

Liabiliti Prakontrak: Pendekatan Undang-undang Kontrak Jerman Sebagai Rujukan

(Pre-Contractual Liability: German Contract Law Approach as Reference)

MOHD AZIZIE ABDUL AZIZ
SAKINA SHAIK AHMAD YUSOFF

ABSTRAK

Liabiliti prakontrak timbul apabila salah satu pihak melanggar kewajipan semasa rundingan. Namun undang-undang kontrak Malaysia tidak mengandungi kewajipan prakontrak dan kegagalan memuktamadkan kontrak tambahan menyukarkan lagi keadaan. Pemakaian prinsip common law dan ekuiti bagi mengisi lakuna dalam perundangan turut gagal memberikan penyelesaian yang efektif terhadap isu ini. Sehubungan itu, dalam mencari jawapan kepada permasalahan ini, kajian ini menganalisis pendekatan undang-undang kontrak Jerman sebagai rujukan. Hal ini disebabkan, undang-undang kontrak Jerman lebih terkehadapan dan mempunyai pengalaman lebih awal dalam perkembangan liabiliti prakontrak. Bagi memenuhi objektif tersebut, kajian berbentuk doktrinal ini mengguna pakai metode analisis kandungan dengan pengumpulan data melalui teknik kajian kepustakaan. Selain itu, kajian ini menggunakan pendekatan analisis kritis bagi mencari aspek positif daripada undang-undang kontrak Jerman yang boleh dijadikan sebagai rujukan penambahbaikan undang-undang kontrak sedia ada. Kajian ini mendapati mahkamah di Jerman menggunakan doktrin culpa in contrahendo sebagai mekanisme penyelesaian pertikaian prakontrak. Doktrin tersebut telah dikodifikasikan ke dalam Kod Sivil Jerman (Bürgerliches Gesetzbuch 'BGB') dan pemakaiannya telah meluas di negara-negara yang mengamalkan perundangan sivil. Kajian ini pada akhirnya mencadangkan pindaan kepada Akta Kontrak 1950 bagi membolehkan doktrin culpa in contrahendo diterima dalam undang-undang kontrak Malaysia. Hasil kajian ini membantu mengembangkan pengetahuan dan mengisi jurang penyelidikan berkaitan liabiliti prakontrak di Malaysia dan seterusnya menyumbang kepada kekayaan korpus ilmu pengetahuan dalam masyarakat.

Kata kunci: Culpa in contrahendo; liabiliti prakontrak; Akta Kontrak 1950; kontrak; rundingan

ABSTRACT

Pre-contractual liabilities will arise if a party breaches his duties during negotiation. Yet, such liabilities are unenforceable under Malaysian contract law due to non-existence of a contract as a cause of action. Moreover, common law and equitable principles are also incapable of providing an effective solution to this issue. Hence, this study has analysed the approach undertaken by the German contract law as a source of reference in finding a solution to the issue. This is due to the fact that the German contracts law is more progressive and had earlier experience in the development of pre-contract liabilities. To achieve this objective, this doctrinal research applied content analysis method and data was collected by using library research technique. Besides, a critical analysis approach was used to search for any positive aspects from the German contracts law which could be adopted in reforming the current contract law. This study found that the German court has applied a doctrine known as culpa in contrahendo as a mechanism in solving pre-contractual dispute. This doctrine had been codified into the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch 'BGB') and is widely adopted by other civil law countries. Finally, this study proposes a reform to the Contracts Act 1950 to enable the doctrine be recognised in Malaysia. The findings of this study will enrich knowledge, fill the research gap in relation to pre-contractual liability in Malaysia, and further contribute to the corpus of knowledge in the society.

Keywords: Culpa in contrahendo; pre-contractual liability; Contracts Act 1950; contract; negotiation

PENDAHULUAN

Liberalisasi perdagangan bukan sahaja memberi implikasi dalam aktiviti pengeluaran dan pengagihan barangan serta perkhidmatan, malahan juga terhadap bentuk dan kaedah pembentukan kontrak. Kontrak konvensional yang dahulunya ringkas dan mudah menjadi lebih rumit dan memakan masa yang lama untuk dimuktamadkan.

Sering kali pihak-pihak terlibat akan melalui satu proses rundingan yang kompleks dan berlarutan untuk tempoh masa yang lama. Sepanjang tempoh rundingan tersebut, pelbagai kemungkinan boleh berlaku sehingga meletakkan pihak-pihak yang terlibat dalam keadaan yang berisiko. Meskipun pada dasarnya pihak-pihak bebas untuk memilih sama ada untuk meneruskan atau menamatkan rundingan,¹ risiko semasa proses rundingan

tidak seharusnya dipandang ringan. Pihak-pihak yang terlibat biasanya akan melaksanakan penyelidikan awal seperti kajian teknikal, kajian pengeluaran, kajian pemasaran produk, dan kajian standard industri selain melabur sejumlah besar wang untuk mendapatkan maklumat yang diperlukan bagi membuat keputusan yang wajar.² Mereka juga mungkin perlu membuat pinjaman daripada bank dan mengarahkan subkontraktor untuk memulakan kerja-kerja awal bagi mengelakkan sebarang isu kelewatan.

KENYATAAN MASALAH

Masalah akan timbul sekiranya pihak-pihak terbabit masih dalam proses rundingan dan salah satu pihak bertindak menamatkan rundingan tersebut secara mengejut atau menarik diri daripadanya tanpa alasan yang munasabah. Pihak-pihak yang teraniaya

akibat daripada kegagalan rundingan tersebut tidak mempunyai asas tindakan di bawah Akta Kontrak 1950. Hal ini disebabkan, liabiliti kontraktual hanya boleh dikuatkuasakan sekiranya terdapat kontrak yang dimuktamadkan. Walaupun prinsip ekuiti terpakai di bawah undang-undang kontrak Malaysia,³ prinsip-prinsip yang ada masih tidak membantu menyelesaikan permasalahan ini. Prinsip *promissory estoppel* hanya boleh digunakan sebagai pembelaan bukannya sebagai kausa tindakan manakala prinsip kontrak kolateral pula memerlukan kewujudan kontrak yang sah. Sementara itu, prinsip ketidakmunasabahan (*unconscionability*) pula masih belum diterima sepenuhnya di bawah undang-undang kontrak Malaysia. Lakuna dalam perundangan kontrak ini meletakkan pihak yang terkiln dalam kedudukan yang tergugat, berisiko serta merugikan kepentingan ekonomi satu sama lain.⁴ Rajah 1 di bawah merumuskan kenyataan masalah.



