

## BAB II

### KAJIAN TEORI TENTANG MEREK DAN *PLATFORM E-COMMERCE*

#### A. Hak Kekayaan Intelektual (HKI)

Hak kekayaan intelektual atau *Intellectual Property Rights* pada dasarnya merupakan kreatifitas yang dihasilkan dari olah pikir manusia dalam rangka memenuhi kebutuhan dan kesejahteraan manusia. Kreatifitas seseorang muncul sebagai aset intelektual yang telah lama memberi pengaruh yang signifikan terhadap peradaban manusia, antara lain penemuan-penemuan (*inventions*) dan hasil-hasil dibidang karya cipta dan seni. Semakin berkembangnya kreatifitas seseorang semakin juga berkembangnya peradaban manusia. Istilah Hak Milik Intelektual berasal dari kata "*Intellectuele Eigendomsrecht*" dalam sistem Eropa Kontinental. Istilah Hak Kekayaan Intelektual sudah lama digunakan terutama oleh banyak pencipta, garis besar haluan Negara Tahun 1993 maupun garis besar Negara Tahun 1998 menerjemahkan istilah *Intellectual Property Right* tersebut dengan Hak Milik Intelektual, tetapi di dalam Undang-Undang nomor 25 tahun 2000 Tentang Program Pembangunan Nasional Tahun 2000-2004 yang merupakan penjabaran lebih lanjut dari garis besar haluan Negara Tahun 1999-2004 menerjemahkan istilah *Intellectual Property Right* dengan Hak internasional, yakni dengan di sahkannya Paris Convention yang mengatur perlindungan terhadap Hak Kekayaan Industri (*Industrial Property*) yang dalam pengertian luas termasuk Paten, Merek, Desain

Industri, Utility Models, Nama Dagang, Indikasi Geografi, serta pencegahan persaingan curang. Beberapa tahun kemudian pada tahun 1886 disusul dengan perlindungan Hak Cipta, yakni dengan di sahkannya *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*. Di dalamnya yang menyangkut karya-karya sinematografi, arsitektur, dan karya artistik tertentu (Yanto *et al.*, 2020).

Harsono Adisumarto, mendefinisikan bahwa istilah “property” adalah kepemilikan di mana orang lain dilarang menggunakan hak itu tanpa izin dari pemiliknya. Sedangkan kata “intellectual” berkenaan dengan kegiatan intelektual berdasarkan daya cipta dan daya pikir dalam bentuk ekspresi ciptaan sastra, seni dan ilmu, serta dalam bentuk penemuan sebagai benda immateriil, dan kata “intelektual” itu harus diletakkan pada setiap karya atau temuan yang berasal dari kreativitas berpikir manusia tersebut. Peter Mahmud Marzuki mendefinisikan Hak Kekayaan Intelektual adalah suatu hak yang timbul dari karya intelektual seseorang yang mendatangkan keuntungan materiil. Muhammad Djumhana & R. Djubaedillah mendefinisikan Hak Kekayaan Intelektual sebagai hak yang berasal dari kegiatan kreatif manusia yang diekspresikan kepada khalayak umum dalam berbagai bentuknya, yang memiliki manfaat serta berguna dalam menunjang kehidupan manusia, juga bernilai ekonomi (Sanjaya, 2016).

Zen Umar Purba mendefinisikan bahwa Hak Kekayaan Intelektual merupakan aset yang secara hukum menimbulkan hak dan kewajiban bagi pemiliknya, seperti juga aset-aset yang lain, seperti tanah dnegan sertifikat, dan kepemilikan benda-benda bergerak, melekat pada yang menguasai. Untuk itu diperlukan suatu proses

pendaftaran guna mendapatkan tanda kepemilikan dari negara. Kesadaran bahwa karya intelektual merupakan benda tidak berwujud yang dapat dijadikan aset adalah kunci pokok permasalahan, selanjutnya dengan adanya unsur kepemilikan, diharapkan dapat menumbuhkan kreativitas usaha. Dapat dikatakan bahwa Hak Kekayaan Intelektual adalah pengakuan dan penghargaan pada seseorang atau badan hukum atas penemuan atau ciptaan karya intelektual mereka dengan memberikan hak-hak khusus bagi mereka baik yang bersifat sosial maupun ekonomis (Sri Imaniyati, 2010).

Hak Kekayaan Intelektual (HKI) adalah hak atas kekayaan yang timbul karena kemampuan manusia dan ia berhasil menciptakan suatu kreasi dimana kreasi tersebut menjadi bernilai dan mempunyai manfaat ekonomi. HKI sendiri merupakan hak yang timbul bagi hasil olah pikir otak yang menghasilkan suatu produk atau proses yang berguna untuk manusia. Ada pula yang mengatakan HKI merupakan hak yang berasal dari karya, karsa, cipta manusia karena lahir dari kemampuan intelektualitas manusia dan merupakan hasil kegiatan kreatif suatu kemampuan daya pikir manusia yang diekspresikan kepada khalayak umum dalam berbagai bentuknya, yang memiliki manfaat serta berguna dalam menunjang kehidupan manusia juga mempunyai nilai ekonomi. Indonesia mulai mengenal HKI secara spesifik itu sejak ketentuan TRIPs yang mengatur HKI secara global (Sanjaya, 2016).

Bila mendasar kepada ketentuan TRIPs, HKI dapat dikelompokkan menjadi delapan bagian yang masing-masing terdiri (Sanjaya, 2016):

1. *Copyrights and related rights*
2. *Trademark*
3. *Geographical indications*
4. *Industrial design*
5. *Patens*
6. *Layout design of integrated circuits*
7. *Protection of undisclosed information*
8. *Control of anti-competitive practice in contractual license.*

Hal tersebut mulai diharmonisasikan sejak Indonesia telah menyetujui untuk meratifikasi *Uruguay Round*, dimana aturan mengenai TRIPs juga harus diberlakukan dinegara anggota GATT. Sebagai Negara berkembang sesungguhnya keberadaan aturan tentang HKI bisa dikatakan memberikan dampak positif bagi perkembangan perdagangan dan perekonomian. Terutama untuk para pelaku ekonomi kreatif, mereka menjadi pihak yang jelas mendapat tempat didalam perlindungan HKI (Sanjaya, 2016).

