksi konsumen elektronik, penarikan kembali penawaran akan sangat merugikan konsumen. Pihak pelaku usaha (penawar) sudah sepantasnya diduga akan bertanggung jawab penuh atas akurasi muatan media elektronik yang digunakannya dan siap bertanggung jawab atas kerugian yang diderita konsumen.

yang telah dikirimkannya itu, sama sekali tidak dapat dipastikan. Penjual dapat saja mengatakan ia belum sempat membaca dan belum mengetahui isi permintaan calon pembelinya, walaupun akseptasi calon pembeli sudah sampai di alamatnya. Untuk itu, teori penerimaan dipandang lebih memberi kepastian. Dengan menggunakan teori penerimaan ini, momentum timbulnya perjanjian didasarkan pada saat akseptasi calon pembeli sudah sampai di alamat penjual, tidak peduli apakah akseptasi itu sudah dibaca atau diketahui oleh pihak penjual.

Lalu, bagaimana dengan perjanjian di dalam UU-ITE? UU-ITE tidak mengatur hubungan hukum yang secara spesifik hanya berlaku untuk pelaku usaha dan konsumen (B2C). Jadi, pengaturan versi UU-ITE dapat diterapkan untuk semua pola hubungan transaksional, baik B2C, B2B, C2B, C2C, B2A, C2A, A2A, A2B, atau A2C. Hal ini karena Pasal 1 butir 2 dari UU-ITE mengatakan bahwa transaksi elektronik adalah perbuatan hukum yang dilakukan dengan menggunakan komputer, jaringan komputer, dan/atau media elektronik lainnya. Faktor penentu dalam transaksi elektronik adalah cara dan media penggunaannya, bukan siapa pihak-pihak yang menggunakannya.

Kapan timbulnya perjanjian menurut UU-ITE bukanlah unsur yang esensial, tetapi sebagai unsur *naturalia*. Dengan demikian, unsur ini adalah syarat perlu yang terbuka

untuk disimpangi di luar ketentuan UU-ITE. Kesimpulan tersebut dapat ditemukan dari redaksi yang digunakan Pasal 8 ayat (1) dan ayat (2), yakni kata-kata "Kecuali diperjanjikan lain, ...". Pasal 20 ayat (1) menggunakan kata-kata "Kecuali ditentukan lain oleh para pihak, ...". Dengan demikian, momentum timbulnya perjanjian yang diatur dalam UU-ITE sebenarnya hanya menawarkan satu alternatif basis teori, bukan menentukan teorinya, apalagi memaksakan penggunaan satu teori tertentu. Karena bersifat mengatur, dan bukan memaksa, maka para pihak dapat menggunakan teori yang berbeda daripada yang UU-ITE tawarkan.

Rumusan Pasal 8 dan Pasal 20 menggunakan tipe formulasi norma sekunder, bukan norma primer (norma perilaku). Norma sekunder yang dimaksud adalah norma definisi sekaligus norma kewenangan.<sup>19</sup> Analisis metakaidah terhadap kedua norma itu menunjukkan bahwa kedua aturan ini memberi definisi tentang apa yang dimaksud dengan waktu pengiriman, waktu penerimaan, dan waktu transaksi elektronik, namun juga memberi kewenangan bagi para pihak untuk menyimpang dari penerapan ketentuan di dalam pasal-pasal itu.

Pasal 8 memang tidak membuat definisi yang baku mengikuti rumus tradisional pendefinisian: *definitio per genus proximum et differentiam specificam*.<sup>20</sup> Pasal 8 hanya

<sup>19</sup> R.J. Jue (1990) sebagaimana dikutip oleh Bruggink, menilai norma perilaku dan norma kewenangan sama-sama mengandung ciri sebagai norma mandiri karena keduanya saling berhubungan untuk menjalankan fungsi pokok tata hukum dalam rangka langsung meregulasi perbuatan manusia, sedangkan norma definisi adalah norma tidak mandiri karena memberikan penentuan lebih jauh pada kaidah mandiri. Sebaliknya, K. Engisch (1983) menyatakan hanya norma perilaku yang operatornya perintah dan larangan saja yang bersifat mandiri. Jika ada norma yang memberi kebolehan (izin atau dispensasi), maka norma itu tidak mandiri karena harus dikaitkan dengan perintah dan larangan. Untuk melakukan penyimpangan tersebut, harus ada kewenangan. Penjelasan mengenai hal ini, lihat J.J.H. Bruggink, *Op.Cit.*, hlm. 107.

<sup>20</sup> Rumus cara membuat definisi konotatif itu kurang lebih bermakna: "Definisi dibuat dengan menentukan genus terdekat dan diikuti spesifikasi yang membedakannya".

menyebutkan indikator-indikator, dan dari situ dapat dibangun menjadi sebuah definisi. Berdasarkan Pasal 8 ayat (1) dapat diketahui bahwa waktu pengiriman adalah momentum ketika informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik telah dikirim dan memasuki sistem elektronik yang berada di luar kendali pengirim. Anak kalimat terakhir, yaitu "di luar kendali pengirim" menunjukkan bahwa pengirim tidak lagi dapat membatalkan pengiriman atau menarik kembali informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang sudah terlanjur terkirim. Dengan cara yang sama, kita dapat mendefinisikan waktu penerimaan. Menurut Pasal 8 ayat (2), waktu penerimaan adalah momentum ketika informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik telah memasuki sistem elektronik di bawah kendali penerima yang berhak. Jika demikian halnya, maka waktu pengiriman dan waktu penerimaan itu pada dasarnya berada pada momentum yang sama. Jika dan hanya jika terjadi waktu pengiriman, maka terjadi juga waktu penerimaan. Syarat terjadinya pengiriman dan waktu terjadinya pengiriman itu, keduanya bersifat timbal balik (bikondisional). Ayat (3) dan ayat (4) dari pasal ini juga tidak memberi tafsir berbeda tentang hal ini.

Frasa pada awal redaksi ayat (1) dan ayat (2) pasal ini, yaitu kata-kata "kecuali diperjanjikan lain" justru menjadi sangat membingungkan karena berarti para pihak boleh menentukan definisi berbeda tentang waktu pengiriman dan waktu penerimaan. Tidak jelas juga kemanfaatan apa bagi para pihak apabila mereka berniat membuat definisi berbeda tentang waktu pengiriman dan waktu penerimaan. Kemanfaatan akan relevan apabila dihubungkan dengan Pasal

20 ayat (1), yakni dalam rangka menentukan kapan transaksi elektronik itu terjadi. Artinya, waktu pengiriman dan waktu penerimaan boleh ditentukan secara berbeda daripada ketentuan UU-ITE karena para pihak ingin menggunakan teori timbulnya perjanjian yang berbeda dengan tawaran Pasal 20 UU-ITE.

Pasal 20 UU-ITE lengkapnya berbunyi sebagai berikut: "(1) Kecuali ditentukan lain oleh para pihak, Transaksi Elektronik terjadi pada saat penawaran transaksi yang dikirim Pengirim telah diterima dan disetujui Penerima." Penjelasan dari ayat ini mengatakan: "Transaksi Elektronik terjadi pada saat kesepakatan antara para pihak yang dapat berupa, antara lain pengecekan data, identitas, nomor identifikasi pribadi (*personal identification number*/PIN) atau sandi lewat (*password*)." Selanjutnya, ayat (2) berbunyi sebagai berikut: "(2) Persetujuan atas penawaran Transaksi Elektronik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus dilakukan dengan pernyataan penerimaan secara elektronik." Tidak ada penjelasan apapun untuk ayat (2) ini.

Tanpa disadari oleh pembentuk undang-undang, redaksi Pasal 20 ayat (1) yang mengatakan "telah diterima dan disetujui Penerima" itu membuka lagi peluang ketidakpastian. Penjelasan ayat ini alih-alih menambah kejelasan, justru mengaburkan makna kesepakatan itu sendiri karena bentuk tindakan kesepakatannya justru diberi contoh seperti pengecekan data dan identitas. Timbulnya perjanjian ternyata tidak cukup ketika informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik diterima, melainkan juga harus penerima setuju. Lalu, penerimaan itupun harus dinyatakan secara elektronik.