RAJAH 1. Rumusan Kenyataan Masalah

TINJAUAN KARYA

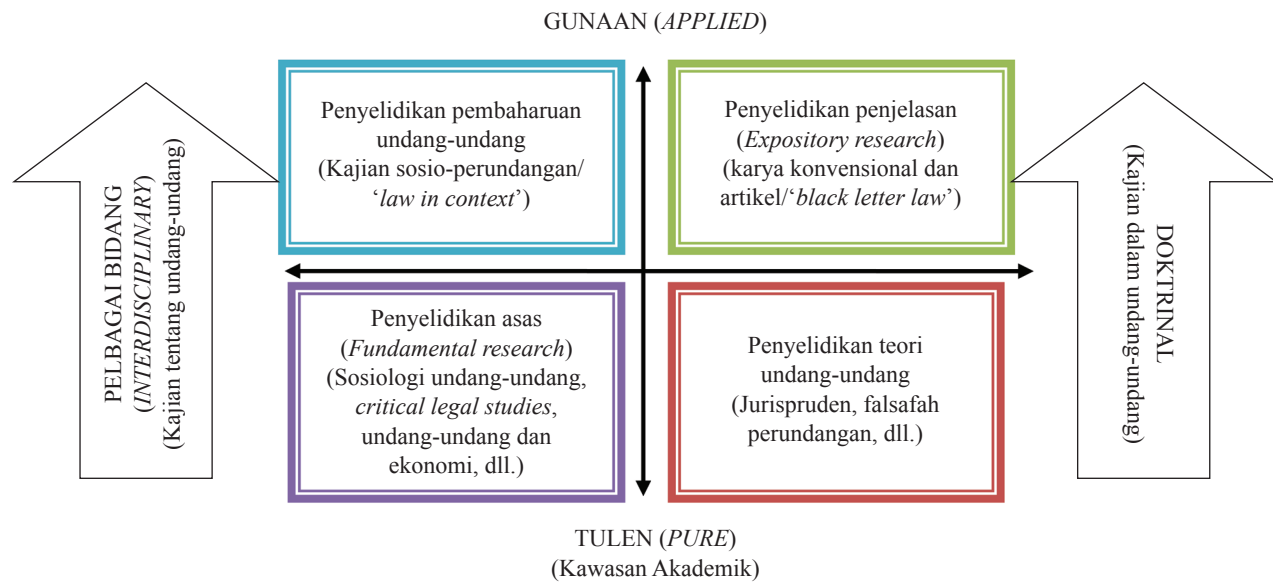
Terdapat jurang yang ketara dalam korpus penyelidikan dan karya-karya literatur di Malaysia tentang kewajipan prakontrak. Setakat kajian ini dilakukan, tiada penghakiman atau karya akademik yang secara khusus membincangkan kewajipan dan liabiliti prakontrak. Buku-buku teks atau rujukan utama undang-undang kontrak di Malaysia hanya menyentuh berkaitan liabiliti kontraktual yang bersandarkan kontrak.⁵ Pengabaian ini berlaku disebabkan undang-undang kontrak di Malaysia mengikut jejak langkah *common law* yang telah sekian lama menolak kewajipan prakontrak. Menurut Suzanna dan Sakina,⁶ mustahil untuk mengenyahkan sepenuhnya pemakaian *common law* daripada undang-undang kontrak Malaysia memandangkan asas undang-undang kontrak Malaysia adalah *common law* Inggeris. Kedudukan yang sama boleh dilihat di Singapura yang berpegang kepada kontrak *common law*. Goh dan Yip,⁷ menolak penggunaan doktrin estoppel di bawah undang-undang kontrak Singapura kerana berpandangan sebelum kedua-dua doktrin tersebut boleh diterima, perubahan besar perlu terlebih dahulu dilakukan ke atas undang-undang Inggeris dan kaedah penyelesaian yang sedia ada di bawah *common law* sudah memadai. Setakat ini hanya dua karya di Malaysia yang menyentuh berkenaan liabiliti prakontrak. Nurhidayah Abdullah⁸ membincangkan

kewajipan suci hati tetapi difokuskan di bawah Akta Sewa Beli 1967, manakala Thanasegaran⁹ pula menulis berkaitan doktrin *uberrimaie fidei* di bawah undang-undang insurans di Malaysia.

METODOLOGI KAJIAN

Kajian perundangan merujuk kepada kajian secara sistematik peraturan, prinsip, konsep, teori, doktrin, kes-kes yang telah diputuskan, institusi perundangan atau isu perundangan.¹⁰ Arthur¹¹ telah mengklasifikasikan penyelidikan perundangan seperti yang ditunjukkan Rajah 2.

Anwarul Yaqin¹² pula mengklasifikasikan penyelidikan perundangan kepada dua kategori iaitu penyelidikan doktrinal dan penyelidikan sosio-perundangan. Menurut Adilah Abd Razak,¹³ penyelidikan doktrinal menitikberatkan persoalan undang-undang dan digunakan untuk mengenal pasti prinsip undang-undang yang terpakai pada sesuatu isu yang dikaji, menganalisis prinsip tersebut dan seterusnya mengkaji bagaimana prinsip tersebut dikembangkan serta diterapkan ke dalam sistem perundangan. Oleh itu, kajian ini boleh diklasifikasikan sebagai penyelidikan doktrinal berikutan masalah yang dikaji melibatkan persoalan undang-undang iaitu berkaitan lakuna dalam Akta Kontrak 1950. Metode penyelidikan ini dapat membantu untuk mengenal pasti



RAJAH 2. Kategori Penyelidikan Perundangan

Sumber: H.W. Arthurs

prinsip undang-undang yang boleh digunakan bagi mengisi lakuna dalam Akta tersebut. Memandangkan penyelidikan doktrinal melibatkan kajian pusat sumber atau kepustakaan,¹⁴ teknik analisis data kualitatif digunakan untuk menganalisis kandungan dokumen daripada pelbagai sumber primer dan sumber sekunder undang-undang kontrak bagi mencapai objektif kajian.