Adapun sifat-sifat HKI, yaitu (Sri Imaniyati, 2010):

1. Mempunyai jangka waktu terbatas HKI memiliki jangka waktu yang terbatas, artinya hak yang diberikan kepada pencipta atau inventor tidak tak terbatas, dalam arti setelah habis masa perlindungannya ciptaan (penemuan) tersebut akan menjadi milik umum, tetapi ada pula yang setelah jangka waktu perlindungan habis, dapat diperpanjang, yaitu hak merek.

2. Bersifat eksklusif dan mutlak, yaitu bahwa hak tersebut dapat dipertahankan kepadasiapa pun. Pemilik hak tersebut dapat menuntut terhadap pelanggaran yang dilakukan oleh siapa pun.
3. Bersifat hak mutlak yang bukan kebendaan HKI memiliki sifat mutlak yang selama ini hanya diberikan kepada pemilikan benda/kekayaan. Hal ini dikarenakan HKI merupakan bagian dari hukum harta benda.

Prinsip-prinsip HKI dikemukakan oleh Muhammad Djumhana ialah sebagai berikut (Sri Imaniyati, 2010):

1. Prinsip Keadilan (*principle of natural justice*), yaitu bahwa pencipta sebuah karya atau orang lain yang bekerja membuahkan hasil dari kemampuan intelektualnya wajar memperoleh imbalan. Imbalan tersebut dapat berupa materi maupun bukan materi, seperti rasa aman karena dilindungi dan diakui hasil karyanya.
2. Prinsip Ekonomi (*the economic argument*), yaitu bahwa hak milik intelektual ini merupakan hak yang berasal dari hasil kegiatan kreatif suatu kemampuan daya pikir manusia yang diekspresikan kepada khalayak umum dalam berbagai bentuk yang memiliki manfaat serta berguna dalam menunjang kehidupan manusia. Maksudnya kepemilikan itu wajar karena sifat ekonomis manusia yang menjadikan hal itu sebagai suatu keharusan untuk menunjang kehidupan.

3. Prinsip Kebudayaan (*the cultural argument*), yaitu bahwa karya manusia pada hakekatnya bertujuan untuk pemenuhan kebutuhan kehidupan. Pertumbuhan dan perkembangan ilmu pengetahuan seni dan sastra sangat besar artinya bagi peningkatantaraf kehidupan, peradaban dan martabat manusia.
4. Prinsip Sosial (*the social argument*), yaitu bahwa hukum mengatur kehidupan manusia sebagai warga masyarakat, manusia dalam hubungannya dengan manusia lain. Oleh karena itu hak apapun yang diakui oleh hukum kepada manusia orang perorangan atau persekutuan maka hak tersebut untuk kepentingan seluruh masyarakat.

## **B. Merek**

Merek merupakan tanda pengenal yang membedakan milik seseorang dengan milik orang lain. Merek merupakan suatu tanda yang memberi kepribadian atau pengindividualisasian kepada barang-barang dalam arti memberi tanda yang khusus yang mempunyai daya pembeda (*distinctiveness*). Yang dimaksud dengan daya pembeda adalah memiliki kemampuan untuk digunakan sebagai tanda yang dapat membedakan hasil perusahaan yang satu dengan yang lain. Tanda yang sudah memiliki daya pembeda tak dapat diterima sebagai merek apabila tidak dapat digunakan pada kegiatan perdagangan barang atau jasa. Berdasarkan kedua definisi di atas, maka merek adalah suatu tanda atau cap pada suatu barang sebagai

daya pembeda yang merupakan suatu unsur yang paling utama untuk barang tersebut (Sakarya, 2018).

Definisi merek sebagai “nama, istilah, tanda, atau lambang, atau desain, atau kombinasinya, yang dimaksudkan untuk mengidentifikasi barang atau jasa pesaing. Menurut Sutisna (2001) definisi dari merek yaitu total persepsi terhadap suatu objek yang dibentuk dengan memproses informasi dari berbagai sumber setiap waktu. Merek menurut Kotler (2007), adalah persepsi dan keyakinan yang dilakukan oleh konsumen, seperti tercermin dalam asosiasi yang terjadi dalam memori konsumen. Merek yang baik akan membentuk suatu keputusan pembelian produk atau jasa. Komponen Merek menurut Biels (1992) dalam Xian (2011) menunjukkan Merek memiliki tiga komponen yaitu (Permadi P, Srikandi K, 2014):

1. Citra Perusahaan (corporate image), yaitu sekumpulan asosiasi yang dipersepsikan konsumen terhadap perusahaan yang membuat suatu produk atau jasa.
2. Citra Produk (product image), yaitu sekumpulan asosiasi yang dipersepsikan konsumen terhadap suatu produk.
3. Citra Pengguna (user image), yaitu sekumpulan asosiasi yang dipersepsikan konsumen terhadap pemakai yang menggunakan suatu barang atau jasa.

Berdasarkan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 Tentang Merek dan Indikasi Geografis, merek dapat dibagi dalam tiga jenis, yaitu sebagai berikut (Cordier, 2019):

1. Merek Dagang, merek yang digunakan pada barang yang diperdagangkan oleh seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum untuk membedakan dengan barang-barang sejenis lainnya.
2. Merek Jasa, merek yang digunakan pada jasa yang diperdagangkan oleh seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum untuk membedakan dengan jasa-jasa sejenis lainnya.
3. Merek Kolektif, merek yang digunakan pada barang dan atau jasa dengan karakteristik yang sama yang diperdagangkan oleh beberapa orang atau badan hukum secara bersama-sama untuk membedakan dengan barang dan atau jasa sejenis lainnya.