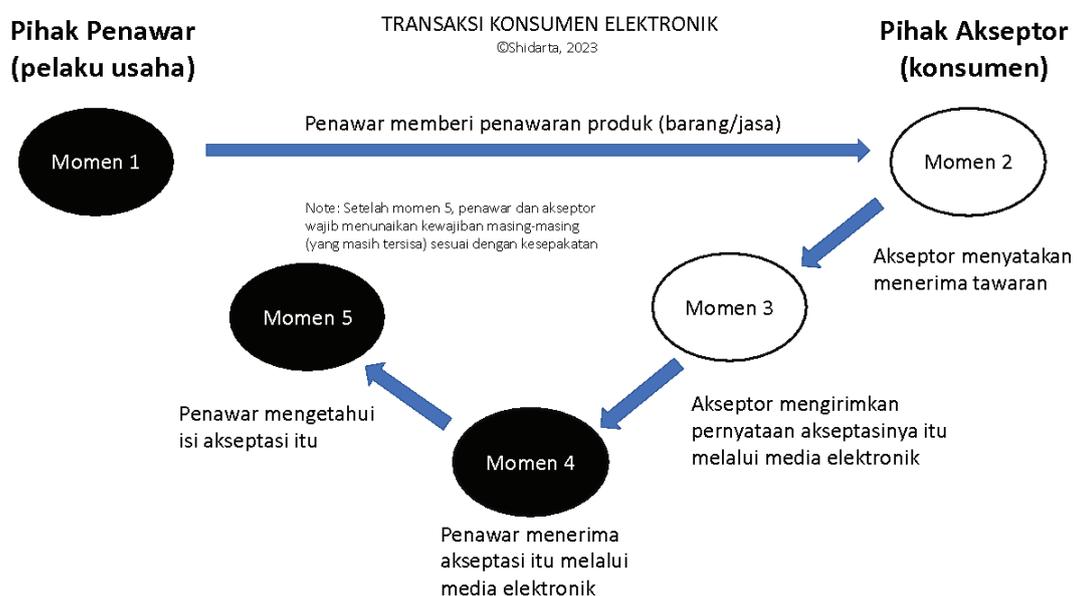
Apa maksud dari kata "disetujui" ini? Mungkinkah seseorang, katakan sebagai penjual, yang telah memberikan penawarannya, lalu tawaran ini diakseptasi oleh lawan transaksinya (katakanlah sebagai pembeli), kemudian akseptasi ini dikirimkan ke dalam sistem elektronik dan diterima oleh si penjual, tetapi tiba-tiba penjual tidak menyetujui akseptasi tersebut? Kita dapat mengatakan bahwa kemungkinan itu ada, yakni apabila akseptasi yang pembeli berikan sudah berbeda dengan syarat-syarat di dalam tawaran awal dari penjual. Kemungkinan lain adalah apabila telah terjadi keadaan memaksa, misalnya perubahan undang-undang, yang membuat transaksi tersebut tidak patut lagi dilakukan mengikuti klausula-klausula semula.

Dalam praktik, transaksi konsumen elektronik dengan menggunakan plasapasar (*marketplace*) yang lazim selama ini, tidak memungkinkan adanya negosiasi atas suatu tawaran. Apabila konsumen sudah mengakseptasi sebuah penawaran, terlebih-lebih ia sudah melunasi kewajibannya, maka

tidak ada alasan bagi pelaku usaha untuk tidak menyetujuinya. Kesempatan untuk tidak setuju seperti itu jelas akan menghadirkan ketidakpastian dalam bertransaksi elektronik. Tertutupnya kemungkinan konsumen untuk melakukan negosiasi juga karena klausula-klausula dalam perjanjian itu dibuat secara baku (*standardized contract*). Kata-kata "kecuali ditentukan lain oleh para pihak...", yang mengawali Pasal 20 ayat (1) dalam kenyataannya tidak pernah benar-benar dilakukan oleh para pihak. Penetapannya ditentukan secara sepihak, dalam hal ini oleh pelaku usaha. Konsumen hanya disodori pilihan menyetujui atau pergi meninggalkan tawaran tersebut (*take it or leave it*).

Dalam proses transaksi konsumen elektronik yang normal, seharusnya momentum timbulnya perjanjian adalah ketika penawar menerima akseptasi konsumen melalui media elektronik. Dalam Gambar 1 di bawah, peristiwa tersebut terjadi pada momen 4. Apabila momen ini yang digunakan, maka timbulnya perjanjian ini cukup menggunakan basis teori penerimaan.

**Gambar 1:** Momentum Transaksi Konsumen Elektronik

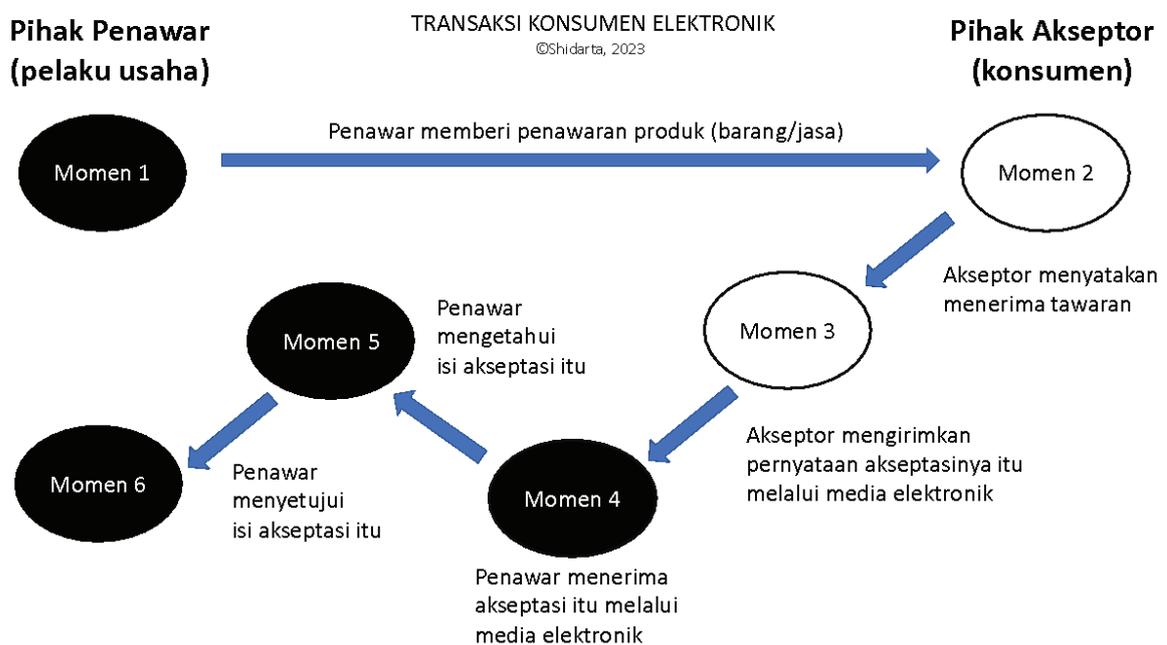


Pasal 20 ayat (1) UU-ITE ternyata tidak cukup menggunakan teori penerimaan. Hal ini terbukti dari kata "disetujui". Untuk dapat menyetujui, tentu saja pelaku usaha sebagai penawar, harus membuka isi akseptasi itu dan mencermatinnya. Dalam Gambar 1 di atas, peristiwa itu terjadi pada momen 5. Dalam teori timbulnya perjanjian, momentum tersebut menunjukkan teori pengetahuan. Pada titik ini, penawar seharusnya sudah terikat untuk menunaikan kewajibannya, misalnya segera mengirimkan produk yang sudah konsumen pesan dan lunasi harganya. Tentu tidak ada kewajiban bagi penawar untuk menunaikan kewajibannya apabila konsumen belum memberikan prestasinya. Sistem elektronik akan otomatis menganulir

transaksi demikian, bahkan mungkin tidak akan pernah sampai terkirimkan sama sekali. Prosesnya boleh jadi akan terhenti hanya sampai pada momen 2 dan akan ditolak untuk maju ke momen 3.