LATAR BELAKANG UNDANG-UNDANG JERMAN

BÜRGERLICHES GESETZBUCH

Pada asasnya prinsip umum undang-undang kontrak Jerman termaktub di dalam Kod Sivilnya yang dikenali sebagai *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) terutamanya dalam Buku I (§§1-240) dan Buku II (§§241-811).¹⁵ Misalnya, §§145-157 (Buku I) mengandungi prinsip berkaitan pembentukan kontrak, §242 (Buku II) berkaitan kewajipan melaksanakan kontrak dengan iktikad baik dan §§274-432 (Buku II) tentang remedi kontrak. Selain itu, BGB turut mengandungi peruntukan-peruntukan berkaitan kontrak khusus seperti kontrak sewa dan kontrak perkhidmatan.¹⁶ Melalui *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* (Akta Pemodenan Undang-Undang Obligasi),¹⁷ reformasi besar-besaran ke atas BGB telah dilaksanakan mulai 1 Januari 2002 terutamanya pada Buku II berkaitan Undang-undang Obligasi.¹⁸ Reformasi tersebut bertujuan untuk menyelaraskan undang-undang kontrak Jerman dengan beberapa *EU Directives*,¹⁹ mengubah undang-undang yang ketinggalan zaman dan tidak lagi praktikal, serta mengkanunkan *judge made law*.²⁰ Antara perubahan ketara yang boleh disaksikan ialah penggabungan beberapa undang-undang spesifik ke dalam BGB seperti undang-undang perlindungan

pengguna dan juga Akta (Kawalan) Kontrak Bentuk Seragam yang boleh didapati dalam §§305-310.

UNDANG-UNDANG KONTRAK JERMAN

Kontrak di bawah undang-undang kontrak Jerman merujuk sebagai satu transaksi sah (*rechtsgeschäft*) yang disempurnakan melalui persetujuan bersama dua atau lebih pihak-pihak yang terbabit.²¹ Ini menjadikan konsep kontrak di Jerman adalah lebih luas dan berbeza berbanding undang-undang kontrak *common law*²² dan Malaysia yang meletakkan kontrak sebagai perjanjian yang menghasilkan kewajipan perundangan. Oleh itu, di Jerman satu pemberian percuma atau ganjaran dianggap sebagai satu transaksi kontrak, sebaliknya di Malaysia pemberian tersebut tidak boleh dikuatkuasakan kerana tiada balasan. Walau bagaimanapun, terdapat persamaan antara Malaysia dan Jerman dari segi landasan kontrak yang berasaskan ideologi pasaran bebas. Doktrin kebebasan berkontrak (*vertragsfreiheit*) yang menjadi asas kepada undang-undang kontrak Jerman dilindungi di bawah Perkara 2(1), *Grundgesetz* (Hukum Dasar) sebagai sebahagian daripada hak individu yang dilindungi.²³ Kebebasan berkontrak ini merangkumi kebebasan untuk memasuki kontrak (*abschlussfreiheit*) dan kebebasan untuk menentukan kandungan kontrak (*inhaltsfreiheit*). Akan tetapi, kebebasan yang diberikan tidak mutlak dan terbatas. Undang-undang kontrak moden Jerman semakin berpihak kepada pihak yang lebih lemah dan tidak memberikan kebebasan penuh kepada pihak-pihak berkontrak. Sebagai contoh, pihak-pihak tidak boleh sewenang-wenangnya menarik diri daripada rundingan kontrak yang belum matang. Dalam keadaan ini, keadilan dilihat mengatasi kebebasan.²⁴ Menurut Markesinis et al.,²⁵ keadaan ini berlaku atas

sokongan prinsip *Sozialstaatsprinzip* dalam Perkara 20(1) *Grundgesetz* yang meletakkan tanggungjawab (*Gestaltungsauftrag*) utama kepada penggubal undang-undang untuk membentuk aturan sosial di negara tersebut.

LIABILITI PRAKONTRAK DI BAWAH UNDANG-UNDANG JERMAN

DOKTRIN *CULPA IN CONTRAHENDO*

Satu daripada ciri-ciri unik undang-undang kontrak Jerman adalah pengiktirafan yang diberikan kepada liabiliti prakontrak melalui doktrin *culpa in contrahendo* (doktrin CiC) atau ‘kesalahan semasa rundingan kontrak.’²⁶ Situasi CiC timbul sekiranya salah satu pihak melanggar obligasi yang timbul daripada hubungan prakontrak.²⁷ Pihak yang bersalah tersebut dikatakan telah melanggar kewajipan berjaga-jaga (*duty of care*) semasa rundingan prakontrak. Doktrin CiC ini terpakai dalam dua situasi iaitu (i) kontrak gagal dimuktamadkan kerana perbuatan salah semasa rundingan prakontrak; dan (ii) kontrak telah dimuktamadkan tetapi dibatalkan kerana perbuatan salah semasa rundingan prakontrak.²⁸ Oleh itu, apabila satu pihak dalam rundingan kontrak membelanjakan wang sebagai persediaan awal kerana menjangkakan suatu kontrak akan dicapai, doktrin CiC membolehkan mereka untuk mendapatkan ganti rugi bagi kehilangan pergantungan ekonomi sekalipun kontrak tersebut gagal dimuktamadkan akibat perbuatan salah satu pihak. Begitu juga apabila dua pihak memasuki kontrak secara khilaf, pihak yang terkesan daripada perbuatan tersebut boleh menuntut gantirugi daripada pihak yang melakukan kesalahan. Sekalipun doktrin CiC berasaskan ‘kesalahan’ (*fault*) dalam melaksanakan obligasi, doktrin ini tidak diklasifikasikan di bawah undang-undang tort. Sebaliknya doktrin tersebut diklasifikasikan di bawah undang-undang kontrak kerana sifatnya yang menyerupai kontrak atau dikenali sebagai quasi-kontrak (*vertragsähnlich*).²⁹