Fungsi merek adalah sebagai berikut (Hidayati, 2011):

1. Sebagai tanda pengenal atau untuk membedakan hasil produksi seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum dengan produksi orang lain/ badan hukum lainnya.
2. Sebagai alat promosi, sehingga mempromosikan hasil produksinya cukup dengan menyebut mereknya. Merek sangat penting dalam dunia periklanan dan pemasaran karena publik sering mengaitkan suatu imej, kualitas atau reputasi barang dan jasa dengan merek tertentu. Sebuah merek dapat menjadi kekayaan yang sangat berharga secara komersial.



Merek suatu perusahaan seringkali lebih bernilai dibandingkan dengan aset riil perusahaan tersebut.

3. Sebagai jaminan atas mutu barangnya. Merek juga berguna untuk para konsumen. Merek tersebut berkualitas tinggi atau aman untuk dikonsumsi dikarenakan reputasi dari merek tersebut. Jika sebuah perusahaan menggunakan merek perusahaan lain, para konsumen mungkin merasa tertipu karena telah membeli produk dengan kualitas yang lebih rendah.

Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 tentang Merek mengatur tentang jenis-jenis merek, yaitu sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 butir 2 dan 3 merek tahun 2001 yaitu merek dagang dan merek jasa. Pasal 1 (2) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 tentang Merek, bahwa yang dimaksud dengan Merek Dagang adalah merek yang digunakan pada barang yang diperdagangkan oleh seorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum untuk membedakan dengan barang-barang sejenis lainnya. Pengaturan kedua jenis merek tersebut biasanya diatur bersama-sama dengan satu Undang-Undang. Karena tidak dibedakan antara kedua jenis merek itu dalam hal perlindungannya, maka suatu merek jasa dapat ditolak pendaftarannya berdasarkan persamaan pada pokoknya dengan suatu merek dagang dan sebaliknya merek dagang terhadap merek jasa. Pada prinsipnya, pendaftaran atas merek merupakan salah satu bentuk perlindungan dari Undang-Undang Merek, karena sistem yang digunakan di Indonesia adalah *first to file principle*, siapa yang mendaftarkan pertama maka yang bersangkutan berhak atas merek tersebut dan akan mendapatkan hak eksklusifnya

selama 10 (sepuluh) tahun dengan konsekuensi tidak ada seorang pun yang boleh menggunakan merek tersebut untuk kepentingan komersial dari hak eksklusif tersebut tanpa seizin pemilik atau pemegang hak merek (Sakarya, 2018).

Menurut UU No. 15 tahun 2001 tentang Merek, hal-hal yang tidak dapat didaftarkan sebagai merek adalah sebagai berikut (Hidayati, 2011):

1. Merek yang permohonannya diajukan atas dasar itikad tidak baik (Pasal 4).
2. Merek yang bertentangan dengan moral, perUndang-Undangan dan ketertiban umum (Pasal 5 (a)).
3. Merek yang tidak memiliki daya pembeda (Pasal 5 (b)).
4. Tanda-tanda yang telah menjadi milik umum (Pasal 5 (c)), contohnya tengkorak atau tulang bersilang sebagai tanda bahaya.

Permohonan merek juga harus ditolak jika (Hidayati, 2011):

1. Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhan dengan merek yang sudah terdaftar milik orang lain dan digunakan dalam perdagangan barang atau jasa yang sama ( Pasal 6 (1.a)).
2. Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhan dengan merek terkenal milik pihak lain untuk barang dan/atau jasa sejenis (Pasal 6 (1.b)).
3. Mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhan dengan indikasi geografis yang sudah dikenal (Pasal 6 (1.c)).
4. Nama dan foto dari orang terkenal, tanpa izin darinya (Pasal 6 (3.a)).

5. Lambang-lambang negara, bendera tanpa izin dari pemerintah (Pasal 6 (3.b)).
6. Tanda atau cap atau stempel resmi tanpa persetujuan tertulis dari pihak yang berwenang (Pasal 6 (3.c)).

Berdasarkan ketentuan yang berlaku pada Pasal 3 UU Merek, bahwa hak atas merek adalah hak eksklusif pemilik merek terdaftar yang diperoleh dari negara. Dengan kata lain, diperolehnya hak atas merek adalah sebagai satu konsekuensi telah didaftarkan merek tersebut pada Kantor Direktorat Jendral HaKI. Pendaftaran adalah syarat mutlak bagi seseorang jika merek tersebut diakui secara sah bahwa ia adalah pemilik dari merek tersebut. Tanpa pendaftaran, maka tidak ada hak atas merek tersebut dan juga perlindungan yang diberikan atas merek tersebut. Perlindungan yang dapat diberikan bagi pemegang merek tidak hanya berdasarkan pada pendaftaran saja melainkan perlindungan dalam wujud gugatan ganti rugi (dan gugatan pembatalan pendaftaran merek) maupun dalam bentuk pidana melalui aparat penegak hukumnya. Penyelesaian hukum melalui instrumen hukum perdata dapat dilakukan melalui pengadilan (litigasi) dengan gugatan ganti kerugian tadi dan menghentikan semua perbuatan membuat, memakai, menjual dan/atau mengedarkan barang-barang yang diberi hak merek, ataupun diluar pengadilan (non litigasi) yang memungkinkan para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase atau Alternatif Penyelesaian Sengketa (ADR) dengan jalan negoisasi, mediasi dan konsoliasi (Sakarya, 2018).