UU-ITE dengan demikian telah merambah lebih jauh melebihi teori pengetahuan. Kata "disetujui" menunjukkan ada hak bagi penawar (penerima akseptasi) untuk menyetujui atau tidak menyetujui. Apabila diilustrasikan dalam Gambar 2, akan tampak tambahan momentum baru, yaitu momen 6. Kita dapat mengatakan ini sebagai teori baru yang dikenal dalam konstelasi teori-teori timbulnya perjanjian. Kita dapat menamakannya sebagai teori persetujuan (*goedkeuringstheorie; the approval theory*).<sup>21</sup>

**Gambar 2:** Momentum Transaksi Konsumen Elektronik dalam UU-ITE



<sup>21</sup> Dari penelusuran penulis, istilah "*goedkeuringstheorie*" memang tidak dijumpai dalam literatur berbahasa Belanda. Namun, dalam bahasa Inggris dikenal ada "*approval theory*" sekalipun tidak berkaitan dengan perjanjian dalam lapangan hukum keperdataan. F.S.C. Northrop, misalnya, menggunakan teori ini untuk konteks etika. Daniel Carpenter & Michael M. Ting menggunakan istilah "*theory of regulatory approval*" untuk menjelaskan tipe-tipe persetujuan regulator dalam memberi izin kepada pelaku usaha yang akan mengedarkan suatu produk baru. Lihat: F.S.C. Northrop, "The Mediatonal Approval Theory of Law in American Legal Realism," *Virginia Law Review* 44 (1958): 347-364, dan Daniel Carpenter & Michael M. Ting, "A Theory of Approval Regulation," Harvard University Library, <https://dcarpenter.scholar.harvard.edu/files/dcarpenter/files/endsosub-20040214.pdf> (diakses 1 Juli 2023).

Teori persetujuan, jika ingin dinamakan demikian, jelas bukan basis teoretis yang ideal untuk mengatur hubungan hukum transaksi konsumen elektronik berkenaan dengan timbulnya perjanjian. Alasannya terutama adalah karena penggunaan teori demikian tidak sejalan dengan filosofi perlindungan konsumen yang ingin ditegakkan dalam UU-ITE itu sendiri. Ketidaksesuaian akan makin mengemuka jika dihubungkan dengan teori kepercayaan dari Pound.

Kata "konsumen" sempat muncul dua kali dalam UU-ITE. Satu kali dalam Pasal 28 ayat (1) dan kemudian satu lagi dalam Penjelasan Pasal 23 ayat (3). Ketentuan Pasal 28 ayat (1) melarang setiap orang untuk dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan berita bohong dan menyesatkan, sehingga mengakibatkan kerugian konsumen dalam transaksi elektronik. Penjelasan Pasal 23 ayat (3) memuat pengertian tentang penggunaan nama domain secara tanpa hak, yang salah satunya diukur dari akibatnya yang menyesatkan konsumen dan/atau merugikan konsumen. Pada intinya, dalam transaksi konsumen elektronik, tidak diperkenan ada penyesatan dan/atau kerugian terhadap konsumen. Secara khusus disebutkan bentuknya antara lain berupa penyebaran berita bohong dan penggunaan nama domain secara tanpa hak.

Penyebaran berita bohong di dalam transaksi konsumen dikenal dengan nama "misrepresentasi" (*misrepresentation*). Prosesnyaseringterjadipadatahappenawaran,

yakni tercantum dalam promosi atau iklan. Artinya, terjadinya justru dalam tahap pra-transaksi. Di dalam literatur dikenal ada tiga jenis misrepresentasi, yaitu misrepresentasi dengan sengaja menipu (*fraudulent misrepresentation*), misrepresentasi dengan lalai menipu (*negligent misrepresentation*), dan misrepresentasi dengan ceroboh menipu (*reckless misrepresentation*).<sup>22</sup> Tingkatan misrepresentasi yang disebutkan pertama tentu lebih tinggi bobot kesalahannya dibandingkan dengan dua yang terakhir. Sekalipun demikian, demarkasi di antara ketiga jenis misrepresentasi ini sebenarnya tidak benar-benar tegas, padahal Pasal 28 ayat (1) UU-ITE secara tersurat hanya melarang perilaku misrepresentasi dengan sengaja, bukan yang lalai atau ceroboh.

Jika dikatakan bahwa filosofi dari UU-ITE sangat mementingkan perlindungan terhadap hak-hak konsumen, maka keberadaan Pasal 23 dan Pasal 28, sudah cukup mengaksentuasi hal itu. Secara implisit, hal ini ditekankan lagi di dalam konsiderans huruf a Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas UU-ITE tahun 2008. Perubahan UU-ITE memberi jaminan pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat yang demokratis. Pertimbangan demikian, di abad ke-21 ini, mendekati apa yang disuarakan oleh Roscoe Pound dan mengkonfirmasi pemikirannya tentang teori kepercayaan.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> The Law Dictionary memberi nama baru untuk reckless misrepresentation dengan istilah *innocent misrepresentation*. Lihat penjelasannya dalam The Law Dictionary, "3 Types of Misrepresentation and Why They Matter," <https://thelawdictionary.org/article/3-types-misrepresentation-matter/> (diakses 1 Juli 2023).

<sup>23</sup> Pound menulis: "In civil law countries the interest of the promise, and thus the social interest in the security transaction, is well secured. The traditional requirement of a *causa civilis*, a civil, i.e. legal, reason for enforcing a pact, gave way before natural-law ideas in the eighteenth century." Roscoe Pound, *Op. Cit.*, hlm. 226-227.

## 2. Kesesuaian dengan Teori Timbulnya Perjanjian Menurut UU-PK

Hukum perlindungan konsumen adalah wilayah hukum yang multiarea, dalam arti di dalamnya berkelindan aspek hukum perdata, pidana, administrasi, tata negara, internasional publik dan privat. Namun, apabila kita berbicara tentang transaksi konsumen elektronik, fondasi hubungan hukumnya didominasi oleh hukum perdata.

UU-PK sudah keluar dari kungkungan doktrin atau prinsip bahwa perjanjian harus menjadi syarat bagi keberadaan perlindungan konsumen (*privity of contract*). Dengan prinsip ini, konsumen hanya mungkin mengajukan klaim kepada pelaku usaha yang memiliki tanggung jawab kontraktual (*contractual liability*) semata. Tanggung jawab pelaku usaha tidak dapat dibatasi dengan satu prinsip seperti itu. Ini berarti, konsumen dapat menggugat pelaku usaha dengan dalih telah terjadi perbuatan melawan hukum dan pelaku usaha bertanggung jawab mengikuti ketentuan Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*tortious liability*). Bahkan lebih jauh lagi, ketentuan tentang perbuatan melawan hukum ini sudah diarahkan lebih maju, bahwa beban pembuktiannya tidak lagi mengikuti ketentuan Pasal 1865 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yaitu berada di pundak konsumen sebagai penggugat. Beban pembuktian menurut UU-PK sudah dibalik dan dibebankan kepada pelaku usaha.

Beban pembuktian terbalik (*omkering van bewijslast*) ini membuat prinsip tanggung jawab yang dianut dalam UU-PK sudah bergeser. UU-PK tidak lagi menganut tanggung jawab atas dasar kesalahan (*principle of*

*liability based on fault*) melainkan sudah masuk ke prinsip praduga lalai dan praduga bertanggung jawab (*presumption of liability principle*) dengan beban pembuktian terbalik.<sup>24</sup> Dianutnya prinsip ini tentu dalam rangka meringankan beban konsumen karena konsumen biasanya berada dalam kondisi yang sulit untuk memperoleh informasi yang berada di tangan pelaku usaha. Informasi elektronik elektronik yang diperlukan untuk menggugat pelaku mungkin saja sudah tidak lagi dapat diakses karena pelaku usaha sudah menghapusnya dari media elektronik milik pelaku usaha. Akan sulit bagi konsumen apabila dirinyalah yang harus membuktikan. UU-PK mengharuskan pelaku usaha yang justru harus membuktikan bahwa informasi itu memang tidak pernah ada sebelumnya.

Oleh karena penawaran adalah bagian dari informasi elektronik, maka konsumen sudah harus mulai dilindungi pada tahap penawaran ini. Di sini terlihat bahwa UU-PK membedakan antara tahap transaksi sebagai momentum timbulnya perjanjian antara konsumen dan pelaku usaha, dengan tahap timbulnya tanggung jawab pelaku usaha terhadap konsumen. Tanggung jawab pelaku usaha sudah timbul sebelum perjanjian lahir di antara mereka. Tanggung jawab yang dimaksud dalam uraian di atas berkaitan dengan tahap pra-transaksi, yaitu tahap ketika penawaran sampai di tangan konsumen. Isu yang paling menonjol dalam tahap pratransaksi konsumen adalah pelanggaran hak konsumen di dalam periklanan.