PENDEKATAN DI BAWAH BGB

Memandangkan BGB merupakan sumber undang-undang kontrak Jerman, doktrin CiC seharusnya terkandung dalam kod tersebut. Walau bagaimanapun, semasa BGB mula berkuatkuasa pada tahun 1909, tiada peruntukan umum doktrin CiC dimaktubkan ke dalam kod tersebut dan CiC berkembang melalui keputusan kes-kes mahkamah.³⁰ Hanya beberapa peruntukan khusus menyamai situasi CiC yang digambarkan oleh Jhering³¹ telah dimaktubkan ke dalam BGB seperti §119 (penamatan kerana khilaf), §122 (obligasi mengembalikan pihak tidak bersalah ke status quo) dan §307 (kontrak mustahil untuk dilaksanakan). Mahkamah dan sarjana perundangan yang bertanggungjawab meluaskan pemakaian §242 berkaitan kewajipan melaksanakan kontrak dengan suci hati ke peringkat perbincangan prakontrak.³² Pada tahun

2002 apabila BGB melalui proses reformasi, doktrin CiC akhirnya telah dikodifikasikan ke dalam BGB di bawah §311.³³ Di bawah peruntukan tersebut, undang-undang kontrak Jerman telah mengiktiraf bahawa suatu obligasi bukan sahaja lahir daripada kontrak tetapi juga daripada hubungan sosial yang berkait dengan kontrak. §311(2) berbunyi seperti berikut:

Suatu obligasi dengan tanggungjawab di bawah § 241(2) juga wujud semasa

1. bermulanya rundingan kontrak;
2. permulaan kontrak di mana satu pihak, dengan mengambil kira hubungan kontrak yang berpotensi, memberi pihak yang satu lagi kemungkinan yang boleh menjejaskan haknya, kepentingan undang-undang dan kepentingan lain, atau mengamanahkan kepadanya hak kepada hubungan undang-undang;
3. hubungan kesalingan yang serupa (dengan di atas).³⁴

Melalui peruntukan ini, sekiranya satu pihak melanggar kewajipan-kewajipan yang dinyatakan di bawah §241(2) iaitu kewajipan untuk mengambil kira hak dan kepentingan pihak lain, pihak yang teraniaya boleh menuntut ganti rugi di bawah §280(1).³⁵

KEWAJIPAN PRAKONTRAK

§311(2) ini telah melebarkan konsep obligasi atau kewajipan ke dalam tiga situasi berbeza iaitu rundingan kontrak, permulaan kontrak dan hubungan kesalingan yang menyerupai kedua-dua hubungan sebelum ini. Di bawah undang-undang kontrak Jerman, peringkat rundingan bermula apabila salah satu pihak bertemu dengan pihak yang satu lagi untuk memulakan rundingan sebuah kontrak³⁶ dan berakhir apabila pihak-pihak mencapai kata putus melalui penerimaan tawaran atau apabila rundingan tersebut putus kerana pihak-pihak gagal mencapai kesepakatan.³⁷ Kesannya, liabiliti CiC wujud sebaik sahaja penjual membuka pintu kedai kepada pelanggan, sedangkan di Malaysia liabiliti hanya wujud selepas berlakunya penerimaan tawaran.

Sehubungan itu, di Jerman sebaik sahaja dua pihak bertemu untuk berbincang atau melakukan transaksi, beban kewajipan prakontrak diletakkan ke atas mereka. Kewajipan prakontrak ini wujud disebabkan prinsip larangan melakukan perbuatan yang bercanggah dengan perkara yang telah dipersetujui sebelumnya (*venire contra factum proprium*). Secara umumnya, doktrin CiC telah diterima dan ditafsirkan oleh para sarjana sebagai mengenakan kewajipan ke atas pihak dalam rundingan untuk berurusan dengan satu sama lain dengan ‘suci hati.’³⁸ Tegethoff³⁹ mengklasifikasikan kewajipan atau obligasi untuk berurusan dengan suci hati boleh kepada dua iaitu (a) kewajipan untuk melindungi; dan (b) kewajipan untuk setia (*duties of loyalty*).

(a) Kewajipan untuk melindungi

Pihak-pihak yang terlibat dalam rundingan berhak kepada perlindungan integriti mereka iaitu badan,

harta dan kekayaan. Oleh itu, satu daripada kewajipan untuk melindungi termasuk kewajipan untuk tidak menyalahgunakan rundingan. Kewajipan ini menimbulkan kewajipan kepada pihak-pihak untuk tidak mendedahkan maklumat sulit yang diperolehi semasa rundingan kepada pihak ketiga. Selain itu di Jerman, doktrin CiC turut meletakkan obligasi ke atas majikan semasa prakontrak untuk tidak membahayakan pembeli yang berpotensi.⁴⁰ Liabiliti kontraktual boleh diletakkan ke atas majikan atas kecuaiannya semasa peringkat prakontrak sebagai mana yang berlaku dalam kes *Linoleum*.⁴¹ Memandangkan liabiliti tersebut adalah di bawah kontrak, majikan tidak boleh melepaskan diri dengan bergantung kepada undang-undang tort atas alasan beliau telah berhati-hati semasa memilih dan mengawasi pekerja-pekerjanya.

(b) Kewajipan untuk setia

Kewajipan untuk setia pula wujud dalam dua situasi berbeza iaitu apabila (a) kontrak *gagal* dimuktamadkan; dan (b) kontrak *berjaya* dimuktamadkan. Sekiranya satu pihak memasuki rundingan dengan sengaja walaupun jelas mengetahui bahawa kontrak tersebut tidak boleh dimuktamadkan, pihak tersebut telah melanggar 'obligasi serius' yang mengenakan kewajipan untuk menarik diri daripada rundingan tersebut. Selain itu, terdapat kewajipan untuk mendedahkan maklumat penting dan berusaha memastikan kontrak dimuktamadkan. Liabiliti CiC timbul sekiranya satu pihak gagal untuk memuktamadkan kontrak, pihak-pihak masih terikat dengan obligasi untuk tidak memutuskan rundingan tanpa sebab yang munasabah. Walaupun kontrak telah dimuktamadkan, kontrak tersebut masih boleh terbatal kerana perlanggaran kewajipan untuk setia semasa peringkat rundingan sebelumnya. Liabiliti timbul apabila satu pihak gagal atau cuai mendedahkan maklumat penting seperti perbelanjaan tambahan, risiko kontrak dan apabila jangkaan pihak yang teraniaya gagal dipenuhi.