Dalam hal merek, hukum positif di Indonesia yang mengatur mengenai merek dagang yaitu Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis. Pemberian sanksi hukum merupakan bagian dari upaya pemberian perlindungan hukum bagi pemilik merek yang sah, apabila merek telah terdaftar, maka mendapat perlindungan hukum (Putra, 2018). Undang-Undang Merek dan Indikasi Geografis yang disetujui menjadi Undang-Undang pada 27 Oktober 2016 sebagai akibat meluasnya globalisasi di bidang perdagangan barang dan jasa menuntut perlindungan Merek bagi produk nasional di Negara tujuan Ekspor, mekanisme pendaftaran Merek Internasional menjadi system yang dapat dimanfaatkan dalam melindungi merek nasional di dunia Internasional, dengan adanya Undang-Undang No 20 Tahun 2016 Tentang Merek Dan Indikasi Geografis ini dapat memberikan perlindungan berdasarkan standar perlindungan dalam konvensi internasional. Bukan saja Merek, namun juga indikasi geografis dapat dilindungi dengan Undang-Undang Merek dan Indikasi Geografis dapat mendukung peningkatan pertumbuhan ekonomi kreatif serta proses perdagangan produk Indonesia ditingkat Internasional. Selain itu, Undang-Undang Merek dan Indikasi Geografis sebagai media dalam menghadapi pula perkembangan teknologi informasi serta komunikasi. Di era kemajuan teknologi informasi dan komunikasi yang terus meningkat, berdampak pada kegiatan di sektor perdagangan. Tak saja di bidang barang, namun juga jasa yang berkembang amat pesat (Cordier, 2019).

Dalam TRIPs *Agreement* telah menetapkan prosedur pidana (*criminal procedure*) guna diterapkan pada tindakan pelanggaran substansial peraturan HKI

yang mewajibkan bagi negara-negara anggota untuk menyediakan prosedur pidana dan hukuman yang diberlakukan setidak-tidaknya untuk kasus pemalsuan merek atau pembajakan hak cipta yang dilakukan dalam melaksanakan kepentingan komersial oleh pemalsunya/pembajaknya, disamping itu juga mewajibkan para negara anggota untuk menyediakan perangkat pidana dalam kasus hak kekayaan intelektual lainnya yang dilakukan dengan sengaja untuk keperluan komersialisasi. Berpijak dari pada itu, maka UU No. 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis juga telah menyediakan perangkat ketentuan hukum pidana yang berfungsi untuk melindungi pemilik merek dan konsumen dari perbuatan curang para pemalsu / peniru yang memiliki tujuan negatif yaitu mengambil keuntungan diatas kerugian pemilik merek dan konsumen tersebut dengan cara memalsukan / meniru diperdagangkan di pasaran. Ganjaran hukuman yang akan dikenakan kepada para pemalsu tersebut dapat berupa sanksi pidana penjara, pidana kurungan dan denda, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 100 –102 Undang-Undang Merek (Putra, 2018).

Selain mengatur terkait hukum, Undang-Undang nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis juga mengatur terkait pendaftaran hak merek. Sebenarnya tidak ada keharusan bagi pemegang merek untuk mendaftarkan merek miliknya, namun untuk mendapatkan perlindungan hukum suatu merek haruslah didaftarkan sebelumnya ke Direktorat Jendral Merek. Tata cara permintaan Pendaftaran Merek di ataur pada Peraturan Pemerintah No.23 tahun 1993. Permasalahan muncul ketika terjadi kesenjangan anantara peraturan yang

mengatur (substantasi) dengan fakta yang terjadi di masyarakat (praktek) dimana masih banyak pedagang yang menjual barang imitasi/kw/palsu, sedangkan dalam Pasal 100 Undang-Undang No 20 Tahun 2016 dengan jelas tercantum bahwa “Setiap orang yang dengan tanpa hak menggunakan Merek yang sama pada keseluruhannya dengan Merek terdaftar milik pihak lain untuk barang dan/jasa sejenis yang diproduksi dan atau diperdagangkan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 5(lima) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp20.000.000.000,00 (dua miliar rupiah) (Cordier, 2019).

### **C. Merek Terkenal**

Dalam perdagangan global, baik perdagangan barang ataupun jasa, merek (*Trademark*) menjadi salah satu pembeda antara produk yang dihasilkan oleh seseorang atau badan hukum, dengan produk yang dihasilkan oleh pihak lain. Suatu produk tanpa merek atau identitas, akan sulit untuk dipasarkan kepada konsumen, karena menurut konsumen merek menentukan kualitas dan reputasi suatu produk barang atau jasa akan dikonsumsi dengan aman. Merek sangat penting dalam dunia periklanan dan pemasaran karena publik sering mengaitkan suatu imej, kualitas atau reputasi barang dan jasa dengan merek tertentu. Sebuah merek dapat menjadi kekayaan yang sangat berharga secara komersial.

Sejarah perkembangan merek di Indonesia sudah ada sejak zaman Hindia Belanda. Berdasarkan azas Konkordansi maka semua peraturan yang berlaku di Belanda berlaku juga dinegara jajahannya termasuk Indonesia. Aturan yang

mengatur mengenai masalah merek pada saat itu adalah Reglement Industriële Eigendom (RIE) yang dimuat dalam Stb. 1912 No. 545 Jo. Stb. 1913 No. 214. Setelah Indonesia merdeka aturan ini tetap berlaku berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 sampai tahun 1961, ketika disahkannya UU Nomor 21 Tahun 1961 tentang Merek dan perusahaan perniagaan. Setelah itu pergantian peraturan merek dilakukan pada tahun 1992 dengan UU Nomor 19 tentang Merek. Lalu terjadi perubahan pada tahun 1997 dengan diundangkannya UU Nomor 14 tentang Merek, dan selanjutnya terjadi perubahan dengan UU Nomor 15 Tahun 2001 tentang merek. Terakhir UU Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis, inilah yang berlaku hingga saat ini.

Merek adalah tanda yang berupa gambar, nama, kata, huruf-huruf, angka-angka, susunan warna, atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut yang memiliki daya pembeda dan digunakan dalam kegiatan perdagangan barang atau jasa. Dimana dalam era perdagangan bebas seperti sekarang, merek merupakan suatu basis dalam perdagangan modern. Dikatakan basis, karena merek dapat menjadi dasar perkembangan perdagangan modern, yang dapat digunakan sebagai *goodwill*, lambang kualitas, standar mutu, sarana menembus segala jenis pasar, dan diperdagangkan dengan jaminan guna menghasilkan keuntungan besar.