Pasal 17 ayat (1) UU-PK mengatakan bahwa pelaku usaha periklanan dilarang untuk memproduksi iklan yang mengelabui

<sup>24</sup> Inosentius Samsul, *Perlindungan Konsumen: Kemungkinan Penerapan Tanggung Jawab Produk* (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), hlm. 322.

konsumen, mengelabui jaminan/garansi, memuat informasi yang keliru, salah, atau tidak tepat, dan seterusnya. Bahkan, pada huruf f, dikatakan bahwa iklan yang diproduksi oleh pelaku usaha juga tidak boleh melanggar etika mengenai periklanan. Tidak main-main, pelanggaran terhadap etika periklanan dapat menjadi tindak pidana dengan ancaman sangat serius menurut Pasal 62 ayat (2), berupa pidana penjara paling lama dua tahun atau denda paling banyak lima ratus juta rupiah. Ancaman itu terbukti sampai sekarang, setelah lebih dari dua puluh tahun UU-PK berlaku, tidak pernah sekalipun direalisasikan untuk menjerat pelaku usaha periklanan yang memproduksi iklan-iklan yang melanggar Etika Pariwara Indonesia (EPI).

Dalam transaksi konsumen elektronik, penawaran yang sampai di tangan konsumen itu mengawali terjadinya transaksi. UU-PK ingin menjamin bahwa isi penawaran tidak boleh sampai menyesatkan konsumen dan hal yang sama juga ditekankan oleh UU-ITE. Bedanya, adalah bahwa pada UU-ITE ada ketegasan secara eskplisit bahwa harus ada akibat kerugian yang diderita konsumen. Hal ini tidak dinyatakan secara tegas di dalam UU-PK, namun secara implisit unsur kerugian ini harus eksis dan dapat dibuktikan oleh penggugat dalam surat gugatannya.

Mengingat tahap pratransaksi itu belum memiliki hubungan hukum menurut hukum perjanjian, maka hubungan hukumnya tunduk pada hukum perikatan jenis lain, yakni perikatan yang lahir karena undang-undang. Dasar gugatan yang digunakan konsumen adalah perbuatan melawan hukum. Kesulitan

terbesar yang dihadapi penggugat dalam hal ini adalah tatkala harus menyodorkan bukti telah adanya kerugian yang diderita sebagai akibat dari "mengkonsumsi" penawaran di dalam iklan. Hal ini penting untuk dicatat karena Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata memang mensyaratkan adanya unsur kerugian yang diderita penggugat sebagai akibat dari kesalahan perbuatan pihak tergugat.

Transaksi konsumen elektronik sudah tidak lagi berada di tahap pratransaksi. Tahapannya sudah masuk ke arena hukum perjanjian. Isu terpenting dalam tahap transaksi konsumen adalah tentang klausula baku sebagai bagian dari perjanjian baku, sebagaimana diatur dalam Pasal 18 UU-PK. Pasal ini memuat larangan bagi pelaku usaha untuk membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/atau perjanjian apabila menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha. Ketentuan tersebut dimuat dalam huruf a pada ayat (1) dari Pasal 18. Ketentuan huruf a ini dijabarkan lagi secara spesifik di dalam huruf b sampai dengan huruf h. Artinya, semua rincian itu mengandung maksud sebagai bentuk-bentuk pengalihan tanggung jawab yang semestinya dibebankan kepada pelaku usaha, namun secara sepihak dipindahkan ke pundak konsumen. Klausula demikian disebut sebagai klausula eksonerasi (*exemption clause*).<sup>25</sup>

Bentuk larangan lain dinyatakan dalam Pasal 18 ayat (2), yaitu dengan mencantumkan klausula baku yang letak atau bentuknya sulit terlihat atau tidak dapat dibaca secara jelas, atau yang pengungkapannya sulit dimengerti.

<sup>25</sup> Dalam praktik di Inggris, klausula eksonerasi akan dipertimbangkan apabila memang pihak konsumen yang dirugikan itu mengandalkan klausula itu dalam bertransaksi. Dengan perkataan lain, ia bertransaksi karena terdorong adanya klausula itu. Lihat penjelasan hal ini dalam: W.F. Frank & D.V.E. Royall, *The Legal Aspects of Industry and Commerce* (London: George G. Harrap & Co., 1975), hlm. 24.

Dalam transaksi konsumen elektronik, pencantuman klausula baku seperti ini sangat mudah ditemukan. Biasanya konsumen disuguhkan informasi dalam bentuk lapisan-lapisan layar. Lapisan berikutnya hanya mungkin terakses apabila konsumen mengklik (dalam arti mengakseptasi) lapisan layar sebelumnya. Konsumen yang tertarik pada suatu penawaran, biasanya cenderung untuk melakukan akseptasi tadi, mengikuti arahan di layar informasi. Dapat dibayangkan apa yang terjadi apabila pada layar terakhir, tiba-tiba dimunculkan klausula eksonerasi dan konsumen tidak lagi dapat menarik mundur untuk membatalkan akseptasinya. Apakah dengan demikian perjanjian sudah timbul?

Ayat (3) dari Pasal 18 kemudian menyatakan bahwa setiap klausula baku yang telah ditetapkan oleh pelaku usaha pada dokumen atau perjanjian yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dinyatakan batal demi hukum. Ancaman batal demi hukum ini berlaku dalam area hukum perdata. Namun, lagi-lagi pembentuk UU-PK terlalu "bombastis"

dengan mempertunjukkan komitmen mereka di atas kertas terhadap pelanggaran Pasal 18 UU-PK sebagaimana tercantum di dalam Pasal 62 ayat (1) yang menyatakan bahwa pelaku usaha yang melanggar Pasal 18 dipidana dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau denda paling banyak dua milyar rupiah. Dalam sejarah perjalanan UU-PK selama dua dasawarsa terakhir ini, tidak pernah dijumpai penegakan sanksi pidana untuk pelaku usaha yang melanggar klausula baku ini. Bahkan institusi yang diberi amanat untuk mengawasi pencantuman klausula baku, yaitu Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) juga tidak pernah bekerja menjalankan kewenangannya.<sup>26</sup>

Penjelasan Pasal 18 ayat (1) mengatakan bahwa larangan-larangan yang disebutkan di atas dimaksudkan untuk menempatkan kedudukan konsumen setara dengan pelaku usaha berdasarkan prinsip kebebasan berkontrak. Hal ini memberi indikasi bahwa pembentuk UU-PK meyakini bahwa perjanjian baku sudah memenuhi asas kebebasan berkontrak.<sup>27</sup> Dengan perkataan

<sup>26</sup> Lihat ketentuan Pasal 52 huruf c UU-PK yang memberi kewenangan bagi BPSK mengawasi pencantuman klausula baku. Harus diakui bahwa kewenangan ini mustahil diberikan kepada BPSK karena badan ini tidak memiliki kapasitas untuk mengerjakan tugas ini. Area kerja BPSK dibatasi secara teritorial hanya untuk daerah setingkat kabupaten/kota, padahal sirkulasi perjanjian yang memuat klausula baku itu melebihi teritorial BPSK tersebut. Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan Antara Pemerintah, Pemerintahan Daerah Provinsi Dan Pemerintahan Daerah Kabupaten Kota menetapkan ada pelayanan dan penyelesaian sengketa konsumen berskala nasional, provinsi, dan kabupaten/kota. Setiap kabupaten/kota diberi kewenangan melakukan pengusulan pembentukan BPSK di kabupaten/kota tersebut kepada pemerintah pusat setelah kabupten/kota itu terlebih dulu berkoordinasi dengan provinsi dan fasilitas operasional BPSK. Artinya, pemerintah provinsi memiliki kewenangan melakukan koordinasi pembentukan BPSK dengan kabupaten/kota di wilayah provinsi. Sementara itu pemerintah pusat memiliki kewenangan menetapkan kebijakan dan pembentukan BPSK. Dengan pembagian kewenangan ini, tidak ada keharusan lagi di setiap kabupaten/kota harus ada satu BPSK, seperti diamanatkan dalam UU-PK.