ELEMEN-ELEMEN CIC

Tuntutan di bawah doktrin CiC boleh diambil sekiranya wujud hubungan prakontrak antara pihak-pihak yang terbabit dan apabila kriteria-kriteria berikut dipenuhi: (a) perlanggaran kewajipan; (b) dorongan dan pergantungan; dan (c) kemudaratan.⁴²

(a) Pelanggaran kewajipan atau kesalahan (*culpa*)

Defendan tidak dianggap melakukan kesalahan atau melanggar kewajipan hanya disebabkan beliau memilih untuk memutuskan rundingan.⁴³ Bagi mewajarkan tindakan CiC, plaintif perlu menunjukkan bahawa defendan memutuskan rundingan kontrak tanpa sebab yang munasabah (*ohne triftigen Grund*).⁴⁴

(b) Dorongan dan Pergantungan

Elemen kedua yang perlu dibuktikan ialah perbuatan defendan semasa fasa rundingan telah mendorong defendan untuk mempercayai bahawa penyempurnaan kontrak pasti berlaku. Elemen ini berkait rapat dengan prinsip larangan untuk melakukan perbuatan yang bercanggah dengan perkara yang telah dipersetujui sebelumnya (*venire contra factum proprium*). Disebabkan pergantungan plaintif kepada jangkaan bahawa satu kontrak pasti dimuktamadkan, plaintif telah mengeluarkan perbelanjaan awal atau melepaskan hak tertentu.

(c) Kemudaratan

Satu lagi syarat bagi menggunakan doktrin CiC ialah plaintif harus menunjukkan bahawa beliau mengalami kerugian ekonomi (*vermögensschäden*).⁴⁵ Kemudaratan boleh berlaku dalam bentuk pelaksanaan separa, perbelanjaan wang atau pengabaian hak undang-undang sedia ada kerana menjangkakan kontrak yang dirancang.⁴⁶

PENDEKATAN MAHKAMAH JERMAN

Pada awalnya, *Reichsgericht* (Mahkamah Agung Jerman) masih berpegang kepada kaedah konvensional dan meletakkan liabiliti prakontrak di bawah undang-undang tort.⁴⁷ Walau bagaimanapun, pandangan *Reichsgericht* mula berubah pada tahun 1911 dalam kes terkenal yang dikenali sebagai kes *Linoleum*.⁴⁸ Dalam kes ini pelanggan berada dalam kedai untuk membeli segulung linoleum. Pembantu kedai cuba mengambil gulungan yang dikehendaki pelanggan dengan mengalihkan dua gulung bersebelahan dan menyebabkan ia terjatuh dan mencederakan pelanggan. Disebabkan kecederaan ini, pelanggan tidak membeli gulungan linoleum dan tiada kontrak dimuktamadkan. Namun, *Reichsgericht* tetap menganugerahkan pampasan kewangan kepada pelanggan terhadap kecederaan yang dialami oleh pelanggan. Alasan yang diberikan ialah liabiliti standard kontrak terpakai kerana pihak-pihak dalam proses untuk memuktamadkan kontrak. Disebabkan pelanggan pergi ke kedai untuk menyimpulkan kontrak dan bergantung kepada kedai untuk keselamatan beliau, Mahkamah memutuskan bahawa pihak kedai harus bertanggungjawab (berasaskan kontrak) atas kecuaiannya yang berlaku semasa rundingan yang membawa kepada kontrak, walaupun pada hakikatnya tiada kontrak yang telah disimpulkan.⁴⁹ Mahkamah melihat bahawa relif tort di bawah §826 adalah terhad.

Dalam kes lain pada tahun 1934,⁵⁰ plaintif mempunyai tuntutan terhadap syarikat yang diuruskan defendan. Plaintif telah membawa perkara tersebut kepada defendan untuk menuntut pembayaran dan jaminan. Defendan bersetuju untuk menyediakan jaminan tersebut berserta jaminan ke atas pembekalan kertas cetakan yang akan dibuat oleh plaintif. Defendan kemudiannya telah

memindah milik kepada plaintif satu gadai janji yang tidak wujud dan plaintif telah membekalkan kepada defendan kertas cetak bernilai sekitar 47,000 *Reichsmark*. *Reichsgericht* menolak untuk menguatkuasakan janji defendan kerana ketidaktentuannya. Akan tetapi, mahkamah membenarkan tuntutan ganti rugi di bawah doktrin CiC kerana mahkamah berpendapat liabiliti prakontrak wujud apabila satu pihak dengan cuai menimbulkan harapan yang tidak berasas kepada pihak yang satu lagi semasa proses tawar-menawar kontrak bahawa terdapat kemungkinan penyempurnaan kontrak sehingga mendorong pihak tersebut untuk membuat perbelanjaan bagi memenuhi prospek kontrak.⁵¹

Tradisi yang dibawa oleh *Reichsgericht* ini kemudiannya telah diteruskan oleh *Bundesgerichtshof* (Mahkamah Agung Sivil Jerman) selepas Perang Dunia ke-II. Dalam kes *Betrieb*,⁵² mahkamah menyatakan bahawa gantirugi berasaskan CiC tidak memerlukan pertemuan minda yang lengkap. Memadai sekiranya pihak yang menuntut ganti rugi mempunyai alasan untuk menyimpulkan daripada tindakan pihak yang satu lagi bahawa satu kontrak akan dimuktamadkan. Konsep CiC telah diluaskan dalam kes *Wertpapier-Mitteilungen*⁵³ apabila *Bundesgerichtshof* memutuskan elemen kecuaiian (*culpa*) tidak semestinya wujud dan dibuktikan. Dalam kes ini, defendan-defendan dan Dr. S. adalah rakan kongsi. Salah seorang defendan menawarkan kepada plaintif untuk mengambil alih kepentingan dalam perkongsian itu untuk mengatasi masalah kewangan yang dihadapi. Sebagai balasan plaintif telah memberikan pinjaman kepada defendan. Kedua-dua pihak telah bersetuju untuk meneruskan perniagaan tersebut sebagai perkongsian terhad tetapi tidak dipersetujui oleh Dr. S. Defendan memaklumkan plaintif berkenaan kesukaran tersebut namun masih meneruskan rundingan dengan plaintif. Rundingan itu berakhir dengan satu memo singkat yang mengatakan bahawa penyusunan semula perkongsian itu perlu diselesaikan secepat mungkin sebagaimana syarat-syarat yang disenaraikan secara terperinci. Apabila plaintif menghantar kontrak perkongsian untuk ditandatangani beliau dimaklumkan rundingan tidak dapat dimuktamadkan kerana gagal mendapat persetujuan daripada Dr. S. Selepas Dr. S keluar daripada perkongsian tersebut, defendan-defendan telah berunding dengan plaintif untuk menyesuaikan kontrak tersebut mengikut perubahan keadaan yang belaku. Namun rundingan tersebut gagal dan beliau menuntut ganti rugi yang ditanggung kesan tidak dijadikan rakan kongsi dalam perkongsian tersebut.