Merek merupakan bagian dari Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang harus dilindungi untuk menjaga persaingan usaha yang sehat. Di Indonesia, Merek diatur di dalam Undang-Undang Nomor 15 tahun 2001 tentang Merek. Bentuk perhatian

Indonesia terhadap bidang HKI (*Property Rights*) dibuktikan dengan tergabungnya Indonesia dalam WIPO (*World Intellectual Property Organization*) yang merupakan Organisasi Hak atas Kekayaan Intelektual Dunia dan WTO (*World Trade Organization*) yang merupakan Organisasi Perdagangan Dunia. Selain itu, Indonesia sebagai anggota dari *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* (*Paris Convention*) yang kemudian diratifikasi melalui Keputusan Presiden No. 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 Organization*.

Selain tergabung di dalam organisasi tersebut, Indonesia juga menandatangani beberapa perjanjian/agreement, salah satunya yang terbaru adalah TRIPs Agreement yang merupakan perjanjian yang paling komprehensif dalam bidang HKI, dimana semua negara anggota WTO terikat oleh *TRIPs Agreement* tersebut. Dalam perjanjian tersebut semua negara anggota diwajibkan menyesuaikan hukum domestik agar sesuai dengan persyaratanpersyaratan dalam *TRIPs Agreement*. Indonesia meratifikasi *TRIPs (Trade Related aspects of Intellectual Property Rights) Agreement* melalui Undang- Undang Nomor Nomor 7 Tahun 1994 tentang Pengesahan *Agreement Establishing The World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia).



Merek yaitu dengan mana dipribadikanlah sebuah barang tertentu, unuk menunjukkan asal barang, dan jaminan kualitasnya sehingga dapat dibandingkan dengan barang-barang sejenis yang dibuat, dan diperdagangkan oleh orang atau perusahaan lain. Merek dapat dibedakan dalam tiga jenis berdasarkan reputasi (*reputation*) dan kemasyhuran (*renown*) suatu merek, yaitu merek biasa (*normal marks*), merek terkenal (*well-known marks*) dan merek termasyhur (*famous mark*). Merek biasa merupakan merek yang tergolong tidak mempunyai reputasi tinggi.

Merek yang berderajat "biasa" ini dianggap kurang memberi pancaran simbolis gaya hidup baik dari segi pemakaian maupun teknologi. Masyarakat melihat merek tersebut kualitasnya rendah. Merek ini juga dianggap tidak memiliki draving power yang mampu memberi sentuhan keakraban dan kekuatan mitos (*mythical power*) yang sugestif kepada masyarakat konsumen, dan tidak mampu membentuk lapisan pasar dan pemakai.

Merek terkenal merupakan merek yang memiliki reputasi tinggi. Merek ini mempunyai kekuatan pancaran yang memukau dan menarik, sehingga jenis barang yang berada di bawah merek itu langsung menimbulkan sentuhan keakraban (*familiar*) dan ikatan mitos (*mythical context*) kepada segala lapisan konsumen. Sedangkan merek termasyhur adalah merek yang sedemikian rupa masyhumya di seluruh dunia, sehingga mengakibatkan reputasinya digolongkan sebagai merek aristokrat dunia. Antara merek terkenal dan merek termasyhur terdapat persamaan-persamaan kriteria sehingga semua konvensi-konvensi internasional dan peraturan

perUndang-Undangan di bidang merek pada dasarnya hanya mengenal merek biasa dan merek terkenal.

Karena berada dalam ranah antar negara, keberadaan asas dan kaidah hukum tentang perlindungan terhadap merek terkenal pertama kali merupakan asas dan kaidah yang diletakkan oleh hukum internasional. Pada gilirannya, asas dan kaidah hukum internasional tersebut harus diimplementasikan dan diaplikasikan oleh negara dalam forum domestiknya. Asas dan kaidah hukum internasional yang memberikan perlindungan hukum terhadap merek terkenal tidak akan efektif tanpa diimplementasikan dalam tata hukum nasional masing-masing negara yang dibebani kewajiban internasional tersebut.

Kebutuhan untuk melindungi merek terkenal menjadi hal yang sangat penting, dalam menghadapi pelanggaran-pelanggaran yang terjadi dalam perdagangan barang dan jasa. Perlindungan terhadap merek terkenal sangat dibutuhkan untuk menghindari kerugian pemegang merek dan konsumen pemakai barang dan jasa. Pelanggaran terhadap merek terkenal mengakibatkan menurunnya kepercayaan konsumen terhadap merek tersebut, karena konsumen menganggap barang dan jasa yang mutunya baik tersebut kualitasnya sudah menurun. Hal ini mengakibatkan berkurangnya omzet penjualan, sehingga merugikan pemegang merek.

Selain itu, konsumen akan memperoleh barang atau jasa yang mutunya lebih rendah dibandingkan dengan merek asli yang sudah terkenal. Penentu suatu merek

sebagai merek terkenal, tidaklah hanya terkenal di manca negara yang dimiliki oleh pihak asing tetapi juga merek-merek lokal yang dimiliki oleh para pengusaha lokal yang dianggap terkenal untuk kalangan tertentu, atau masyarakat pada umumnya.

Perlindungan Merek terkenal di Indonesia diatur di dalam Pasal 21 ayat (1) huruf b dan c dan Pasal 21 ayat (3) di dalam UU Nomor 20 Tahun 2016. Di dalam Pasal 21 ayat (1) huruf b dijelaskan bahwa Permohonan harus ditolak oleh Direktorat Jenderal Kekayaan Intelektual, apabila Merek tersebut mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan Merek yang sudah terkenal milik pihak lain untuk barang dan/atau sejenisnya. Di dalam pada Pasal 21 (1) huruf c dapat pula diberlakukan terhadap barang dan/atau jasa yang tidak sejenis sepanjang memenuhi persyaratan tertentu yang akan ditetapkan lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah. Pasal 21 ayat (3) menjelaskan bahwa suatu merek tidak dapat didaftar atas dasar Permohonan yang diajukan oleh Pemohon yang beritikad tidak baik.

