

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

2.1. TINJAUAN UMUM TENTANG MEREK

2.1.1. PENGERTIAN MEREK

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), Merek merupakan “tanda yang dikenakan oleh pengusaha (pabrik, produsen, dan sebagainya) pada barang yang dihasilkan sebagai tanda pengenal; cap (tanda) yang menjadi pengenal untuk menyatakan nama dan sebagainya.”³⁸

Menurut UU Merek, Merek adalah “*tanda yang dapat ditampilkan secara grafis berupa gambar, logo, nama, kata, huruf, angka, susunan warna, dalam bentuk 2 (dua) dimensi dan/atau 3 (tiga) dimensi, suara, hologram, atau kombinasi dari 2 (dua) atau lebih unsur tersebut untuk membedakan barang dan/atau jasa yang diproduksi oleh orang atau badan hukum dalam kegiatan perdagangan barang dan/atau jasa.*”

Menurut Philip Kotler, Merek merupakan “simbol, tanda, rancangan atau sebuah kombinasi dari tiga hal tersebut yang ditujukan sebagai identitas dari beberapa penjual untuk kemudian dijadikan sebagai pembeda dengan pesaing yang ada di pasaran.”³⁹

Menurut Keller, Merek adalah sebagai berikut, “sebuah merek merupakan lebih dari sekedar produk, karena mempunyai sebuah dimensi yang menjadi diferensiasi dengan produk lain yang sejenis. Diferensiasi tersebut harus rasional dan terlihat secara nyata dengan suatu produk dari sebuah merek atau lebih simbiolis, emosional dan tidak kasat mata yang mewakili sebuah merek.”⁴⁰

Menurut David A. Aaker, Merek adalah “seperangkat aset atau kewajiban yang ditautkan dengan nama dan simbol yang menambah nilai yang diberikan oleh suatu produk atau layanan. Merek adalah nama

³⁸ Kamus Besar Bahasa Indonesia

³⁹ Phillip Koetler dan Kevin Lane Keller, Op.Cit. Hlm 60

⁴⁰ Ibid.

atau simbol yang bersifat membedakan baik berupa logo, cap, kemasan untuk mengidentifikasi barang dan/atau jasa dari seorang penjual atau kelompok penjual tertentu. David A. Aaker mengemukakan bahwa keberadaan merek akan sangat penting sebagai pertanda yang nantinya akan memudahkan konsumen dalam mengenali sebuah produk tertentu.”⁴¹

6 Tingkat Pengertian Merek

Menurut Surachman, terdapat 6 (enam) tingkat pengertian merek yang dapat dibedah untuk menelaah arti dari merek, yaitu:

1. **Atribut**, “memiliki kaitan dengan pengertian dari merek, disebutkan merek akan mengingatkan pada hal tertentu. Sebagai contoh, merek BMW akan cenderung mengingatkan konsumen akan sebuah produk mobil.”⁴²
2. **Manfaat**, “selain menyatakan atribut, merek juga memiliki nilai manfaat dimana hal ini cenderung berkaitan dengan manfaat fungsional. Seperti halnya “tahan lama” memiliki manfaat agar awet dan tidak perlu membeli lagi.”
3. **Nilai**, “merek juga memiliki keterkaitan dengan nilai produsen seperti merek Mercedes Benz yang berkaitan dengan produk bergensi, memiliki kinerja yang tinggi.”
4. **Budaya**, “sebuah merek juga mewakili sebuah kebudayaan tertentu. Misalnya Mercedes yang mencerminkan budaya Jerman yang sangat bermutu dan terorganisir.”
5. **Kepribadian**, “merek juga mewakili sebuah kepribadian tersendiri.”
6. **Pemakai**, “maksud dari hal ini adalah bahwa merek menunjukkan siapa pemakai dari produk buatan merek tersebut.”

⁴¹ A.B Susanto dan Himawan Wijanarko, “Power Branding” (Bandung: PT Nizan Publika, 2004) Hlm.24

⁴² Surachman, “Dasar-Dasar Manajemen Merek” (Malang: Bayumedia, 2008) Hlm.59

Menurut Yahya Harahap, Merek dapat digolongkan berdasarkan reputasinya⁴³, yaitu:

1. Merek biasa (*normal marks*)

Merek yang tergolong tidak memiliki reputasi tinggi. Merek ini dinilai kurang mencerminkan pancaran simbolis gaya hidup baik dari segi pemakaian maupun teknologi. Merek ini dipandang memiliki kualitas yang rendah oleh konsumen serta kurang akan *driving power* yang mampu memberikan sugesti kepada konsumen untuk memilih produk dari merek tersebut.⁴⁴

2. Merek terkenal (*well-known marks*)

Merek yang mempunyai reputasi tinggi. Merek ini memiliki kekuatan pancaran yang menarik dan memukau, sehingga jenis barang yang dinaungi merek itu kerap menimbulkan sentuhan keakraban sehingga memberikan dampak sugestif kepada konsumen.⁴⁵

3. Merek termahsyur (*famous marks*)

Merek ini memiliki tingkat reputasi paling tinggi dibandingkan dengan merek biasa dan merek terkenal.

Suatu merek dapat digolongkan sebagai merek terkenal apabila memenuhi syarat-syarat yang diatur dalam Pasal 18 Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor 67 Tahun 2016 tentang Pendaftaran Merek, yaitu⁴⁶:

1. *“Kriteria penentuan Merek terkenal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 16 ayat (2) huruf b dan huruf c dilakukan dengan memperhatikan pengetahuan umum*

⁴³ Yahya Harahap, “Tinjauan Merek Secara Umum dan Hukum Merek di Indonesia Berdasarkan Undang-Undang No.19 Tahun 1992” (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1996) Hlm.78

⁴⁴ Tommy Hendra Purwaka, “Perlindungan Merek” (Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2017) Hlm.17

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor 67 Tahun 2016 tentang Pendaftaran Merek

masyarakat mengenai merek tersebut di bidang usaha yang bersangkutan.”

2. *“Masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) merupakan masyarakat konsumen atau masyarakat pada umumnya yang memiliki hubungan baik pada tingkat produksi, promosi, distribusi, maupun penjualan terhadap barang dan/atau jasa yang dilindungi oleh Merek terkenal dimaksud.”*
3. *“Dalam menentukan kriteria Merek sebagai Merek terkenal sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dengan mempertimbangkan:*
 - a. *tingkat pengetahuan atau pengakuan masyarakat terhadap Merek tersebut di bidang usaha yang bersangkutan sebagai Merek terkenal;*
 - b. *volume penjualan barang dan/atau jasa dan keuntungan yang diperoleh dari penggunaan merek tersebut oleh pemiliknya;*
 - c. *pangsa pasar yang dikuasai oleh Merek tersebut dalam hubungannya dengan peredaran barang dan/atau jasa di masyarakat;*
 - d. *jangkauan daerah penggunaan Merek;*
 - e. *jangka waktu penggunaan Merek;*
 - f. *intensitas dan promosi Merek, termasuk nilai investasi yang dipergunakan untuk promosi tersebut;*
 - g. *pendaftaran Merek atau permohonan pendaftaran Merek di negara lain;*
 - h. *tingkat keberhasilan penegakan hukum di bidang Merek, khususnya mengenai pengakuan Merek tersebut sebagai Merek terkenal oleh lembaga yang berwenang; atau*
 - i. *nilai yang melekat pada Merek yang diperoleh karena reputasi dan jaminan kualitas barang dan/atau jasa yang dilindungi oleh Merek tersebut.”*