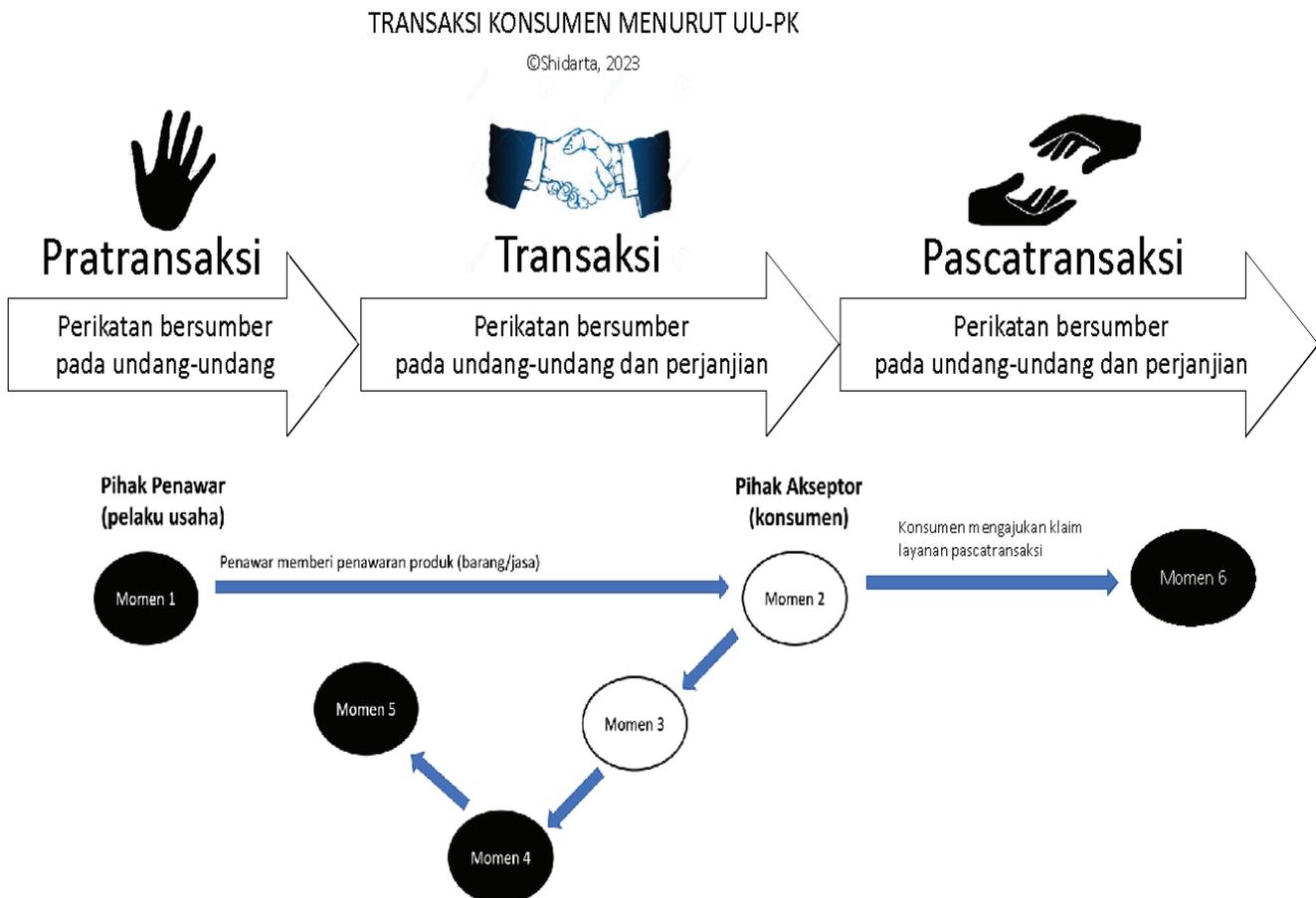
<sup>27</sup> Ada beberapa pendapat tentang masih ada tidaknya kebebasan berkontrak di dalam perjanjian baku. Pendapat paling keras datang dari Sluijter yang menganggap perjanjian baku bukan lagi perjanjian, sehingga dengan sendirinya asas kebebasan berkontrak sudah tidak relevan. Pitlo menamakan perjanjian baku sebagai perjanjian paksa (*dwang contract*). Hondius menyatakan kebebasan berkontrak ada karena perjanjian ini diterima sebagai kebiasaan (*gebruik*). Stein menilai kebebasan berkontrak tetap ada melalui fiksi hukum. Lihat Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis* (Bandung: Alumni, 1994), hlm. 52-53, sebagaimana dikutip juga oleh Shidarta, *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia* (Jakarta: Gramedia Widiasarana Indonesia, 2006), hlm. 148.

lain, perjanjian baku adalah perjanjian yang sah sepanjang tidak ada klausula eksonerasi di dalamnya. Apabila makna ini dijadikan pegangan, maka ketentuan Pasal 18 ayat (3) UU-PK menjadi tidak sinkron dengan dianutnya asas kebebasan berkontrak. Pasal 18 ayat (3) mengatakan, jika ada klausula eksonerasi, maka yang batal demi hukum adalah klausula itu saja, bukan keseluruhan perjanjiannya. Padahal, pelanggaran terhadap salah satu saja dari butir-butir di dalam Pasal 18 ayat (1) UU-PK berarti telah menghilangkan asas kebebasan berkontrak itu. Hilangnya asas kebebasan berkontrak tidak mungkin hanya mengancam pembatalan satu klausula, melainkan mengancam pembatalan keseluruhan perjanjian.

Melalui analisis di atas, dapat dipahami bahwa teori timbulnya perjanjian yang dianut dalam UU-PK tidak ditentukan secara spesifik karena fokus UU-PK lebih ke pengaturan tanggung jawab pelaku usaha yang berspektrum luas, mulai dari pratransaksi, transaksi, sampai dengan pascatransaksi. Persoalan tentang timbulnya perjanjian justru penting dimulai sejak tahap transaksi.

Transaksi konsumen itu sendiri mempunyai banyak sekali variasinya, sehingga UU-PK tidak dapat menetapkan satu versi saja tentang kapan perjanjian itu lahir. Oleh sebab itu, teori tentang timbulnya perjanjian berkenaan dengan transaksi konsumen elektronik tidak ditemukan pengaturan di dalam UU-PK. Dalam Gambar 3, tidak terlihat ada momen yang

Gambar 3: Momentum Transaksi Konsumen dalam UU-PK



membutuhkan persetujuan penawar atas isi akseptasi (lihat kembali Gambar 2), apalagi persetujuan itu sampai harus dieksplicitkan dalam bentuk pernyataan tertulis menurut Pasal 20 ayat (2) UU-ITE. Momen tersebut tidak terbaca di dalam UU-PK karena undang-undang ini memang sekadar mengacu pada teori-teori timbulnya perjanjian sebagaimana dikenal dalam hukum perjanjian atau dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Apabila ada kebutuhan tentang timbulnya perjanjian itu untuk diatur secara lebih spesifik, maka harus ada aturan eksplisit di dalam undang-undang yang lebih khusus (*lex specialis*) itu yang dapat menyimpangi ketentuan umum tentang hukum perikatan di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*lex generalis*).

Catatan yang juga penting digarisbawahi dalam transaksi konsumen adalah tentang posisi berdiri konsumen dalam berhadapan dengan pelaku usaha yang berlapis-lapis. Dalam UU-PK, dikenal ada istilah konsumen antara (*intermediate consumer*) dan konsumen akhir (*ultimated/end consumer*). UU-PK hanya mengarahkan perlindungannya kepada konsumen akhir, bukan konsumen antara. Di mata UU-PK, konsumen antara adalah pelaku usaha setelah prinsipal yang ada dalam rantai suplai (*supply chain*), baik dalam kapasitas mereka sebagai agen, sub-agen, distributor, sub-distributor, grosir, perkulakan, maupun pengecer.<sup>28</sup> Konsumen akan mengalami

kesulitan apabila semua rantai suplai ini harus dikuasanya ketika ia mengajukan komplain kepada pelaku usaha. Oleh sebab itu, hukum perlindungan konsumen memperkenalkan satu doktrin yang disebut *ostensible agency*. Doktrin ini mengasumsikan para pelaku usaha itu adalah satu kesatuan entitas di hadapan konsumen.<sup>29</sup>

Dalam konteks transaksi konsumen elektronik, penerapan doktrin *ostensible agency* ini memunculkan kompleksitas tersendiri dalam hubungan-hubungan hukum karena di dalam pola hubungan B2C, terselip juga hubungan B2B, B2A, C2A, A2A, dan sebagainya.<sup>30</sup> Konsumen yang ingin mengajukan keluhan kepada pelaku usaha, apalagi dalam bentuk klaim kecil (*small claim*), tidak sewajarnya dibebankan untuk membedah pola-pola perikatan yang sedemikian rumit. Doktrin *ostensible agency* membantu konsumen untuk menyederhanakannya.