Indonesia menganut sistem pendaftaran Merek dengan sistem konstitutif. Sistem ini mengharuskan adanya pendaftaran Merek agar suatu Merek bisa mendapatkan perlindungan, sistem ini dikenal juga dengan sistem *first to file*. Sistem ini menegaskan bahwa orang yang pertama kali mendaftarkan Merek, maka dialah yang berhak atas hak Merek tersebut. Walaupun Indonesia menganut pendaftaran Merek berdasarkan sistem konstitutif, perlindungan Merek terkenal

yang belum terdaftar di Indonesia tetap akan mendapatkan perlindungan, karena Indonesia sudah meratifikasi Konvensi Paris dan Perjanjian TRIPS (*The World Trade Organization's TRIPS Agreement*).

Berdasarkan Penjelasan Pasal 21 ayat (1) huruf b UU Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis, telah dijelaskan bahwa penentuan keterkenalan suatu Merek, harus dilakukan dengan mempertimbangkan pengetahuan umum masyarakat mengenai merek tersebut dibidang usaha bersangkutan, dan memperhatikan pula reputasinya sebagai Merek terkenal yang diperoleh karena promosi besar-besaran, investasi di beberapa negara di dunia yang dilakukan pemiliknya, dan disertai bukti pendaftaran Merek tersebut di beberapa negara di dunia. Apabila hal-hal diatas belum dianggap cukup, Pengadilan Niaga dapat memerintahkan lembaga yang bersifat mandiri untuk melakukan survei guna memperoleh kesimpulan mengenai terkenal atau tidaknya Merek yang menjadi dasar penolakan.

Pengertian Merek Terkenal kita dapatkan juga dari Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia (Permen) Nomor 67 Tahun 2017 tentang Pendaftaran Merek pada Pasal 18 ayat (3). Kriteria Merek terkenal lainnya adalah mengacu pada Yurisprudensi Mahkamah Agung RI Nomor 1486 K/pdt/1991 yang menyatakan bahwa : “Pengertian Merek terkenal yaitu, apabila suatu Merek telah beredar keluar dari batas-batas regional sampai batas-batas internasional, dimana

telah beredar keluar negeri asalnya dan dibuktikan dengan adanya pendaftaran Merek yang bersangkutan di berbagai negara”.

Jika ada merek-merek terdaftar atau yang telah mendaftar tapi belum diberikan haknya yang melanggar larangan-larangan yang ada pada Pasal 20 dan Pasal 21 maka merek terdaftar dapat dibatalkan dan merek yang sedang dalam tahap pendaftaran akan ditolak oleh kantor Merek. Perlindungan merek di Indonesia ada jangka waktunya, yaitu 10 tahun dan sesudahnya dapat diperpanjang terus menerus selama merek tersebut masih dipergunakan dalam perdagangan. Perpanjangan dilakukan 6 bulan sebelum jangka waktu perlindungan berakhir sampai dengan 6 bulan setelah jangka waktu berakhir.

Peraturan yang ada pada Peraturan Menteri Hukum dan HAM No. 67 Tahun 2017 pun dirasa masih kurang jelas mendefinisikan merek terkenal. Aturan sudah ada tetapi pelaksanaannya yang belum maksimal mengatur mengenai merek terkenal mengakibatkan kebingungan bagi para penegak hukum, konsultan khususnya konsultan Kekayaan Intelektual dan juga masyarakat pada umumnya. Untuk mengetahui sebuah merek terkenal atau tidak sesungguhnya kita dapat melakukan tes pasar, apakah masyarakat kenal atau tidak dengan merek yang dimaksud.

#### **D. *E-Commerce***

*E-commerce* merupakan suatu sistem atau paradigma baru dalam dunia bisnis, yang menggeser paradigma perdagangan tradisional menjadi *electronic commerce*

yaitu dengan memanfaatkan teknologi ICT (*Information and Communication Technology*), atau dengan kata lain teknologi internet. Definisi *E-commerce* secara umum ialah proses membeli, menjual, baik dalam bentuk barang, jasa ataupun informasi, yang dilakukan melalui media internet (Haryanti and Irianto, 2011). *Electronic Commerce (E-commerce)* adalah proses pembelian, penjualan atau pertukaran produk, jasa dan informasi melalui jaringan komputer. *E-commerce* merupakan bagian dari e-business, di mana cakupan e-business lebih luas, tidak hanya sekedar perniagaan tetapi mencakup juga pengkolaborasi mitra bisnis, pelayanan nasabah, lowongan pekerjaan dll. Selain teknologi jaringan www, *E-commerce* juga memerlukan teknologi basis data atau pangkalan data (database), e-surat atau surat elektronik (e-mail), dan bentuk teknologi non komputer yang lain seperti halnya sistem pengiriman barang, dan alat pembayaran untuk *E-commerce* (Irmawati, 2011).

Menurut Stefan Probst (Opticom), definisi *E-commerce* adalah bisnis yang dilakukan secara *electronic* yang melibatkan aktivitas-aktivitas bisnis berupa *business to business* ataupun *business to konsumen* melalui teknologi internet. *E-business* adalah transaksi yang menggunakan media elektronik yang dipergunakan untuk berjualan atau proses pembelian atau proses pembelian suatu atau beberapa produk menggunakan teknologi ICT (Haryanti and Irianto, 2011). Menurut Laudon (1998) *E-commerce* adalah suatu proses membeli dan menjual produk-produk secara elektronik oleh konsumen dan dari perusahaan ke perusahaan dengan komputer sebagai perantara transaksi bisnis. Media yang dapat digunakan

dalam aktivitas *E-commerce* adalah *world wide web internet* (Maulana, Susilo and Riyadi, 2015). Menurut Rahmati (2009) *E-commerce* singkatan dari *Electronic Commerce* yang artinya sistem pemasaran secara atau dengan media elektronik. *E-commerce* ini mencakup distribusi, penjualan, pembelian, marketing dan service dari sebuah produk yang dilakukan dalam sebuah system elektronika seperti Internet atau bentuk jaringan komputer yang lain (Romindo, 2019).