2.2. HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL

Hak Kekayaan Intelektual merupakan hak yang secara eksklusif diberikan kepada seseorang yang telah menghasilkan karya dari hasil olah pikirnya, memiliki wujud, sifat atau memenuhi kriteria tertentu sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku. Hak Kekayaan Intelektual atau biasa disingkat HKI merupakan hak untuk menikmati secara ekonomis hasil dari suatu kreativitas intelektual. Objek yang diatur dalam HKI adalah karya-karya yang timbul atau lahir karena kemampuan intelektual manusia.⁴⁷

Menurut OK. Saidin, “Hak Kekayaan Intelektual merupakan hak kebendaan atas sesuatu benda yang bersumber dari hasil kerja kecerdasan intelektual manusia berupa kecerdasan inteligensia dan kecerdasan emosional. Hasil kerja itu melahirkan hak kebendaan berupa benda immateriil atau benda yang tidak berwujud. Dengan kata lain, Hak Kekayaan Intelektual bukanlah benda materiil. Hak Kekayaan Intelektual adalah hasil kegiatan berdaya cipta pikiran manusia yang diungkapkan ke dunia luar dalam bentuk immateriil namun dapat diwujudkan dalam bentuk nyata yang bersifat materiil. Bentuk nyata yang disebut terakhir ini dilindungi sebagai benda berwujud. Dalam Hak Kekayaan Intelektual bukan bentuk penjelmaannya yang dilindungi akan tetapi hak immateriilnya.”⁴⁸

2.2.1. PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL

Perlindungan hukum menurut Philipus M. Hadjon dapat dibedakan menjadi dua, yaitu:

1. Perlindungan Hukum Preventif

Perlindungan yang diberikan oleh pemerintah dengan tujuan untuk mencegah sebelum terjadinya pelanggaran serta memberikan suatu

⁴⁷ Legalku, “Pengertian Hak Kekayaan Intelektual” (<https://www.legalku.com/knowledge-base/hak-kekayaan-intelektual-hki/>) diakses pada 23 Maret 2021

⁴⁸ OK. H. Saidin, “Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual” (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2016) Hlm.14

batasan dalam melaksanakan suatu kewajiban.⁴⁹ Pada perlindungan hukum preventif, subjek hukum diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapatkan bentuk definitif. Tujuannya adalah untuk mencegah terjadinya sengketa, perlindungan hukum preventif sangat besar artinya bagi tindakan pemerintah yang didasarkan pada kebebasan bertindak karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif, pemerintah terdorong untuk menjadi lebih hati-hati dalam mengambil keputusan yang didasarkan pada diskresi⁵⁰. Di negara Indonesia sendiri belum diatur secara khusus mengenai perlindungan hukum preventif ini⁵¹.

2. Perlindungan Hukum Represif

Perlindungan yang diberikan setelah terjadinya sengketa atau pelanggaran hukum, dapat berupa sanksi seperti denda, pidana penjara dan hukuman tambahan lain.⁵²

Perlindungan hukum represif memiliki tujuan untuk menyelesaikan suatu sengketa. Penanganan perlindungan hukum oleh Pengadilan Umum dan Pengadilan Administrasi di Indonesia termasuk kategori perlindungan ini. Prinsip perlindungan hukum terhadap tindakan pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan peletakan kewajiban rakyat dan pemerintah. Prinsip kedua yang mendasari perlindungan hukum terhadap tindak pemerintahan adalah prinsip negara hukum. Dikaitkan dengan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikaitkan dengan tujuan negara hukum.

⁴⁹ Ibid.,hal 3

⁵⁰ Muchsin, "Perlindungan Dan Kepastian Hukum Bagi Investor Di Indonesia", (Surakarta: Universitas Sebelas Maret, 2003) Hlm.20

⁵¹ Philipus M. Hadjon, Op Cit, Hlm.30

⁵² Muchsin, Op Cit, Hlm.20

Menurut Abdulkadir Muhammad, Perlindungan hukum terhadap hak kekayaan intelektual dapat dilakukan dengan cara-cara berikut, yaitu:

1. Sistem Konstitutif

Setiap hak kekayaan intelektual wajib didaftarkan terlebih dahulu (first to file). Pendaftaran yang memenuhi syarat perundang-undangan yang berlaku merupakan pengakuan dan pembenaran atas hak kekayaan intelektual yang dibuktikan dengan adanya sertifikat pendaftaran sehingga dapat memperoleh perlindungan hukum. Pendaftaran dalam hal ini merupakan bentuk perlindungan hukum yang menimbulkan adanya kepastian hukum.⁵³

2. Sistem Deklaratif

Sistem yang tidak mengharuskan pemilik hak untuk mendaftarkan hak kekayaan intelektualnya. Sistem ini memberikan perlindungan hukum kepada pencipta/pemegang hak kekayaan intelektual. Apabila ditemukan ada pihak lain yang mengklaim sebagai pihak yang berhak atas hak kekayaan intelektual itu, pihak pencipta/pemegang hak kekayaan intelektual harus dapat membuktikan bahwa dialah yang berhak atas hak tersebut.

Dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 Tentang Merek dan Indikasi Geografis, perlindungan hukum terhadap merek diatur dengan ketentuan secara perdata maupun pidana dalam beberapa pasal, yaitu:

Pasal 83 ayat (1) yang mengatur penyelesaian sengketa atas gugatan terhadap merek secara perdata berbunyi sebagai berikut:

“Pemilik Merek terdaftar dan/atau penerima Lisensi Merek terdaftar dapat mengajukan gugatan terhadap pihak lain yang secara tanpa hak menggunakan Merek yang mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya untuk barang dan/atau jasa yang sejenis berupa:

a. gugatan ganti rugi; dan/atau

⁵³ Abdulkadir Muhammad, Op.Cit.

b. penghentian semua perbuatan yang berkaitan dengan penggunaan Merek tersebut.”

Kemudian lebih lanjut perihal ketentuan pidana diatur dalam pasal 100 dan pasal 102 UU Merek & Indikasi Geografis,

Pasal 100:

“(1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak menggunakan Merek yang sama pada keseluruhannya dengan Merek terdaftar milik pihak lain untuk barang dan/atau jasa sejenis yang diproduksi dan/atau diperdagangkan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp2.000.000.000,00 (dua miliar rupiah).”

“(2) Setiap Orang yang dengan tanpa hak menggunakan Merek yang mempunyai persamaan pada pokoknya dengan Merek terdaftar milik pihak lain untuk barang dan/atau jasa sejenis yang diproduksi dan/atau diperdagangkan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau denda paling banyak Rp2.000.000.000,00 (dua miliar rupiah).”

Pasal 102:

“Setiap Orang yang memperdagangkan barang dan/atau jasa yang diketahui atau patut diduga mengetahui bahwa barang dan/atau jasa dan/atau produk tersebut merupakan hasil tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 100 dan Pasal 101 dipidana dengan pidana kurungan paling lama 1 (satu) tahun atau denda paling banyak Rp200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah).”

Dalam UU Merek & Indikasi Geografis, tindak pidana yang dimaksud dalam Pasal 100 dan Pasal 102 merupakan delik aduan sebagaimana diatur dalam Pasal 103. Delik Aduan merupakan tindak pidana

yang hanya dapat dituntut apabila ada pengaduan dari pihak yang dirugikan secara langsung.⁵⁴

2.2.2. PERJANJIAN INTERNASIONAL YANG MELINDUNGI HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL

1. Paris Convention For The Protection Of Industrial Property

Paris Convention For The Protection Of Industrial Property atau biasa disebut Konvensi Paris, merupakan konvensi yang diadakan pertama kali secara internasional untuk mengatur tentang perlindungan merek. Konvensi Paris memuat perlindungan hak-hak industrial, termasuk didalamnya paten, desain dan merek. Konvensi ini lahir pada 20 Mei 1883 yang kemudian mengalami beberapa kali revisi.