Keputusan lain *Reichsgericht* berkaitan dengan pecah rundingan kontrak boleh dilihat dalam kes pada tahun 1989.⁵⁴ Dalam kes ini, dua syarikat penerbitan telah memasuki rundingan pengambilalihan dua jurnal plaintif. Dalam proses ini, beberapa pertukaran deraf kontrak telah dibuat termasuk sehelai kertas daripada defendan yang dilabelkan sebagai 'Tawaran.' Plaintif telah menyasiat keadaan ekonomi kedua-dua jurnal tersebut dengan

bantuan akauntan bertauliah dan mengupah seorang peguam untuk memfailkan pendaftaran dan merangka kontrak. Apabila plaintif menerima 'Tawaran' tersebut, defendan telah memutuskan rundingan dan plaintif menuntut gantirugi untuk perbelanjaan, terutamanya bayaran untuk peguam dan akauntan. *Reichsgericht* telah mengesahkan pemakaian doktrin CiC tetapi hanya perbelanjaan yang dibuat selepas defendan menyebabkan plaintif beranggapan bahawa satu kontrak akan dimuktamadkan sahaja dibenarkan. Perbelanjaan yang ditanggung selepas pihak-pihak telah bersetuju dengan semua syarat-syarat penting kontrak walau bagaimanapun tidak dibenarkan.

CADANGAN DAN KESIMPULAN

Kajian ini mendapati bahawa jalan penyelesaian kepada lakuna dalam Akta Kontrak 1950 ialah dengan menerima doktrin CiC ke dalam undang-undang kontrak Malaysia. Doktrin CiC secara literal bermaksud 'kesalahan semasa rundingan.' Secara teknikal, doktrin CiC meletakkan kewajipan ke atas pihak-pihak yang berunding untuk berurusan dengan satu sama lain dengan 'suci hat.' Doktrin ini telah dibangunkan dalam tradisi perundangan sivil bagi mengatasi ketegasan teori kehendak (*will theory*) dan ujian niat yang subjektif⁵⁵ dalam sistem *common law*. Dengan menggunakan doktrin CiC, pihak yang teraniaya akibat kegagalan rundingan secara tidak wajar boleh menuntut ganti rugi sekalipun tiada kontrak yang boleh dijadikan asas tindakan. Sebagai langkah pembaharuan undang-undang kontrak Malaysian dan ke arah penerimaan doktrin CiC, kajian ini menyarankan agar Akta Kontrak 1950 dipinda dengan memasukkan beberapa terma baharu berkaitan doktrin tersebut. Walaupun doktrin CiC mungkin asing di Malaysia, kesalahan atau kecuaiian semasa proses rundingan telah diakui boleh berlaku di mana-mana termasuk di Malaysia. Pemakaian doktrin CiC di Jerman terbukti tidak mendatangkan sebarang masalah dan berjaya membantu mahkamah dan juga pihak yang teraniaya untuk menyelesaikan masalah mereka. Prinsip kebebasan berkontrak dan imuniti prakontrak yang memihak jelas bertentangan dengan prinsip keadilan dan kesaksamaan kontrak dan juga prinsip ekuiti yang diperjuangkan oleh *common law*. Kedua-dua sistem di Jerman dan Malaysia juga semakin sama disebabkan kodifikasi undang-undang dan kedudukan kes perundangan yang semakin penting di Jerman. Oleh itu, kajian ini berpendapat penerimaan doktrin CiC boleh diharmonikan ke dalam Akta Kontrak 1950 dengan mengambil contoh pendekatan di Jerman.

PENGHARGAAN

Kajian ini adalah sebahagian daripada Projek GUP-2016-030.