*E-commerce* bukan sebuah jasa atau sebuah barang, tetapi merupakan perpaduan antara jasa dan barang. *E-commerce* dan kegiatan yang terkait melalui internet dapat menjadi penggerak untuk memperbaiki ekonomi domestik melalui liberalisasi jasa domestik dan mempercepat integrasi dengan kegiatan produksi global. Karena *E-commerce* akan mengintegrasikan perdagangan domestik dengan perdagangan dunia, berbagai bentuk pembicaraan atau negosiasi tidak hanya akan terbatas dalam aspek perdagangan dunia, tetapi bagaimana kebijakan domestik tentang pengawasan di sebuah negara, khususnya dalam bidang telekomunikasi, jasa keuangan, dan pengiriman serta distribusi. Dalam mengimplementasikan *E-commerce* tersedia suatu integrasi rantai nilai dari infrastrukturnya, yang terdiri dari tiga lapis. Pertama, insfrastruktur sistem distribusi (*flow of good*); kedua, insfrastruktur pembayaran (*flow of money*); dan ketiga, infrastruktur sistem informasi (*flow of information*). Agar dapat terintegrasinya sistem rantai suplai dari supplier, ke pabrik, ke gudang, distribusi, jasa transportasi, hingga ke pelanggan maka diperlukan integrasi enterprise system untuk menciptakan supply chain visibility (Alwendi, 2020).

Menurut Hidayat (2008) ada beberapa kelebihan yang dimiliki *E-commerce* dan tidak dimiliki oleh transaksi bisnis yang dilakukan secara *offline*, beberapa hal tersebut adalah sebagai berikut ini (Maulana, Susilo and Riyadi, 2015):

1. Produk: Banyak jenis produk yang bisa dipasarkan dan dijual melalui internet seperti pakaian, mobil, sepeda dll.
2. Tempat menjual produk: tempat menjual adalah internet yang berarti harus memiliki domain dan hosting.
3. Cara menerima pesanan: Email, telpon, sms dan lain-lain.
4. Cara pembayaran: Credit card, Paypal, Tunai.
5. Metode pengiriman: Menggunakan Pos Indonesia, EMS, atau JNE.
6. Customer service: email, Contact us, Telepon, Chat jika tersedia dalam software

Menurut Meier dan Stormer (2009), mekanisme perdagangan di sistem *E-commerce* dijelaskan melalui rantai nilai dalam *E-commerce* sebagai berikut (Maulana, Susilo and Riyadi, 2015):

1. *E-Products* dan *E-Services*
2. *E-Procurement*
3. *E-Marketing*
4. *E-Contracting*
5. *E-Distribution*
6. *E-Payment*
7. *E-Customer Relationship Management*.



Metode Pembayaran *E-commerce* Menurut Prihatna (2005) dalam transaksi yang menggunakan *E-commerce* terdapat 3 metode pembayaran yang dapat digunakan (Maulana, Susilo and Riyadi, 2015):

1. *Online Procesing Credit Cart*

Metode ini digunakan untuk produk yang bersifat retail dimana mencakup pasar yang sangat luas yaitu seluruh dunia. Pembayaran dilakukan secara langsung atau saat itu juga.

2. *Money Transfer*

Metode ini lebih aman namun membutuhkan biaya fee bagi pihak penyedia jasa money transfer untuk mengirim sejumlah uang ke Negara lain.

3. *Cash on Delivery*

Pembayaran dengan bayar di tempat ini hanya bisa dilakukan jika konsumen langsung data ke toko tempat produsen menjual produknya atau berada dalam satu wilayah yang sama dengan penyedia jasa.

Definisi *E-commerce* berdasarkan beberapa prespektif yang telah disebutkan yaitu (Alwendi, 2020):

1. Perspektif Komunikasi (*Communications*), Menurut perspektif ini, *E-commerce* merupakan pengiriman informasi, produk/jasa, dan pembayaran melalui lini telepon, jaringan komputer atau sarana elektronik lainnya.

2. Perspektif Proses bisnis (*Business*), Menurut perspektif ini, *E-commerce* merupakan aplikasi teknologi menuju otomatisasi transaksi dan aliran kerja perusahaan (*work flow*).
3. Perspektif layanan (*Service*), Menurut perspektif ini *E-commerce* merupakan satu alat yang memenuhi keinginan perusahaan, konsumen, dan manajemen dalam memangkas *service cost* ketika meningkatkan mutu barang dan ketepatan pelayanan.
4. Perspektif Online (*Online*), Menurut perspektif ini *E-commerce* berkaitan dengan kapasitas jual beli produk dan informasi di internet dan jasa online lainnya.

Secara umum, interaksi dan transaksi antara pelaku bisnis yang akan menggunakan teknologi *E-commerce* dapat dikategorikan dalam jenis B2B (*business to business*), B2C (*business to konsumen*), C2C (*konsumen to konsumen*) dan C2B (*konsumen to business*) (Romindo, 2019).

1. *Business to Business* (B2B)

*Business to Business E-commerce* memiliki karakteristik:

- a. *Trading partners* yang sudah diketahui dan umumnya memiliki hubungan (*relationship*) yang cukup lama. Informasi hanya dipertukarkan dengan partner tersebut. Dikarenakan sudah mengenal lawan komunikasi, maka jenis informasi yang dikirimkan dapat disusun sesuai dengan kebutuhan dan kepercayaan (*trust*).

- b. Pertukaran data (*data exchange*) berlangsung berulang-ulang dan secara berkala, misalnya setiap hari, dengan format data yang sudah disepakati bersama. Dengan kata lain, layanan yang digunakan sudah tertentu. Hal ini memudahkan pertukaran data untuk dua entiti yang menggunakan standar yang sama.
- c. Salah satu pelaku dapat melakukan inisiatif untuk mengirimkan data, tidak harus menunggu partnernya.
- d. Model yang umum digunakan adalah *peer-to-peer*, dimana *processing intelligence* dapat didistribusikan di kedua pelaku bisnis.