Kesulitan terjadi karena dalam transaksi konsumen elektronik terjadinya hubungan-hubungan di atas berlangsung dalam waktu relatif cepat. Pada pendahuluan tulisan ini telah disinggung tentang telemedicine yang menempatkan konsumen berhadapan dengan beberapa pelaku usaha sekaligus. Konsumen berhadapan dengan pelaku usaha yang berbeda itu dalam satu kali transaksi, namun tiap-tiap pelaku usaha itu sebenarnya memiliki hak dan kewajiban yang berbeda

<sup>28</sup> Perbedaan makna dari para pelaku usaha ini dapat dibaca dalam Peraturan Menteri Perdagangan No. 22/M-DAG/PER/3/2016 tentang Ketentuan Umum Distribusi Barang.

<sup>29</sup> Shidarta, "Ostensible Agency dalam Konteks Hukum Perlindungan Konsumen," <https://business-law.binus.ac.id/2018/09/26/ostensible-agency-dalam-konteks-hukum-perlindungan-konsumen/> (diakses 1 Juli 2023).

<sup>30</sup> Keberadaan institusi administrasi yang mewakili fungsi negara di sini (unsur A) menjadi penting antara lain dalam rangka memastikan konsumen aman dalam transaksi elektronik. Turunan UU-ITE, yaitu Undang-Undang Perlindungan Data Pribadi, telah menempatkan konsumen pada posisi yang harus diamankan karena data pribadi yang diperoleh dan/atau dienkripsi oleh pihak lain, akan mudah disalahgunakan, termasuk yang bermotif komersial.

terhadap konsumennya. Atas dasar ini teori timbulnya perjanjian di antara konsumen dan masing-masing pelaku usaha tersebut tidak seharusnya dibiarkan tunduk pada aneka teori yang berbeda. UU-PK perlu mengafirmasi hal ini agar doktrin ini terlihat hadir dalam hukum perlindungan konsumen di Indonesia.

Satu hal yang menarik adalah bahwa hukum perlindungan konsumen, sebagaimana ditunjukkan dalam pasal-pasal UU-PK yang disinggung di atas, tidak lagi menggunakan perspektif teori klasik yang dikomandoi teori kehendak, melainkan sudah cenderung mengikuti teori kepercayaan. Hal ini terlihat dari prinsip bahwa kontrak bukan lagi syarat untuk meminta pertanggungjawaban pelaku usaha dan tanggung jawab pelaku usaha bahkan sudah dimunculkan sejak tahap pra-transaksi, sehingga ekspektasi konsumen atas tanggung jawab pelaku usaha pada tahap-tahap berikutnya, akan makin dikukuhkan.

Hubungan antara UU-ITE dan UU-PK terhadap Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, sepanjang mengenai hukum perikatan dan hukum perjanjian, sudah sangat jelas, yakni sama-sama sebagai *lex specialis*. Dalam hal ini kedua undang-undang tersebut memiliki prioritas untuk didahulukan penerapannya berdasarkan asas *lex specialis derogat legi generali*. Namun, bagaimana hubungan antara UU-ITE dan UU-PK?

Titik temu antara UU-ITE dan UU-PK dapat ditemukan dalam transaksi konsumen elektronik. Melalui pembahasan sebelumnya, telah ditemukan satu kekhasan di dalam transaksi konsumen elektronik itu, yaitu diperkenalkannya teori persetujuan yang

merupakan tambahan dari teori pengetahuan dan [sebelumnya] teori penerimaan. Mengingat teori persetujuan ini tidak dianut, bahkan tidak dikenal dalam wacana hukum perjanjian, maka transaksi konsumen elektronik harus menempatkannya secara hati-hati di dalam konstruksi yang tepat dalam rangka melindungi hak-hak konsumen.

Untuk membuat konstruksi yang tepat, diperlukan analisis mengenai hubungan UU-ITE dan UU-PK. Kedua undang-undang ini dapat saja dianggap sebagai *lex specialis* dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, tetapi mana yang lebih khusus di antara UU-ITE dan UU-PK dalam konteks transaksi konsumen elektronik, harus dilakukan pengujian. Tiga asas yang lazim digunakan untuk menguji kekhususan beberapa undang-undang yang berlabel *lex specialis* adalah dengan asas *systematische specialiteit*, *logische specialiteit*, dan *lex consumens derogat legi consumptae*.<sup>31</sup> Penggunaan asas-asas ini lebih sering berada dalam diskursus hukum pidana, tetapi akan diadopsi untuk kebutuhan pembahasan tulisan ini. Dengan perkataan lain, asas-asas ini dihadirkan dalam rangka memastikan apakah teori timbulnya perjanjian menurut Pasal 20 ayat (1) dan ayat (2) UU-ITE layak untuk diprioritaskan dalam mengatur transaksi konsumen elektronik. Kepastian ini sekaligus menentukan titik temu antara kedua undang-undang tersebut.

Asas *systematische specialiteit* menggarisbawahi pentingnya penafsir undang-undang mencermati hubungan antara teks aturan itu dengan kehendak dari pembentuk undang-undang (*uit desamenhang*

<sup>31</sup> Penulisan asas-asas ini dalam bahasa Belanda dan Latin tetap dipertahankan, mengingat opsi penulisannya demikian lebih luas digunakan dan juga demi menghindari kesalahpahaman apabila diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia.

*tussen wettelijke regels en de bedoeling van de wetgever wordt de specialiteit afgeleid*).<sup>32</sup> Tentu tidak mudah mengidentifikasi kehendak pembentuk undang-undang karena masing-masing undang-undang bersifat *in abstracto*. Namun, karena hukum adalah suatu sistem, maka kehendak pembentuk undang-undang tentu ingin agar suatu undang-undang dengan undang-undang lain berada dalam hubungan yang sistematis, dalam arti tidak saling bertentangan. Demikian pula ketika terdapat dua undang-undang yang diposisikan sebagai *lex specialis*, maka keduanya harus dicermati secara sistematis menurut perspektif saat keduanya dibentuk.

Asas *logische specialiteit* memiliki penjelasan yang lebih teknis. Asas ini mengindikasikan suatu undang-undang khusus akan diutamakan daripada undang-undang khusus lainnya karena ia berisikan semua unsur dari aturan yang lebih umum ditambah dengan satu atau lebih unsur lainnya (*de specialis bevat alle bestanddelen van de algemene regeling plus één of meerdere bestanddelen*).<sup>33</sup> Unsur tambahan itulah yang membuatnya menjadi lebih spesial, tetapi unsur tambahan ini tidak menghilangkan sama sekali unsur-unsur dari aturan umum.

Edward Omar Sharif Hiariej menjelaskan secara berbeda tentang maksud dari

asas *systematische specialiteit*. Dengan menggunakan kaca mata hukum pidana, ia mengatakan bahwa apabila asas *lex specialis derogat legi generali* tidak bisa menyelesaikan sengketa yuridis terhadap suatu perbuatan yang diancam dengan lebih dari satu undang-undang yang dikualifikasikan sebagai delik khusus (*het bijzondere delict*), maka digunakanlah asas *systematische specialiteit* (Hiariej menyebutnya "*lex specialis systematis*") sebagai derivat atau turunan dari asas *lex specialis derogat legi generali*. Ia lalu menyebutkan tiga ukuran yang menjadi parameter dalam hukum pidana untuk mengkualifikasikan "*lex specialis systematis*" itu. Pertama, ketentuan pidana material dalam undang-undang tersebut menyimpang dari ketentuan umum yang ada. Kedua, undang-undang tersebut mengatur hukum pidana formal yang juga menyimpang dari ketentuan acara pidana pada umumnya. Ketiga, *adressaat* atau subjek hukum dalam undang-undang tersebut bersifat khusus.<sup>34</sup>

Berkenaan dengan transaksi konsumen elektronik, baik pembentuk UU-UP maupun UU-ITE (apalagi setelah lahirnya Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2022 tentang Perlindungan Data Pribadi<sup>35</sup>) tentu memiliki kesamaan pandangan bahwa semua undang-undang itu tidak boleh merugikan

<sup>32</sup> J. de Hullu membedakan antara *systematische specialiteit* dan *logische specialiteit*. Mengenai hal ini dapat dibaca dalam: J. de Hullu, *Materieel Strafrecht: over Algemene Leerstruken van Strafrechtelijke Aansprakelijkheid naar Nederlands Recht* (Deventer: Wolters Kluwer, 2018), hlm. 536. Ringkasan pemikiran de Hullu dapat dilihat dalam *Worldsupporter, Begrippenlijst Materieel Strafrecht Hullu*, <https://www.worldsupporter.org/nl/chapter/40967-begrippenlijst-materieel-strafrecht-hullu> (diakses 1 Juli 2023).