Dalam pasal 6bis ayat (1) dari Konvensi Paris diatur bahwa:

“The Countries of The Union undertake, ex officio if their legislation so permits, or at the request of an interested party, to refuse or to cancel the registration, and to prohibit the use, of a trademark which constitutes a reproduction, an imitation, or a translation, liable to create confusion, of a mark considered by the competent authority of the country of registration or use to be well known in that country as being already the mark of a person entitled to the benefits of this Convention and used for identical or similar goods. These provisions shall also apply when the essential part of the mark constitutes a reproduction of any such well-known mark or an imitation liable to create confusion therewith.”⁵⁵

Bila diterjemahkan ke dalam bahasa indonesia, maka artinya adalah sebagai berikut:

“Negara-negara Perhimpunan melakukan, ex officio jika undang-undang mereka mengizinkan, atau atas permintaan pihak yang

⁵⁴ P.A.F Lamintang dan Franciscus Theojunior Lamintang, “Dasar-Dasar Hukum Pidana di Indonesia” (Jakarta: Sinar Grafika, 2014) Hlm.217-218

⁵⁵ Paris Convention for the Protection of Industrial Property

berkepentingan, untuk menolak atau membatalkan pendaftaran, dan untuk melarang penggunaan, merek dagang yang merupakan reproduksi, tiruan, atau suatu terjemahan, yang dapat menimbulkan kebingungan, dari suatu merek yang dianggap oleh otoritas yang berwenang dari negara pendaftaran atau penggunaan terkenal di negara itu sebagai merek orang yang berhak atas manfaat Konvensi ini dan digunakan untuk identik atau barang serupa. Ketentuan ini juga berlaku jika bagian penting dari merek merupakan reproduksi dari merek terkenal tersebut atau tiruan yang dapat menimbulkan kebingungan.”

Indonesia selaku negara anggota dari Konvensi Paris telah meratifikasi *treaty* tersebut yang kemudian dituangkan dalam Keputusan Presiden Nomor 24 Tahun 1979 tentang Pengesahan Paris Convention for the Protection of Industrial Property dan Convention Establishing the World Intellectual Property Organization yang kemudian direvisi menjadi Keputusan Presiden Nomor 15 Tahun 1997 tentang Perubahan Keputusan Presiden Nomor 24 Tahun 1979 tentang Pengesahan Paris Convention for the Protection of Industrial Property dan Convention Establishing the World Intellectual Property.

2. The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement)

TRIPs Agreement merupakan perjanjian yang dibuat dengan mengadopsi dua konvensi internasional dibidang *industrial property* yaitu Paris Convention for the Protection of Industrial Property dan Berne Convention for the Protection of Literaty and Artistic Works.

Pasal 16 ayat (2)⁵⁶ TRIPs Agreement melengkapi pasal 6bis Konvensi Paris yang berbunyi sebagai berikut:

⁵⁶ Article 16 (2): Article 6bis of the Paris Convention (1967) shall apply, mutatis mutandis, to services. In determining whether a trademark is well-known, members shall take account of the knowledge of the trademark in the relevant sector of the public, including knowledge in the member concerned which has been obtained as a result of the promotion of the trademark.

“in determining whether a trademark is well-known, Members shall take account of the knowledge of the trademark in the relevant sector of the public, including knowledge in the Member concerned which has been obtained as a result of the promotion of the trademark.”

“Dalam menentukan apakah suatu merek dagang terkenal, Anggota harus mempertimbangkan pengetahuan merek dagang di sektor publik yang relevan, termasuk pengetahuan Anggota yang bersangkutan yang diperoleh sebagai hasil dari promosi merek dagang tersebut.”

Indonesia juga telah turut serta dalam menandatangani perjanjian TRIPs Agreement dan meratifikasi perjanjian tersebut dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1994 tentang Pengesahan Agreement Establishing the World Trade Organization (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia)”

2.2.3. TEORI HAK MILIK INTELEKTUAL

Hak milik dalam arti umum merupakan hak milik sebagai hak asasi manusia sehingga kekayaan intelektual seseorang tidak boleh digunakan tanpa izin pemilik kekayaan intelektual tersebut. John Locke dalam bukunya menjelaskan bahwa “Hak Milik Intelektual atau *intellectual property right* merupakan hak milik dari seorang manusia terhadap benda yang dihasilkannya itu dan sudah ada sejak manusia itu lahir. Benda dalam pengertian tidak hanya benda yang berwujud namun benda yang astrak pula yang disebut dengan hak milik atas benda yang tidak berwujud yang merupakan hasil intelektual manusia.”⁵⁷

Pada Hak Milik Intelektual terkandung hak kepribadian dan hak yang bersifat material atau ekonomis. Dari kedua hak tersebut muncul dua teori yang terkenal, yaitu:

1. Monistism Theory (Teori Monistisme)

⁵⁷ Syafrinaldi, “Hukum Tentang Perlindungan Hak Milik Intelektual Dalam Menghadapi Era Globalisasi” (Pekanbaru: UIR Press, 2001) Hlm.116

Teori ini menyatakan bahwa pada hak milik intelektual terdapat kedua aspek diatas yang merupakan satu kesatuan. Namun diantara kedua aspek tersebut aspek kepribadian lebih dominan sehingga menimbulkan hubungan yang erat antara si pencipta dengan ciptaannya.⁵⁸

2. Dualistism Theory (Teori Dualistisme)

Teori ini mengatakan bahwa antara sisi kepribadian dan sisi ekonomis merupakan dua hal yang terpisah.⁵⁹

2.3. HAK ATAS MEREK “

Hak atas merek adalah hak yang diatur secara khusus dalam Undang-Undang Merek dimana hak tersebut merupakan hak eksklusif yang diberikan oleh negara kepada pemilik merek yang terdaftar untuk jangka waktu tertentu dengan menggunakan sendiri merek tersebut atau memberikan izin kepada pihak lain untuk menggunakannya.⁶⁰ “

Hak atas Merek sendiri merupakan bagian dari Hak Kekayaan Intelektual, dimana hak tersebut merupakan hak yang diperoleh dari hasil kreativitas untuk menghasilkan sesuatu yang memiliki nilai ekonomis. Maka dari itu hak ini dilindungi secara hukum.” “

Menurut Tommy Suryo Utomo, yang dinamakan Hak Eksklusif pada hakikatnya adalah hak yang diberikan memiliki sifat khusus dan hanya dimiliki oleh seseorang yang menciptakan objek kekayaan intelektual tersebut.⁶¹ Lebih lanjut menurut Dr. Suyud Margono, konsep hak eksklusif meliputi:

1. *Licensing rights* (Hak memberikan izin atau lisensi)
2. *Transfer of rights* (Peralihan Hak)
3. *Legal action rights* (Hak untuk mengambil tindakan hukum)

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 Tentang Merek dan Indikasi Geografis

⁶¹ Tommy Suryo Utomo, “Hak Kekayaan Intelektual di Era Global” (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010) Hlm.32