NOTA

- ¹ E.M. Weitzenbock, Good faith and fair dealing in contracts formed and performed by electronic agents, *Proceedings of the AISB 2002 Symposium on Intelligent Agents in Virtual Markets*, Imperial College London, 2-5 April 2002, hlm. 4.
- ² S. Gil-Wallin, 'Liability under pre-contractual agreements and their application under Colombian law and the CISG' (2007) 1 *Nordic Journal of Commercial Law*, hlm. 3.
- ³ Bersandarkan peruntukan sekyen 3 dan 5 Akta Undang-undang Sivil 1956 (Disemak 1972).
- ⁴ J. Dietrich, 'Classifying precontractual liability: comparative analysis' (2001) 21 *LS* 153, hlm. 177.
- ⁵ Lihat Syed Ahmad Alsagoff, *Principles of the Law of Contract in Malaysia*; M.F. Cheong, *Contract Law in Malaysia*; Sakina Shaik Ahmad Yusoff dan Azimon Abdul Aziz, *Mengenal Undang-undang Kontrak Malaysia*, International Law Book Services, 2009.
- ⁶ Suzanna Mohamed Isa dan Sakina Shaik Ahmad Yusoff, 'Hak Kontraktual Pihak Ketiga: Kerangka Praktikal bagi Malaysia,' (2014) 18 *JUUM*, hlm. 3.
- ⁷ Y. Goh & M. Yip, 'Liability for work done where contract is denied: contractual and restitutionary approaches' (2012) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 289-316, hlm. 290.
- ⁸ Nur Hidayah Abdullah, 'Good Faith and Fair Dealing in Hire Purchase Contract in Malaysia,' (2007) 15(2), *Shariah Journal*, hlm. 99-120.
- ⁹ H. Thanasegaran, *Good Faith in Insurance and Takaful Contracts in Malaysia: A Comparative Perspective*. Singapore: Springer Science Business Media, 2016.
- ¹⁰ Anwarul Yaqin, *Legal Research and Writing*, Malayan Law Journal Sdn. Bhd, Selangor, 2007, hlm. 3.
- ¹¹ H.W. Arthurs, *Law and Learning: Report to the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada by the Consultative Group on Research and Education in Law*, Information Division, Social Sciences and Humanities Research Council of Canada, Ottawa, 1983.
- ¹² Anwarul Yaqin, *Legal Research and Writing*, hlm. 9.
- ¹³ Adilah Abd Razak, 'Understanding legal research' (2009) 4 *Integration & Dissemination* 19, hlm. 20.
- ¹⁴ Anwarul Yaqin, *Legal Research and Writing*, hlm. 10.
- ¹⁵ BGB adalah asas kepada undang-undang persendirian Jerman (*privatrecht*). Kod ini terdiri daripada 5 bahagian (dipanggil 'Buku') iaitu Peruntukan Umum, Undang-undang Obligasi, Undang-undang Harta, Undang-undang Keluarga dan Undang-undang Pewarisan.
- ¹⁶ Contoh: §535 berkaitan perjanjian sewa dan §631 berkaitan kontrak perkhidmatan.
- ¹⁷ Bundesgesetzblatt 2001 I 3138. <http://germanlawarchive.iuscomp.org>. Lebih daripada 300 seksyen telah ditukar, diganti atau baru diperkenalkan melalui proses reformasi tersebut.
- ¹⁸ P. Birks, 'At the expense of the claimant: Direct and indirect enrichment in English law,' (2000) *Oxford University Comparative Law Forum* 1, <https://ouclf.iuscomp.org/at-the-expense-of-the-claimant-direct-and-indirect-enrichment-in-english-law/> (31.10.2017).
- ¹⁹ Lihat *Consumer Sales Directive* No.1999/44/EC; *E-Commerce Directive* No.2000/31/EC; *Late Payment Directive* No. 2000/35/EC. Lihat H.C. Aksoy, *Impossibility in Modern Private Law: A Comparative Study of German, Swiss and Turkish laws and the Unification Instruments of Private Law*, Springer International Publishing, London, 2014.
- ²⁰ Y. Shiomi, 'Modernization of German Civil Law' dalam Z. Kitagawa & K. Riesenhuber (pnyt) *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives*, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, hlm. 67-68.
- ²¹ B. Hacker, 'Consequences of impaired consent transfers: a structural comparison of English and German law, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, hlm. 18.
- ²² B. Hacker, *Consequences of impaired consent transfers: a structural comparison of English and German law*, hlm. 19.
- ²³ K.S. Ziegler, 'Introduction' dalam Ziegler, K.S. (pnyt.). *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- ²⁴ B. Markesinis et al, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*. Bloomsbury Publishing PLC, London, 2006, hlm. 2.
- ²⁵ B. Markesinis et al., *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, hlm. 3.
- ²⁶ S.A. Mirmina, 'A comparative survey of culpa in contrahendo, focusing on its origins in Roman, German and French law as well as its application in American law,' (1992-1993) *Connecticut Journal of International Law*, 8, hlm. 77.
- ²⁷ S.A. Mirmina, 'A comparative survey of culpa in contrahendo, focusing on its origins in Roman, German and French law as well as its application in American law,' hlm. 78.
- ²⁸ F. Kessler, & E. Fine, 'Culpa in Contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: A comparative study' (1964) 77(3), *Harvard Law Review*, hlm. 401; S.A. Mirmina, 'A comparative survey of culpa in contrahendo, focusing on its origins in Roman, German and French law as well as its application in American law,' hlm. 79.
- ²⁹ B. Hacker, *Consequences of impaired consent transfers: a structural comparison of English and German law*, 96.
- ³⁰ N. Bass, 'Eleventh hour collapse: An elements-based comparison of the German doctrine of culpa in contrahendo and Australian principles of pre-contractual liability,' (2009) *Macquarie Journal of Business Law*, 6, hlm. 219.
- ³¹ R. Jhering, *Culpa in Contrahendo, oder Schädenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 4, 1861, hlm. 1-112.
- ³² S. Colombo, 'The present differences between the civil law and common law worlds with regards to culpa in contrahendo' (1992-1993) 2 *Tilburg Foreign L. Rev.* 341, hlm. 360; V. Monsalve-Caballero, 'The legal and historical panorama of culpa in contrahendo at contractual negotiations'; An approach from European and Latin American law, (2013) *Revista de Derecho*, 39, hlm. 134.
- ³³ B. Markesinis, et al., *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, hlm. 2.
- ³⁴ Versi formal Bahasa Inggeris: § 311(2): 'An obligation relationship with duties under §241(2) also arises from the initiation of a contract, in which initiation of one party, regarding a possible relationship in the nature of a legal transaction, grants to the other party the possibility of exerting an effect on his rights, legal entitlements and interests, or entrusts these to him.'
- ³⁵ §280 Ganti rugi bagi pelanggaran kewajipan: (1) Jika penanggung kewajipan melanggar kewajipan yang timbul daripada obligasi, obligee boleh menuntut ganti rugi bagi kerosakan yang disebabkan olehnya. Ini tidak terpakai jika penanggung kewajipan tidak bertanggungjawab bagi pelanggaran kewajipan.
- ³⁶ M. Tegethoff, 'Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability' (1998) *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 5(4), hlm. 351.
- ³⁷ M. Tegethoff, 'Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability,' hlm. 351.
- ³⁸ J. Spenser, 'A call for a common law Culpa in Contrahendo counterpart,' (1980-1981) *University of San Francisco Law Review*, 15, hlm. 587-615.
- ³⁹ M. Tegethoff, 'Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – a Comparison of Precontractual Liability,' hlm. 353.
- ⁴⁰ B. Markesinis et al, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, hlm. 2.
- ⁴¹ *RG*, 7-12-1911, *RGZ* 78, 239. Prinsip yang sama telah digunakan dalam kes BGH, 26-9-1961, *Neue Juristische Wochenschrift* (1962), 31 (kes 'kulit pisang') dan kes BGH, 28-1-1976, 66 *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ), 51 (kes 'sayuran'). Dalam kes kulit pisang, Mahkamah Persekutuan (*Bundesgerichtshof*) telah memberikan ganti rugi kepada pelanggan yang tergelincir disebabkan oleh kulit pisang semasa memasuki