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Edward Omar Sharif Hiariej, "Asas Lex Specialis Systematis dan Hukum Pidana Pajak," *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, 21(1) Maret 2012: 5.

<sup>35</sup> Sebelum Undang-Undang Perlindungan Data Pribadi berlaku, sudah terdapat Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 20 Tahun 2016 yang mengatur tentang perlindungan data pribadi. Dalam konsiderans menimbang, peraturan menteri ini dinyatakan dibuat dalam rangka melaksanakan ketentuan Pasal 15 ayat (3) Peraturan Pemerintah Nomor 82 Tahun 2012 tentang Penyelenggaraan Sistem dan Transaksi Elektronik. Shidarta memberi penjelasan detail tentang beberapa istilah kunci yang perlu dibedakan dalam peraturan

konsumen. Apabila ada teks yang berpotensi mendegradasi perlindungan terhadap konsumen, maka teks itu harus dicari ke makna sebaliknya yang mungkin tersedia pada undang-undang lain di dalam sistem hukum yang sama. Dengan pemahaman seperti itu, akan ditemukan mana di antara undang-undang tadi yang teksnya bakal didudukkan sebagai *lex specialis*.

Apabila tiga kriteria yang disebutkan oleh Hiariej itu dijadikan patokan, maka sasaran norma (*normadressaat*) dari UU-ITE justru lebih umum dibandingkan dengan UU-PK. Sasaran norma dari Pasal 20 ayat (1) tidak harus konsumen. Transaksi elektronik B2B, B2A dan lain-lain, dicakupi oleh ayat tersebut. Hal ini berbeda dengan UU-PK, yang memaknai semua transaksi dalam pengaturan undang-undang tersebut sebagai hubungan B2C atau transaksi konsumen. Ini berarti bahwa dengan pemahaman *systematische specialiteit* seperti yang disampaikan oleh Hiariej, juga akan sampai pada kesimpulan bahwa UU-UP lebih layak berlaku daripada UU-ITE. Dua ukuran lain, yaitu hukum material dan hukum acara, menjadi tidak cukup relevan dipertimbangkan lagi karena kedua bidang hukum tersebut tetap harus diarahkan pada tujuan aksiologis keberlakuannya, dan hal itu sudah dijawab pada alinea sebelum ini.

Melalui Pasal 20 UU-ITE diperoleh referensi bahwa undang-undang ini memiliki unsur tambahan yang sekilas layak untuk

dipertimbangkan berdasarkan asas *logische specialiteit*. Sayangnya, tatkala semua unsur dalam Pasal 20 UU-ITE ini dihadapkan dengan UU-PK, unsur-unsur dalam Pasal 20 UU-ITE itu ternyata tidak berfungsi menambahkan, melainkan justru menganulir sebagian ketentuan dalam UU-PK. Bertolak dari argumentasi ini, maka asas *logische specialiteit* tidak lagi relevan dan harus ditinggalkan untuk menjadi pisau analisis dalam melihat hubungan antara UU-ITE dan UU-PK.

Satu asas lain yang berpotensi mengungkapkan titik temu dari UU-ITE dan UU-PK adalah asas *lex consumens derogat legi consumptae*. Asas ini, menurut Hiariej, merupakan perkembangan lebih lanjut dari asas *systematische specialiteit*. Apabila dua atau lebih hukum yang khusus itu (ia memberi contoh pada hukum pidana) mengatur hal yang sama dan tidak bisa diselesaikan, atau menimbulkan problematika dalam penegakannya, maka digunakanlah asas *lex consumens derogat legi consumptae*. Ini berarti salah satu undang-undang khusus itu didahulukan berdasarkan fakta-fakta yang dominan dalam suatu perkara, dan ia akan mengabsorpsi undang-undang khusus lainnya.<sup>36</sup>

Transaksi konsumen elektronik di sini memiliki dua sisi dominan. Dominasi pertama akan tampak pada UU-ITE apabila yang ditonjolkan di sini adalah transaksi

---

tersebut. Untuk itu lihat Shidarta, "Data Pribadi dan Dara Perseorangan Tertentu," <https://business-law.binus.ac.id/2019/09/12/data-pribadi-dan-data-perseorangan-tertentu/> (diakses 1 Juli 2023).

<sup>36</sup> *Ibid.*, hlm. 5. Pengejaan asas ini berbeda dengan yang penulisan dalam artikel Hiariej. Untuk penulisan yang lebih tepat, silakan lihat beberapa karya tulis, seperti: Mirgen Preņçe, "Difference between the Offense of Abuse of Duty and Violation of Rules at Work," *Legal and Administrative Sciences in the New Millennium* (the 17th Edition of the International Conference: European Integration Realities and Perspectives, Danubius University, Galati, Romania, May 12-13, 2022), <https://dp.univ-danubius.ro/index.php/EIRP/article/view/262/238> (diakses 1 Juli 2022). Juga lihat: Roberto de Freitas Martins, "Concurso Aparente de Normas Penals," Universidade Sao Fransisco, Sao Paolo, 2018, hlm. 58, <https://lyceumononline.usf.edu.br/salavirtual/documentos/1461.pdf> (diakses 1 Juli 2023).

elektroniknya. Dominasi ini lebih pada media yang digunakan, bukan pada subjek yang menjadi sasaran norma. Dominasi kedua akan jatuh pada UU-PK jika yang difokuskan lebih pada transaksi konsumen. Transaksi konsumen elektronik di sini lebih pada transaksi konsumen, hanya saja transaksi itu menggunakan media elektronik. Pertanyaannya sekarang adalah mana yang lebih dominan dalam konteks terjadi dalam hubungan B2C yang menggunakan media elektronik, apakah lebih pada media atau konsumennya. Seperti diuraikan di atas, keunikan muncul justru terjadi pada subjek normanya, yakni ketika transaksi itu melibatkan konsumen. Apabila tidak melibatkan konsumen pun, yaitu pola hubungan B2B, B2A, atau A2A, maka ketentuan Pasal 20 ayat (1) UU-ITE tidak akan memberi perbedaan apa-apa. Ketentuan Pasal 20 ayat (1) menggunakan teori persetujuan (lihat momen 6 pada Gambar 1 di atas). Dengan menggunakan asas *lex consumens derogat legi consumptae*, UU-PK berada dalam kedudukan lebih diprioritaskan, terlepas UU-PK tidak menetapkan secara tegas satu teori timbulnya perjanjian yang tegas.

Ketidaktegasan UU-PK dalam menentukan teori timbulnya perjanjian yang dianut, tidak berarti membuat posisinya lebih lemah dibandingkan dengan UU-ITE. Hal ini karena UU-PK melingkupi spektrum perlindungan yang lebih luas, yang mencakup tahap pratransaksi, transaksi, dan pascatransaksi. Bilamana diasumsikan bahwa problematika transaksi konsumen elektronik itu akan banyak bersinggungan dengan tahap transaksi, mengingat format perjanjiannya dikemas sebagai perjanjian baku, maka momen-

momen timbulnya perjanjian sudah dapat diduga. Apabila para pihak yang terlibat dalam transaksi memutuskan untuk menggunakan momen 4 atau momen 5 sebagaimana disajikan pada Gambar 3, maka hal itu juga tidak melanggar Pasal 20 ayat (1) UU-ITE karena ketentuan ayat ini hanya bersifat mengatur, bukan memaksa. Jika diminta untuk memilih mana yang paling tepat, maka secara umum momen 4, yaitu teori penerimaan akan lebih layak direkomendasikan dengan alasan momen ini secara fisik lebih terukur bentuk tindakannya. Konsumen juga lebih terlindungi karena tidak diperlukan aksi tambahan dari pelaku usaha yang justru memberikannya peluang untuk menganulir tawarannya semula, seperti halnya tercermin dari kata-kata "dan disetujui" menurut Pasal 20 UU-ITE.