2.3.1. BENTUK PELANGGARAN TERHADAP HAK ATAS MEREK

Pelanggaran merek, menurut Muhammad Djumhana dan Djubaedilah adalah “pelanggaran terhadap hak merek merupakan cara untuk mendapatkan keuntungan secara mudah, dengan mencoba, meniru atau memalsukan merek-merek yang sudah terkenal di masyarakat. Tindakan tersebut dapat merugikan masyarakat, baik itu pihak produsen maupun pihak konsumennya, selain itu pula negara pun ikut dirugikan.”⁶²

O.K. Saidin juga berpendapat demikian perihal pelanggaran merek. Menurutnya, “pelanggaran merek adalah untuk mendapatkan keuntungan pribadi secara mudah dengan mencoba atau melakukan tindakan meniru dan memalsukan merek-merek yang sudah terkenal di masyarakat tanpa memikirkan hak-hak orang lain yang hak-hak nya telah dilindungi sebelumnya. Tentu saja hal-hal demikian tersebut akan sangat mengacaukan roda perekonomian baik dalam skala nasional maupun skala lokal.”⁶³

Dalam UU Merek & Indikasi Geografis, bentuk-bentuk pelanggaran merek dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 100, yaitu:

1. Menggunakan merek yang sama pada keseluruhannya
2. Menggunakan merek yang memiliki persamaan pada pokoknya
3. Menggunakan merek yang memiliki persamaan sebagian atau keseluruhannya yang jenis barangnya mengakibatkan gangguan kesehatan, gangguan lingkungan hidup, dan/atau kematian manusia.

Menurut Lai dan Zaichkowsky yang dikutip dalam buku OK. H. Saidin, terdapat 4 (empat) kategori yang dapat dibedakan dalam pelanggaran hak merek, yaitu:

- a. *Counterfeits*, yaitu kegiatan ilegal yang membuat suatu produk yang menyamakan barang asli dan menggunakan merek asli tanpa izin namun umumnya mempunyai tingkat kualitas yang lebih rendah dalam hal kinerja, kehandalan atau daya tahan dibandingkan produk yang asli.⁶⁴

⁶² Muhammad Djumhana dan Djubaedilah, “Hak Milik Intelektual (Sejarah, Teori dan Prakteknya di Indonesia)” (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003) Hlm.201

⁶³ OK. H. Saidin, Op.Cit. Hlm.356

⁶⁴ Kay-Ka Yuk Lai dan Judith Lynne Zaichkowsky, “Brand Imitation: Do The Chinese Have Different Views?”, (Hong Kong: Asia Pacific Journal of Management,1999)

- b. *Trademark Piracy*, yaitu peniruan produk atau pembajakan dari produk aslinya dan biasanya terbatas di bidang teknologi, contohnya adalah perangkat lunak. Dalam hal ini umumnya konsumen cenderung menyadari bahwa produk yang dibeli adalah palsu, karena kesadaran konsumen dapat dilihat dari lokasi pembelian, penentuan harga, serta perbedaan jelas dalam desain dan kualitas atau fitur-fitur lain yang disadari konsumen.⁶⁵
- c. *Imitation brands (knock-offs)*, yaitu produk tiruan yang mirip dengan produk aslinya tetapi tidak identik. Kemiripan terjadi pada nama, bentuk, makna dengan produk yang sudah dikenal luas di pasar.⁶⁶

Berdasarkan kategori-kategori yang telah dijabarkan tersebut, maka penelitian ini akan berfokus kepada tindakan pelanggaran merek berupa *counterfeit* atau pemalsuan produk. Menurut Bian dan Moutinho, *counterfeiting* atau pemalsuan merupakan “tindakan penyalahgunaan terhadap merek dagang yang identik atau serupa sehingga melanggar hak pemegang merek dagang.” Teknisnya, *counterfeiting* merujuk pada pelanggaran hak merek dagang dan dalam prakteknya, tindakan pembuatan produk tersebut sengaja dibuat untuk menyerupai produk asli yang ditirunya.⁶⁷

Oxford Advanced Learner’s Dictionary mendefinisikan *Counterfeit* dibuat agar terlihat persis “seperti sesuatu”, yang dibuat untuk mengelabui orang agar berpikir bahwa mereka mendapatkan barang yang nyata/asli.⁶⁸

Menurut Grossman dan Shapiro, Ada dua jenis dari *counterfeit goods*, yaitu⁶⁹:

- a. *Non-deceptive counterfeits*, dimana konsumen dapat dengan mudah membedakan produk palsu yang dikonfirmasi oleh harga, kualitas,

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Xuemei Bian dan Luiz Moutinho, “The Role of Brand Image, Product Involvement, and Knowledge in Explaining Consumer Purchase Behaviour of Counterfeit: Direct and Indirect Effects” (Nottingham: European Journal of Marketing, 2011) Hlm.4

⁶⁸ Oxford Advanced Learner’s Dictionary

⁶⁹ Gene M Grossman dan Carl Shapiro, “Counterfeit-Product Trade” (Massachusetts: American Economic Review, 1988)

dan lokasi penjualannya seperti produk bermerek mahal yang dijual oleh pedagang jalanan dengan biaya yang sangat rendah.

Non-deceptive counterfeits memiliki karakteristik sebagai berikut:

1. Mereka tidak memiliki atau memiliki sedikit resiko kesehatan dan/atau keselamatan kepada masyarakat;
2. Mereka memiliki sedikit dampak nyata terhadap merek yang dipalsukan;
3. Konsumen menyadari bahwa produk yang dibeli adalah palsu dan tidak ada unsur penipuan
4. Mereka dengan sengaja memilih produk palsu

- b. *Deceptive counterfeits*, dimana produk ini sering kali identik dengan produk asli dalam harga dan kemasan tetapi bukan kualitas. Mereka tidak dapat atau sulit sekali dibedakan oleh konsumen yang tidak sadar telah tertipu untuk membeli produk yang tidak aman dan kadang dapat mematikan tanpa disadari.

Deceptive counterfeits memiliki karakteristik sebagai berikut:

1. Konsumen tidak menyadari bahwa mereka membeli produk palsu.
2. Konsumen tidak memiliki minat untuk membeli produk palsu
3. Ada resiko kesehatan dan keselamatan.

2.4. TINJAUAN UMUM TENTANG MARKETPLACE

2.4.1. Pengertian Tentang Marketplace

Marketplace merupakan suatu aplikasi atau situs yang berfungsi sebagai perantara antara penjual dan pembeli di internet, dan juga bertindak sebagai pihak ketiga yang tidak hanya menyediakan tempat pertemuan antara penjual dan pembeli tetapi juga transaksi pembayaran.⁷⁰ Menurut Strauss, Marketplace adalah “penggunaan data elektronik dan aplikasi untuk perencanaan dan pelaksanaan konsepsi, distribusi dan harga sebuah

⁷⁰ SarjanaEkonomi.co.id, “Marketplace Adalah” (<https://sarjanaekonomi.co.id/marketplace/>) diakses pada 1 April 2021

ide, barang dan jasa untuk menciptakan pertukaran yang memuaskan tujuan individu dan kelompok.⁷¹”

Dalam Peraturan Pemerintah Nomor 80 Tahun 2019 Tentang Perdagangan Melalui Sistem Elektronik disebutkan bahwa marketplace merupakan salah satu model bisnis yang dipakai oleh Penyelenggara Perdagangan Melalui Sistem Elektronik atau disingkat PPMSE.