- sebuah pasaraya walaupun pada masa tersebut beliau belum membuat transaksi kontrak. Dalam kes 'sayuran' pula, Mahkamah Persekutuan memberikan ganti rugi kepada anak pelanggan yang tergelincir kerana terpijak daun sayuran semasa menemani ibunya walaupun anak tersebut tidak berniat untuk memasuki kontrak.
- ⁴² N. Bass, 'Eleventh hour collapse: An elements-based comparison of the German doctrine of *culpa in contrahendo* and Australian principles of pre-contractual liability' hlm. 221.
- ⁴³ R. Novoa, 'Culpa in contrahendo: A comparative law study: Chilean law and the United Nations convention on contracts for the international sale of good (CISG),' (2005) 22(3) *Arizona Journal International and Comparative Law*, hlm. 595.
- ⁴⁴ B. Markesinis et al., *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, hlm. 100.
- ⁴⁵ B. Hacker, *Consequences of impaired consent transfers: a structural comparison of English and German law*, hlm. 96.
- ⁴⁶ J. Dietrich, 'Classifying Precontractual Liability: Comparative Analysis,' (2001) 21(2) *Legal Studies*, hlm. 166.
- ⁴⁷ G. Kohne, 'Reliance, promissory estoppel and culpa in contrahendo: A comparative analysis,' (1990) 10 *Tel Aviv University Study in Law*, hlm. 284.
- ⁴⁸ *RG*, 7-12-1911, *RGZ* 78, 239.
- ⁴⁹ M. Pieck, 'A study of the significant aspects of German contract law,' (1996) 3(1) *Annual Survey of International & Comparative Law*, hlm. 111-176.
- ⁵⁰ *RGZ* 143, 219.
- ⁵¹ G. Kohne, 'Reliance, promissory estoppel and culpa in contrahendo: A comparative analysis,'
- ⁵² (1955) 479.
- ⁵³ 595 (1969).
- ⁵⁴ Diterbitkan dalam *Lindenmaier-Mohring (LM)*, §276 (Fa) BGB Nr. 102.
- ⁵⁵ S. Colombo, 'The present differences between the civil law and common law worlds with regards to culpa in contrahendo,' hlm. 345.
- RUJUKAN
- Aksoy, H.C. 2014. *Impossibility in Modern Private Law: A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law*. London: Springer International Publishing.
- Alsagoff, S.A. 2010. *Principles of the Law of Contract in Malaysia*. Edisi ke-3. Kuala Lumpur: Lexis Nexis.
- Bass, N. 2009. Eleventh Hour Collapse: An Elements-based Comparison of the German Doctrine of *culpa in contrahendo* and Australian Principles of Pre-contractual Liability. *Macquarie Journal of Business Law* 6: 217-237.
- Birks, P. 2000. 'At The Expense of the Claimant: Direct and Indirect Enrichment in English Law,' *Oxford University Comparative Law Forum* 1, di <https://ouclf.iuscomp.org/at-the-expense-of-the-claimant-direct-and-indirect-enrichment-in-english-law>. Diakses pada: 31.10.2017.
- Colombo, S. 1992-1993. The present differences between the civil law and common law worlds with regards to Culpa in Contrahendo. *Tilburg Foreign Law Review* 2(4): 341-375.
- Dietrich, J. 2001. Classifying precontractual liability: Comparative analysis. *Legal Studies* 21(2): 153-191.
- Gil-Wallin, S. 2007. Liability under pre-contractual agreements and their application under Colombian Law and the CISG. *Nordic Journal of Commercial Law*: 1-20.
- Hacker, B. 2009. *Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German Law*. Tubingen: Mohr Siebeck.
- Jhering, R. 1861. *Culpa in Contrahendo, oder Schädnersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 4, 861: 1-112.
- Kessler, F. & Fine, E. 1964. Culpa in Contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: A comparative study. *Harvard Law Review* 77(3): 401-449.
- Kohne, G. 1990. Reliance, promissory estoppel and Culpa in Contrahendo: A comparative analysis. *Tel Aviv University Study in Law* 10: 279-296.
- Markesinis, B.S., Unberath, H. & Johnston, A. 2006. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*. London: Bloomsbury Publishing PLC.
- Mirmina, S.A. 1992-1993. A Comparative Survey of *culpa in contrahendo*, Focusing on its Origins in Roman, German and French law as well as its Application in American law. *Connecticut Journal of International Law* 8: 77-108.
- Monsalve-Caballero, V. 2013. The Legal and Historical Panorama of culpa in contrahendo at Contractual Negotiations.' An Approach from European and Latin American law. *Revista de Derecho* 39: 126-148.
- Novoa, R. 2005. *Culpa in contrahendo: A Comparative Law Study: Chilean law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Good (CISG)*. *Arizona Journal International and Comparative Law* 22(3): 583-612.
- Nuhidayah Abdullah. 2007. Good faith and fair dealing in hire purchase contract in Malaysia. *Shariah Journal* 15(2): 99-120.
- Pieck, M. 1996. A study of the significant aspects of German contract law. *Annual Survey of International & Comparative Law* 3(1): 111-176.
- Shiomi, Y. 2016. Modernization of German Civil Law. Dlm. *The Identity of German and Japanese Civil Law in Comparative Perspectives*, disunting oleh Z. Kitagawa & K. Riesenhuber. Berlin: De Gruyter Recht.
- Spenser, J. 1980-1981. 'A Call for a Common Law *Culpa in Contrahendo* Counterpart,' *University of San Francisco Law Review* 15: 587-615.
- Suzanna Mohamed Isa & Sakina Shaik Ahmad Yusoff. 2014. Hak kontraktual pihak ketiga: Kerangka praktikal bagi Malaysia. 18 *JUUM*: 35-43.
- Thanasegaran, H. 2016. *Good Faith in Insurance and Takaful Contracts in Malaysia: A Comparative Perspective*. Singapore: Springer Science Business Media.
- Tegethoff, M. 1998. *Culpa in Contrahendo* in German and Dutch Law – A comparison of precontractual liability. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 5(4): 341-368.
- Ziegler, K.S. 2007. Introduction. Dlm. *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, disunting oleh Ziegler, K. S. Oxford: Hart Publishing.
- Mohd Azizie Abdul Aziz
Fakulti Undang-Undang
Multimedia University
Email: azizie.aziz@mmu.edu.my
- Profesor Madya Dr. Sakina Shaik Ahmad Yusoff
Fakulti Undang-Undang
Universiti Kebangsaan Malaysia
Email: kinasay@ukm.edu.my