Di tengah upaya untuk melakukan perubahan atas UU-PK, ada urgensi bagi pembentuk undang-undang untuk mempertegas penggunaan teori timbulnya perjanjian transaksi konsumen elektronik yang mampu mengoptimalkan perlindungan konsumen. Urgensi ini makin terasa karena transaksi konsumen elektronik dipastikan akan sangat mendominasi transaksi konsumen di era ekonomi digital. Dengan formulasi yang baru tersebut Pasal 20 UU-ITE akan dapat dikesampingkan untuk berlaku mengatur hubungan B2C di dalam transaksi konsumen elektronik. Selain itu, pengadopsian teori-teori timbulnya perjanjian yang menggunakan perspektif teori kepercayaan juga lebih ditonjolkan dalam UU-PK daripada UU-ITE, sehingga dalam UU-PK yang baru nanti, basis teoretis seperti ini harus dipertegas dan dipertahankan.

#### D. Penutup

Berkenaan dengan pertanyaan di dalam rumusan permasalahan, maka dapat disimpulkan:

1. Teori timbulnya perjanjian yang paling tepat adalah teori penerimaan, namun dengan catatan bahwa teori ini terbuka untuk disimpangi, dengan tidak mengurangi perlindungan konsumen yang menjadi filosofi dari UU-PK. Teori timbulnya perjanjian yang saat ini ditemukan dalam Pasal 20 UU-ITE bukanlah teori yang tepat karena ia tidak secara spesifik mengatur hubungan B2C sebagaimana seharusnya berlaku dalam transaksi konsumen elektronik, sehingga tidak sesuai dengan semangat untuk memaksimalkan perlindungan konsumen yang menjadi landasan filosofis keberlakuan UU-PK dan perspektif teori kepercayaan sebagai teori timbulnya perjanjian yang kontemporer.
2. Teori timbulnya perjanjian yang dianut dalam UU-PK tidak sesuai dengan pengaturan dalam UU-ITE. UU-PK tidak menentukan secara spesifik teori yang dianut. Transaksi konsumen itu sendiri mempunyai banyak sekali variasinya, sehingga UU-PK tidak dapat menetapkan satu versi saja tentang kapan perjanjian itu lahir. Selain itu, fokus UU-PK lebih ke pengaturan tanggung jawab pelaku usaha yang berspektrum luas, mulai dari pratransaksi, transaksi, sampai dengan pascatransaksi, padahal persoalan tentang timbulnya perjanjian baru dimulai pada tahap transaksi.

Atas dasar dua kesimpulan tersebut, penulis merekomendasikan agar perancang dan pembentuk UU-PK (versi perubahan) di

masa depan, dapat memastikan agar teori timbulnya perjanjian yang dianut dalam Pasal 20 UU-ITE saat ini tidak digunakan untuk mengatur transaksi konsumen. Salah satu alasannya adalah karena yang lebih spesifik dan dominan dari transaksi konsumen elektronik adalah "transaksi konsumen", dalam arti konsumen sebagai sasaran normanya (sebagaimana diatur dalam UU-PK), dan bukan transaksi elektronik yang menekankan media elektronik sebagai sarana penghubung (sebagaimana diatur dalam UU-ITE).

#### DAFTAR PUSTAKA

##### Buku

- Badruzaman, Mariam Darus. *Aneka Hukum Bisnis* (Bandung: Alumni, 1994).
- Bruggink, J.J.H. *Refleksi tentang Hukum: Pengertian-Pengertian Dasar dalam Teori Hukum*. Terjemahan B. Arief Sidharta (Bandung: Cita Aditya Bakti, 1996).
- David A. Rice, David A. *Consumer Protections* (Boston: Little, Brown and Company, 1975).
- Frank, W.F. & Royall, D.V.E. *The Legal Aspects of Industry and Commerce* (London: George G. Harrap & Co., 1975).
- Hofmann, L.C. *HetNederlandseVerbintenissenrecht* (Groningen-Batavia: J.B. Wolters, 1935).
- Hullu, J. de. *Materieel Strafrecht: over Algemene Leerstruken van Strafrechtelijke Aansprakelijkheid naar Nederlands Recht* (Deventer: Wolters Kluwer, 2018).
- Paton, George W. *A Text-Book of Jurisprudence* (Oxford: the Clarendon Press, 1953).
- Pound, Roscoe. *An Introduction to the Philosophy of Law* (New Brunswick: Transaction Publishers, 1999).
- Raphael, Jesse S. *The Collier Quick and Easy Guide to Law* (New York: Collier Books, 1962).
- Samsul, Inosentius. *Perlindungan Konsumen: Kemungkinan Penerapan Tanggung Jawab Produk* (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004).
- Satrio, J. *Hukum Perjanjian: Perjanjian pada Umumnya* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1992).

Shidarta. *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia* (Jakarta: Gramedia Widiasarana Indonesia, 2006).

### Makalah/Artikel/Prosiding/Hasil Penelitian

Carunia Mulya Firdausy, Carunia Mulya & Fernanda, Maria. "The Effects of Sales Promotion, Attractiveness of Internet Advertising and Website Quality on Impulse Buying of Consumers of Tokopedia in Indonesia," *International Journal of Management and Enterprise Development*, 20(1) March 9, 2021: 34–48.

Firman, G.J. "Ostensible Agency: Another Malpractice Hazard." *American Journal of Psychiatry* 135(4): 510-2.

Hiariej, Edward Omar Sharif. "Asas Lex Specialis Systematis dan Hukum Pidana Pajak," *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, 21(1) Maret 2012: 1-11.

Northrop, F.S.C. "The Mediatlional Approval Theory of Law in American Legal Realism." *Virginia Law Review* 44 (1958): 347-364.

Perillo, Joseph M. "The Origin of the Objective Theory of Contract Formation and Interpretation" *Fordam Law Review* 69(2), 2000: 427-477.

### Internet

Daniel Carpentier, David & Ting, Michael M. "A Theory of Approval Regulation," Harvard University Library, <https://dcarpenter.scholar.harvard.edu/files/dcarpenter/files/endorsub-20040214.pdf> (diakses 1 Juli 2023).

Jaffey, Peter. "A New Version of the Reliance Theory," Brunel University, <https://bura.brunel.ac.uk/bitstream/2438/4166/1/Reliance%20theory%20of%20contract.pdf> (diakses 1 Juli 2023).

Martins, Roberto de Freitas. "Concurso Aparente de Normas Penais," Universidade Sao Fransisco, Sao Paolo, 2018, <https://lyceumonline.usf.edu.br/salavirtual/documentos/1461.pdf> (diakses 1 Juli 2023).

Nick Barney & Wesley Chai, "B2C (Business-to-Consumer)," TechTarget Network, <https://www.techtarget.com/searchcustomerexperience/definition/B2C> (diakses 30 Juni 2023).

Otoritas Jasa Keuangan, "Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa," <https://ojk.go.id/id/>

kanal/ edukasi-dan-perlindungan-konsumen/pages/lembaga-alternatif-penyelesaian-sengketa.aspx (diakses 30 Juni 2023).

Prence, Mirgen. "Difference between the Offense of Abuse of Duty and Violation of Rules at Work," *Legal and Administrative Sciences in the New Millennium* (the 17th Edition of the International Conference: European Integration Realities and Perspectives, Danubius University, Galati, Romania, May 12-13, 2022), <https://dp.univ-danubius.ro/index.php/EIRP/article/view/262/238> (diakses 1 Juli 2022).

Shidarta. "Data Pribadi dan Dara Perseorangan Tertentu," <https://business-law.binus.ac.id/2019/09/12/data-pribadi-dan-data-perseorangan-tertentu/> (diakses 1 Juli 2023).

Shidarta. "Ostensible Agency dalam Konteks Hukum Perlindungan Konsumen," <https://business-law.binus.ac.id/2018/09/26/ostensible-agency-dalam-konteks-hukum-perlindungan-konsumen/> (diakses 1 Juli 2023).

The Law Dictionary, "3 Types of Misrepresentation and Why They Matter," <https://thelawdictionary.org/article/3-types-misrepresentation-matter/> (diakses 1 Juli 2023).

Worldsupporter. *Begrippenlijst Materieel Strafrecht Hullu*, <https://www.worldsupporter.org/nl/chapter/40967-begrippenlijst-materieel-strafrecht-hullu> (diakses 1 Juli 2023).

### Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan Antara Pemerintah Pemerintahan Daerah Provinsi Dan Pemerintahan Daerah Kabupaten Kota.

Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 20 Tahun 2016 tentang Perlindungan Data Pribadi dalam Sistem Elektronik.

Peraturan Menteri Perdagangan No. 22/M-DAG/  
PER/3/2016 tentang Ketentuan Umum  
Distribusi Barang.