2.4.2. Jenis-jenis marketplace:

Marketplace Horizontal

Marketplace horizontal merupakan marketplace yang dapat memperdagangkan produk-produk dengan berbagai jenis yang masih saling berkaitan satu sama lain. Umumnya marketplace jenis ini dapat menampilkan dirinya sebagai toko serba ada sehingga mampu mengangkat kenyamanan sebagai *selling point* nya.⁷²

Contohnya pada sebuah marketplace yang dapat menjual produk komputer dan aksesorisnya. Didalam media marketplace tersebut tidak hanya menjual berbagai merek komputer tetapi juga marketplace tersebut menjual aksesoris pendukung, sparepart komputer dan lain-lain.

2) Marketplace Vertikal

Marketplace vertikal merupakan marketplace yang memperdagangkan satu jenis produk yang diperoleh dari berbagai penjual. Dengan kata lain, produk yang dijual berasal dari banyak *supplier* namun jenis produknya harus satu jenis. Contohnya sebuah marketplace yang hanya menjual produk mobil dari yang bekas hingga mobil baru.⁷³

3) Marketplace Global

Marketplace global merupakan jenis media marketplace yang dapat memperdagangkan berbagai jenis produk yang berbeda dan diperoleh dari banyak sumber. Produk yang dijual tidak harus saling berhubungan satu sama lain.⁷⁴

⁷¹ Judy Strauss dan Raymond Frost, “E-Marketing, Edisi ketujuh” (New Jersey: Prentice Hall, 2013)

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

4) Marketplace Konsinyasi

Marketplace konsinyasi merupakan jenis marketplace dimana penjual hanya memberikan informasi-informasi penting terkait produk beserta detailnya kepada pihak marketplace untuk dititipkan.⁷⁵

5) Marketplace Murni

Marketplace murni merupakan marketplace yang memiliki fungsi hanya sebagai penyedia tempat bagi penjual untuk menawarkan produknya sekaligus menyediakan fasilitas pembayaran.⁷⁶

2.5. TINJAUAN UMUM TENTANG TANGGUNG JAWAB

2.5.1. Pengertian Tanggung Jawab

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), tanggung jawab adalah “kewajiban menanggung segala sesuatunya bila terjadi apa-apa boleh dituntut, dipersalahkan, dan diperkarakan. Dalam kamus hukum, tanggung jawab adalah suatu keseharusan bagi seseorang untuk melaksanakan apa yang telah diwajibkan kepadanya.”

Adapun pengertian tanggung jawab menurut ahli adalah sebagai berikut:

1. Friedrich August von Hayek

“Istilah tanggung jawab pribadi atau tanggung jawab sendiri sebenarnya ‘mubadzir’. Suatu masyarakat yang tidak mengakui bahwa setiap individu mempunyai nilainya sendiri yang berhak diikutinya tidak mampu menghargai martabat individu tersebut dan tidak mampu mengenali hakikat kebebasan.”⁷⁷

2. George Bernard Shaw

Shaw mengatakan “orang yang dapat bertanggung jawab terhadap tindakannya dan mempertanggungjawabkan perbuatannya hanyalah

⁷⁵ Ibid

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Pelayananpublik.id, “Pengertian Tanggung Jawab, Tujuan, Jenis dan Contohnya” (<https://pelayananpublik.id/2019/08/13/pengertian-tanggung-jawab-tujuan-jenis-dan-contohnya>) diakses pada 1 April 2021

orang yang mengambil keputusan dan bertindak tanpa tekanan dari pihak manapun atau secara bebas.”⁷⁸

3. Sugeng Istanto

Pertanggungjawaban berarti “sebuah kewajiban memberikan jawaban yang merupakan perhitungan atas semua hal yang terjadi dan kewajiban untuk memberikan pemulihan atas kerugian yang mungkin ditimbulkannya.”⁷⁹

4. Soekidjo Notoadmojo

Tanggung jawab adalah “suatu akibat atas konsekuensi kebebasan seorang tentang perbuatannya yang berkaitan dengan etika atau moral dalam melakukan suatu perbuatan.”⁸⁰

2.5.2. Tanggung Jawab Hukum

Tanggung jawab dalam kamus hukum dapat diistilahkan sebagai *liability* dan *responsibility*, istilah *liability* menunjuk pada pertanggungjawaban hukum yaitu tanggung gugat akibat kesalahan yang dilakukan oleh subjek hukum, sedangkan istilah *responsibility* menunjuk pada pertanggungjawaban politik.⁸¹

Ridwan Halim berpendapat bahwa “tanggung jawab hukum bersumber atau lahir atas penggunaan fasilitas dalam penerapan kemampuan tiap orang untuk menggunakan hak atau/dan melaksanakan kewajibannya. Lebih lanjut ditegaskan, setiap pelaksanaan kewajiban dan setiap penggunaan hak baik yang dilakukan secara tidak memadai maupun yang dilakukan secara memadai pada dasarnya tetap harus disertai dengan pertanggung jawaban, demikian pula dengan pelaksanaan kekuasaan.”⁸²

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ridwan HR, “Hukum Administrasi Negara” (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2006) Hlm.337

⁸² Ridwan Halim, “Pengantar Hukum dan Pengetahuan Ilmu Hukum” (Jakarta: Angky Pelita Studyways, 2001) Hlm.68

Dalam hukum perdata, tanggung jawab hukum dapat berupa tanggung jawab seseorang terhadap perbuatan melawan hukum. Adapun pengaturan mengenai pertanggungjawaban dengan unsur kesalahan baik dengan kesengajaan maupun karena kelalaian sebagaimana diatur dalam pasal 1365 dan pasal 1366 KUHPer, yaitu⁸³:

Pasal 1365 KUHPer

“Tiap-tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut”.

Pasal 1366 KUHPer:

“setiap orang bertanggungjawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan kelalaian atau kurang hati-hatinya.”

Pasal 1367 angka (1) KUHPer juga mengatur mengenai tanggung jawab mutlak (tanpa unsur kesalahan) yaitu:

“seseorang tidak saja bertanggung jawab untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya sendiri, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatan orang-orang yang menjadi tanggungannya atau disebabkan oleh barang-barang yang berada dibawah pengawasannya”

2.5.3. Teori Tanggung Jawab

Menurut Hans Kelsen dalam teorinya tentang tanggung jawab hukum menyatakan bahwa: “seseorang bertanggung jawab secara hukum atas suatu perbuatan tertentu atau bahwa dia memikul tanggung jawab hukum, subyek berarti bahwa dia bertanggung jawab atas suatu sanksi

⁸³ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

dalam hal perbuatan yang bertentangan.”⁸⁴ Hans Kelsen juga mengatakan bahwa:

“Kegagalan untuk melakukan kehati-hatian yang diharuskan oleh hukum disebut kekhilafan (*negligence*); dan kekhilafan biasanya dipandang sebagai satu jenis lain dari kesalahan (*culpa*), walaupun tidak sekeras kesalahan yang terpenuhi karena mengantisipasi dan menghendaki, dengan atau tanpa maksud jahat, akibat yang membahayakan.”⁸⁵

Kemudian Hans Kelsen membagi mengenai kategori tanggung jawab menjadi:

1. Pertanggungjawaban individu yaitu seorang individu bertanggung jawab terhadap pelanggaran yang dilakukannya sendiri;⁸⁶
2. Pertanggungjawaban kolektif berarti bahwa seorang individu bertanggung jawab atas suatu pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain;
3. Pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan yang berarti bahwa seorang individu bertanggung jawab atas pelanggaran yang dilakukannya karena sengaja dan diperkirakan dengan tujuan menimbulkan kerugian;
4. Pertanggungjawaban mutlak yang berarti bahwa seorang individu bertanggung jawab atas pelanggaran yang dilakukannya karena tidak sengaja dan tidak diperkirakan.”

Teori tanggung jawab lebih menekankan pada makna tanggung jawab yang lahir dari ketentuan Peraturan Perundang-Undangan sehingga teori tanggung jawab dimaknai dalam arti *liability*, sebagai suatu konsep yang terkait dengan kewajiban hukum seseorang yang bertanggung jawab secara hukum atas perbuatan tertentu bahwa dia dapat dikenakan suatu sanksi dalam kasus perbuatannya bertentangan dengan hukum.⁸⁷

Dalam penyelenggaraan suatu Negara dan pemerintahan, pertanggungjawaban itu melekat pada jabatan yang juga telah dilekati

⁸⁴ Hans Kelsen, sebagaimana diterjemahkan oleh Somardi “General Theory of Law and State, Teori Umum Hukum dan Negara”, (Jakarta: BEE Media Indonesia, 2007) Hlm.81

⁸⁵ Ibid. Hlm. 83

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Busya Azheri, “Corporate Social Responsibility dari Voluntary menjadi Mandatory” (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2011) Hlm.36

dengan kewenangan, dalam perspektif hukum publik, adanya kewenangan inilah yang memunculkan adanya pertanggungjawaban, sejalan dengan prinsip umum; “*geenbevegedheid zonder verantwoordelijkheid; there is no authority without responsibility; la sulthota bila mas-uliyat*” (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban).⁸⁸

Menurut Abdulkadir Muhammad teori tanggung jawab dalam perbuatan melanggar hukum (*tort liability*) dibagi menjadi beberapa teori, yaitu :

- Tanggung jawab akibat perbuatan melanggar hukum yang dilakukan dengan sengaja (*intentional tort liability*), tergugat harus sudah melakukan perbuatan sedemikian rupa sehingga merugikan penggugat atau mengetahui bahwa apa yang dilakukan tergugat akan mengakibatkan kerugian.⁸⁹
- b. Tanggung jawab akibat perbuatan melawan hukum yang dilakukan karena kelalaian (*negligence tort liability*), didasarkan pada konsep kesalahan (*concept of fault*) yang berkaitan dengan moral dan hukum yang sudah bercampur baur (*interminglend*).
 - c. Tanggung jawab mutlak akibat perbuatan melanggar hukum tanpa mempersoalkan kesalahan (*strict liability*), didasarkan pada perbuatannya baik secara sengaja maupun tidak sengaja.

2.5.4. *Landlord Liability*

Landlord Liability berasal dari dua suku kata, yaitu “*landlord*” dan “*liability*”. Menurut Kamus KBBI, *Landlord* sendiri diterjemahkan sebagai tuan tanah, sedangkan *liability* dapat diartikan sebagai kewajiban. Jadi apabila digabungkan maka *Landlord liability* memiliki arti sebagai kewajiban tuan tanah. *Landlord Liability* dalam hak kekayaan intelektual merupakan prinsip pertanggungjawaban yang mengatur kewajiban pemilik

⁸⁸ Ibid. Hlm.352

⁸⁹ Abdulkadir Muhammad, “Hukum Perusahaan Indonesia” (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 2010) Hlm.336

tempat yang menyewakan tempatnya kepada seseorang yang menjual barang-barang yang melanggar hak kekayaan intelektual di tempat tersebut. Pada dasarnya teori ini memiliki prinsip yang sama seperti penyertaan dalam tindak pidana. Dalam hal pemilik atau pengelola tempat mengetahui dan membiarkan *tenant* nya menjual barang-barang yang melanggar hak kekayaan intelektual, maka pemilik atau pengelola dapat dikenakan Pasal 55 ayat (1) angka 2 dan Pasal 56 angka 2 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.⁹⁰

Safe Harbour Policy

Kebijakan *Safe Harbour Policy* merupakan kebijakan yang awalnya lahir di Amerika Serikat pada tahun 1998. Kebijakan tersebut dibuat oleh Presiden Amerika Serikat saat itu Bill Clinton yang kemudian disahkan dalam *Digital Millenium Copyright Act* atau biasa disingkat DMCA. Latar belakang dibuatnya kebijakan ini untuk melindungi para pihak penyedia *platform* berbasis digital di internet.

Adapun Prinsip Privasi Safe Harbor Internasional, yang dikembangkan dari tahun 1998, sebuah gagasan yang pertama kali diajukan oleh *Organization For Economic Co-operation and Development* (OECD) dan yang pertama membawa gagasan itu ke tingkat internasional. Sebelumnya, kekhawatiran semacam itu hanya ditangani secara regional di dalam Uni Eropa⁹¹. Dokumen tersebut menekankan pentingnya kepatuhan pada 7 prinsip safe harbour:

1. Pemberitahuan: Untuk memberi tahu pengguna tentang jenis data yang dikumpulkan, tujuan pengumpulan tersebut, metode pengumpulan, dan pengungkapan (atau ketiadaan) terhadap data para pihak ketiga
2. Pilihan: Untuk memberikan hak untuk "mencabut" izin pengumpulan dan penyebaran data.

⁹⁰ DJKI, Modul Kekayaan Intelektual Tingkat Dasar Bidang Hak Cipta, Bab V: Upaya Penyelesaian Sengketa Hak Cipta, Edisi 2020.

⁹¹ Danrivanto Budhijanto, "Cyber Law dan Revolusi Industri 4.0", (Bandung: Logoz Publishing, 2018)

3. Transfer Kedepan: Untuk menjamin bahwa transfer data hanya akan dilakukan kepada pihak-pihak di dalam negara yang mematuhi prinsip.
4. Akses: Untuk memfasilitasi pengguna untuk mengakses dan mengoreksi data mereka sendiri.
5. Keamanan: Untuk melakukan "tindakan pencegahan yang wajar" untuk memastikan keamanan data.
6. Integritas Data: Untuk menggunakan data untuk dan hanya untuk tujuan yang disetujui oleh pengguna.
7. Penegakan: Menerapkan mekanisme penegakan hukum untuk memastikan kepatuhan, seperti membentuk badan pemerintah tempat pengaduan dapat diajukan oleh publik.

Apa yang pada dasarnya diperlukan oleh konsep *safe harbour* adalah perlindungan, perlindungan terhadap mereka yang memenuhi prasyarat ketentuan *safe harbour* dari setiap kesalahan atau kesalahan atas pelanggaran terhadap pihak lain. Itu tidak berarti membebaskan perusahaan dari kesalahan secara mutlak, karena mereka hanya dilindungi dari pelanggaran yang khusus untuk yang disediakan oleh peraturan *safe harbour* yang relevan. Awalnya, ketentuan *safe harbour*, seperti yang diatur dalam Prinsip Privasi Safe Harbor Internasional yang sekarang tidak berlaku, diterapkan berdasarkan sertifikasi. Ini berarti bahwa perusahaan harus mengajukan permohonan untuk mendapatkan sertifikasi perlindungan, dan sertifikasi tersebut harus dilakukan secara teratur selama periode waktu tertentu. Namun, ketentuan *safe harbour* modern, terutama yang terkait dengan layanan digital seperti yang terkandung dalam Undang-Undang Pembatasan Kewajiban Pelanggaran Hak Cipta Online, yang merupakan bagian dari DMCA yang dengan sendirinya mengubah Pasal 17 Peraturan Amerika Serikat tentang Hak Cipta, berlaku pada temuan faktual berbasis *case to case*. Untuk jenis ketentuan ini, penilaian ketentuan *safe harbour* pada dasarnya hanya dilakukan di pengadilan, dan bahwa pengadilan akan menemukan berdasarkan fakta yang relevan apakah penyedia layanan dilindungi, memberikan manfaat pada kemungkinan bahwa penyedia yang

sama dapat dilindungi. bertanggung jawab atas satu pelanggaran tetapi tidak yang lain.⁹²

Menyikapi meningkatnya penggunaan internet di Indonesia, khususnya di bidang *e-commerce*, Pemerintah Indonesia mengeluarkan Surat Edaran Menteri Komunikasi dan Informatika Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 2016 tentang Batasan dan Tanggung jawab Penyedia Platform dan Pedagang (merchant) Perdagangan melalui Sistem Elektronik yang berbasis *User Generated Content* (UGC) sendiri merupakan bentuk platform yang memungkinkan pengguna membuat atau mengunggah kontennya sendiri ke internet sehingga memungkinkan untuk diakses oleh pengguna internet lainnya.

Tujuan Surat Edaran ini adalah untuk mendukung penerapan sistem elektronik dan memberikan perlindungan hukum bagi penyedia platform dan merchant dengan memastikan batasan dan tanggung jawab masing-masing dalam melakukan aktivitas perdagangan melalui sistem elektronik. Berbeda dengan DMCA 1998 yang mengatur tentang batasan tanggung jawab khusus atas pelanggaran hak cipta, Surat Edaran ini mengatur batasan tanggung jawab atas konten terlarang berupa konten negatif dan konten ilegal. Konten negatif sendiri diartikan sebagai barang atau jasa yang mengandung pornografi, perjudian, kekerasan dan konten pada barang dan jasa yang melanggar peraturan perundang-undangan lainnya, sedangkan konten ilegal meliputi barang dan jasa yang tidak memiliki izin seperti senjata dan barang peledak, obat-obatan dan makanan terlarang, flora dan fauna yang dilindungi, bahan kimia berbahaya, rumah subsidi pemerintah, jasa perkawinan siri, dan konten terkait kesehatan yang tidak sesuai dengan ketentuan yang ada. Jika dibandingkan dengan konsep *Safe Harbor* yang diterapkan pada perusahaan AS, SE ini telah memasukkan beberapa komponen penting. Salah satunya adalah menjelaskan kewajiban dan

⁹² Alina Yordanova Trapova & Maria Lilla Montagnani, "Safe harbors in deep waters: a new emerging liability regime for Internet intermediaries in the Digital Single Market" (Chicago: International Journal of Law and Information Technology, 2018)

tanggung jawab masing-masing penyedia platform dan para pedagangnya kepada penyedia platform, SE ini mengatur⁹³:

- a. Untuk menetapkan berbagai syarat dan ketentuan dalam pengoperasian platform yang setidaknya harus memuat rincian hak dan kewajiban baik pengguna maupun penyedia; dan ketentuan tentang pertanggungjawaban konten yang diunggah;
- b. Perusahaan menyediakan layanan pengaduan tentang konten yang dilarang, dan telah melaporkan keluhan dan penundaan atau penyumbatan untuk jangka waktu tertentu;
- c. Memperhatikan jangka waktu penghapusan dan/atau pemblokiran terhadap konten yang dilarang;
- d. Untuk secara aktif mengevaluasi dan memantau aktivitas Pedagang di Platform mereka; dan
- e. Kewajiban lain berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. “

Mengenai tanggung jawabnya, SE mewajibkan penyedia platform UGC untuk bertanggung jawab atas implementasi sistem elektronik dan pengelolaan konten di dalam Platform, kecuali jika ada kesalahan atau kelalaian di pihak merchant atau pengguna platform. Hal ini sesuai dengan isi Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik Indonesia (UU ITE) khususnya pasal 26 ayat (3) dan ayat (4) yang akan dijabarkan di bawah ini⁹⁴;

“(3) Setiap Penyelenggara Sistem Elektronik wajib menghapus informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang tidak relevan yang berada dibawah hendaknua atas permintaan orang uang bersangkutan berdasarkan penetapan pengadilan”

⁹³ Surat Edaran Menteri Komunikasi dan Informasi Nomor 5 Tahun 2016 tentang Batasan dan Tanggung Jawab Penyedia Platform dan Pedagang (*merchant*) Perdagangan Melalui Sistem Elektronik

⁹⁴ Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik

“(4) Setiap penyelenggara sistem elektronik wajib menyediakan mekanisme penghapusan informasi elektronik dan/atau dokumen yang sudah tidak relevan sesuai dengan ketentuan perundang-undangan.”

Selain itu, konsep *safe harbour policy* juga diterapkan dalam PP No.80 Tahun 2019 Tentang Perdagangan Melalui Sistem Elektronik yang diatur dalam Pasal 22 ayat (2).⁹⁵

“(1) Jika dalam PMSE terdapat konten informasi elektronik ilegal, maka pihak PPMSE dalam negeri dan/atau PPMSE luar negeri serta penyelenggara sarana perantara bertanggung jawab atas dampak atau konsekuensi hukum akibat keberadaan konten informasi elektronik ilegal tersebut.”

“(2) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku apabila PPMSE dalam negeri dan/atau PPMSE luar negeri yang bersangkutan bertindak cepat untuk menghapus link elektronik dan/atau konten informasi elektronik ilegal setelah mendapatkan pengetahuan atau kesadaran”

2.6. TINJAUAN UMUM TENTANG PELAKU USAHA

2.6.1. Pengertian Pelaku Usaha

Berdasarkan UU Perdagangan, Pelaku usaha ialah “setiap orang perseorangan warga negara Indonesia atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan dalam wilayah hukum Negara Kesatuan Republik Indonesia yang melakukan kegiatan usaha di bidang Perdagangan.”

Dalam Peraturan Pemerintah Nomor 80 Tahun 2019 Tentang Perdagangan Melalui Sistem Elektronik, Pelaku usaha dapat dikategorikan menjadi:

1. Penyelenggara Perdagangan Melalui Sistem Elektronik

Pelaku Usaha penyedia sarana Komunikasi Elektronik yang digunakan untuk transaksi Perdagangan.⁹⁶

⁹⁵ Peraturan Pemerintah Nomor 80 Tahun 2019 Tentang Perdagangan Melalui Sistem Elektronik

⁹⁶ Peraturan Pemerintah Nomor 80 Tahun 2019 Tentang Perdagangan Melalui Sistem Elektronik

Model bisnis Penyelenggara Perdagangan Melalui Sistem Elektronik antara lain:

- 1) retail online atau Pedagang yang memiliki sarana PMSE sendiri;
- 2) marketplace atau penyedia platform/pelantar sebagai wadah dimana Pedagang dapat memasang penawaran Barang dan/atau Jasa;
- 3) iklan baris online yaitu suatu platform/pelantar yang mempertemukan penjual dan pembeli dimana keseluruhan proses transaksi terjadi tanpa melibatkan PPMSE;
- 4) platform/pelantar pembandingan harga;
- 5) daily deals.⁹⁷

2. Pedagang (*Merchant*)

Menurut PP Nomor 80 Tahun 2019, Pedagang adalah “Pelaku Usaha yang melakukan Perdagangan Melalui Sistem Elektronik baik dengan sarana yang dibuat dan dikelola sendiri secara langsung atau melalui sarana milik pihak Penyelenggara Perdagangan Melalui Sistem Elektronik, atau Sistem Elektronik lainnya yang menyediakan sarana Perdagangan Melalui Sistem Elektronik.”⁹⁸

Adapun dalam Peraturan Pemerintah Nomor 71 Tahun 2019 tentang Penyelenggaraan Sistem dan Transaksi Elektronik juga menjabarkan bahwa penyelenggara sistem elektronik adalah setiap orang, penyelenggara negara, badan usaha, dan masyarakat yang menyediakan, mengelola, dan/atau mengoperasikan sistem elektronik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama kepada pengguna sistem elektronik untuk keperluan dirinya dan/atau keperluan pihak lain.⁹⁹

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Peraturan Pemerintah Nomor 71 Tahun 2019 Tentang Penyelenggaraan Sistem dan Transaksi Elektronik

2.7. TINJAUAN UMUM TENTANG USER GENERATED CONTENT

2.7.1. Pengertian User Generated Content

Menurut Hootsuite, *User generated content* merupakan “berbagai bentuk konten baik tulisan, video, foto, review, dan lainnya yang dibuat oleh seseorang seperti konsumen, pelanggan, atau bahkan *followers*.”¹⁰⁰

User Generated Content (UGC) secara umum merupakan suatu konsep didalam internet dimana konten yang terdapat didalam suatu platform merupakan hasil unggahan dari para penggunanya dan bukan dari pemilik website. Konten tersebut dapat berupa foto, video, tulisan, atau bahkan berupa testimoni atau ulasan terhadap suatu konten. Pemilik atau pengelola website hanya menyediakan wadah dan juga melakukan perbaikan atau perubahan yang dianggapnya perlu.

Istilah *User Generated Content* mulai dikenal pada tahun 2005 dimana media online BBC memperkenalkan layanan *Citizen generated Journalism* atau konten berita yang dibuat dan diunggah oleh masyarakat, yang kemudian diikuti oleh perusahaan media lainnya. Media sosial yang sering digunakan oleh masyarakat Indonesia seperti Facebook, Twitter, dan sebagainya juga merupakan contoh dari sebuah situs *User Generated Content*, dimana segala konten didalamnya merupakan hasil unggahan para penggunanya.¹⁰¹

Adapun beberapa contoh model bisnis *e-commerce* yang menerapkan sistem *user generated content*, yaitu:

1. Sosial Media
2. Website testimoni
3. Blog
4. Online Marketplace

¹⁰⁰ Hootsuite, “A Marketer’s Guide to Using User Generated Content on Social Media” (<https://blog.hootsuite.com/user-generated-content-ugc/>) diakses pada 24 April 2021

¹⁰¹ Revino Irsali Vaditra, “Analisis Batasan Tanggung Jawab Penyedia Platform E-Commerce User Generated Content Sebagai Penyelenggara Sarana Perdagangan melalui Sistem Elektronik (Surat Edaran Menteri Kominfo No.5 Tahun 2016)” (Depok: Departemen Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2017)

2.8. TINJAUAN UMUM TENTANG PERDAGANGAN MELALUI SISTEM ELEKTRONIK

2.8.1. Pengertian Perdagangan Melalui Sistem Elektronik

Perdagangan merupakan kegiatan yang mencakup transaksi barang dan/atau jasa di dalam negeri dan melampaui batas wilayah negara dengan tujuan pengalihan hak atas barang dan/atau jasa untuk memperoleh imbalan atau kompensasi.

Sistem *E-Commerce* sendiri merupakan sistem yang memuat kegiatan jual beli serta pengedaran barang dan/atau jasa dengan mendayagunakan sistem elektronik, misalnya internet, televisi dan jaringan komputer lainnya.¹⁰²

Menurut Sukarmi, sebuah transaksi dapat dikatakan sebagai *e-commerce* apabila memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:

- i. Ada kontrak dagang
- ii. Kontrak tersebut dijalankan pada media elektronik (digital)
- iii. Kehadiran fisik dari penyedia barang atau jasa tidak diperlukan
- iv. Kontrak perjanjian jual beli dilakukan di ranah publik
- v. Sistem pengoperasian transaksi terbuka, yaitu menggunakan internet
- vi. Kontrak itu terlepas dari batas yuridiksi nasional¹⁰³

2.8.2. Jenis – Jenis *E-Commerce*:

1. Business to Business (B2B)

B2B merupakan bentuk jual beli barang atau jasa yang melibatkan dua atau beberapa perusahaan dan dilakukan secara elektronik. Dalam B2B, pihak penjual dan pembeli bertindak sebagai perusahaan bukan perorangan. Umumnya transaksi ini dilakukan sebagai bentuk penjalinan kerjasama

¹⁰² GuruPendidikan, "E-Commerce, Pengertian, Keuntungan dan Manfaatnya", (<https://www.gurupendidikan.co.id/ecommerce/>) diakses pada 4 April 2021

¹⁰³ Sukarmi, "Urgensi Pendaftaran Penyelenggara Sistem Elektronik Bagi Pelaku Usaha E-Commerce", *Jambura Law Review*, Vol.2, 2020. Hlm.37

antara perusahaan-perusahaan yang terlibat. Model yang digunakan adalah *peer to peer*.¹⁰⁴

2. Business to Consumer (B2C)

B2C adalah bisnis yang melibatkan pelaku usaha/produsen dan konsumen. Produsen melakukan kegiatan perdagangan kepada konsumen secara *online* dengan cara memasarkan produknya tanpa perlu ada *feedback* dari konsumen untuk melakukan bisnis ulang. Kesimpulannya, produsen hanya berperan sebagai penjual dan konsumen hanya berperan sebagai pembeli. Sifat dari B2C terbuka untuk dapat diakses secara umum,¹⁰⁵

3. Consumer to Consumer (C2C)

C2C merupakan jenis *e-commerce* dimana pelakunya adalah antar konsumen dengan konsumen lainnya. Disini konsumen akan menjual barang atau jasa yang didapatkan dari produsen tertentu kepada konsumen lainnya.¹⁰⁶

4. E-Commerce Consumer to Business (C2B)

Dalam C2B, kegiatan bisnis terjadi antara pihak produsen dan konsumen. Bedanya dengan B2C, disini bisnis dikerjakan oleh konsumen kepada produsen yang menyediakan barang atau jasa, contohnya konsumen akan memberitahukan detail produk yang diminati melalui pemasaran *online* kepada produsen. Kemudian produsen yang tahu akan permintaan tersebut selanjutnya akan menyediakan penawaran produk yang diminati kepada konsumen.¹⁰⁷

Setelah memahami pengertian tentang *user generated content* dan *e-commerce*, maka dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud dengan *E-commerce* yang berbasis *User Generated Content* dalam konteks tersebut ialah *e-commerce* yang kontennya atau barang dan jasa yang ditawarkan didalamnya diunggah secara mandiri oleh pihak penjual atau merchant dan bukan oleh si pemilik platform tersebut. Penyedia Platform bertindak hanya sebagai penyelenggara sistem elektronik atau sebagai penyedia tempat

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

berdagang, sedangkan yang menjual barang ialah pihak pedagang/*merchant* yang menggunakan fasilitas penawaran tersebut dengan cara mendaftarkan diri sebagai anggota atau juga tidak mendaftarkan sebagai anggota. Jadi apabila dicermati, dalam sebuah transaksi didalam situs *E-commerce User Generated Content* terdapat dua pihak yang bertransaksi didalamnya yaitu:

- a. Penyedia Platform / Penyelenggara Sistem Elektronik
- b. Pedagang (*Merchant*)