Pada *Business to Business E-commerce* umumnya menggunakan mekanisme *Electronic Data Interchange* (EDI). Sayangnya banyak standar EDI yang digunakan sehingga menyulitkan interkomunikasi antar pelaku bisnis. Standar yang ada saat ini antara lain: EDIFACT, ANSI X.12, SPEC 2000, CARGO-IMP, TRADACOMS, IEF, GENCOD, EANCOM, ODETTE, CII. Selain standar yang disebutkan di atas, masih ada format-format lain yang sifatnya *proprietary*.

## 2. *Business to Consumer* (B2C)

*Business to Consumer E-commerce* memiliki karakteristik sebagai berikut:

- a. Terbuka untuk umum, dimana informasi disebarkan ke umum.
- b. Pelayanan (*service*) yang diberikan bersifat umum (*generic*) dengan mekanisme yang dapat digunakan oleh khalayak ramai. Sebagai

contoh, karena sistem Web sudah umum digunakan maka layanan diberikan dengan menggunakan basis Web.

- c. Layanan diberikan berdasarkan permohonan (*on demand*). Konsumer melakukan inisiatif dan produser harus siap memberikan respon sesuai dengan permohonan.
- d. Pendekatan *client/server* sering digunakan dimana diambil asumsi client (consumer) menggunakan sistem yang minimal (berbasis Web) dan *processing (business procedure)* diletakkan di sisi server.

*Business to Consumer E-commerce* memiliki permasalahan yang berbeda. Mekanisme untuk mendekati konsumen pada saat ini menggunakan bermacam-macam pendekatan misalnya dengan menggunakan “*electronic shopping mall*” atau menggunakan konsep “portal”. *Electronic shopping mall* menggunakan websites untuk menjajakan produk dan layanan. Para penjual produk dan layanan membuat sebuah storefront yang menyediakan katalog produk dan layanan (*service*) yang diberikannya. Calon pembeli dapat melihat-lihat produk dan layanan yang tersedia seperti halnya dalam kehidupan sehari-hari dengan melakukan *window shopping*. Bedanya, calon pembeli dapat melakukan belanja ini kapan saja dan darimana saja dia berada tanpa dibatasi oleh jam buka toko.

### 3. *Consumen to konsumen (C2C)*

Dalam C2C seseorang menjual produk atau jasa ke orang lain. Dapat juga disebut sebagai pelanggan ke pelanggan yaitu orang yang menjual produk dan jasa ke satu sama lain.

- a. Lelang C2C, Dalam lusinan negara, penjualan dan pembelian C2C dalam situs lelang sangat banyak. Kebanyakan lelang dilakukan oleh perantara, seperti eBay.com, auctionanything.com; para pelanggan juga dapat menggunakan situs khusus seperti buyit.com atau bid2bid.com. Selain itu banyak pelanggan yang melakukan lelangnya sendiri seperti greatshop.com menyediakan piranti lunak untuk menciptakan komunitas lelang terbalik C2C online.
- b. Iklan Kecil, Orang menjual ke orang lainnya setiap hari melalui iklan kecil (classified ad) di koran dan majalah. Iklan kecil berbasis internet memiliki satu keunggulan besar daripada berbagai jenis iklan kecil yang lebih tradisional: iklan ini menawarkan pembaca nasional bukan hanya local. Iklan kecil tersedia melalui penyedia layanan internet seperti AOL, MSN, dll.
- c. Layanan Personal, banyak layanan personal (pengacara, tukang, pembuat laporan pajak, penasehat investasi, layanan kencan) tersedia di internet. Beberapa diantaranya tersedia dalam iklan kecil, tetapi lainnya dicantumkan dalam situs web serta direktori khusus. Beberapa gratis dan ada juga yang berbayar.

#### 4. *Consumer to Business (C2B)*

Dalam C2B konsumen memeritahukan kebutuhan atas suatu produk atau jasa tertentu, dan para pemasok bersaing untuk menyediakan produk atau jasa tersebut ke konsumen. Contohnya di priceline.com, dimana pelanggan menyebutkan produk dan harga yang diinginkan, dan priceline mencoba menemukan pemasok yang memenuhi kebutuhan tersebut. Perdagangan Intrabisnis (Intraorganisasional) dalam situasi ini perusahaan menggunakan *E-commerce* secara internal untuk memperbaiki operasinya. Kondisi khusus dalam hal ini disebut sebagai *E-commerce* B2E (*business to its employees*) yang digambarkan dalam studi kasus terbuka. Pemerintah ke Warga (*Government to Citizen—G2C*) Dalam kondisi ini sebuah unit atau lembaga pemerintah menyediakan layanan ke para masyarakat melalui teknologi *E-commerce*. Unit-unit pemerintah dapat melakukan bisnis dengan berbagai unit pemerintah lainnya serta dengan berbagai perusahaan (G2B). *E-government* yaitu penggunaan teknologi internet secara umum dan *E-commerce* secara khusus untuk mengirimkan informasi dan layanan publik ke warga, mitra bisnis, dan pemasok entitas pemerintah, serta mereka yang bekerja di sektor publik. *E-government* menawarkan sejumlah manfaat potensial: *E-government* meningkatkan efisiensi dan efektivitas fungsi pemerintah, termasuk pemberian layanan publik. Egovernment memungkinkan pemerintah menjadi lebih transparan pada masyarakat dan perusahaan dengan memberikan lebih banyak akses informasi pemerintah. *E-government* juga memberikan peluang bagi

masyarakat untuk memberikan umpan balik ke berbagai lembaga pemerintah serta berpartisipasi dalam berbagai lembaga dan proses demokrasi. *E-government* dapat dibagi menjadi tiga kategori:

- a. Pemerintah ke Warga (*Government to Citizen*), Lembaga pemerintah makin banyak yang menggunakan internet untuk menyediakan layanan pada warga.
- b. Pemerintah ke Perusahaan (*Government to Business*), Pemerintah menggunakan internet untuk menjual dan membeli dari perusahaan.
- c. Pemerintah ke Pemerintah (*Government to Government*), meliputi *E-commerce* intrapemerintah (transaksi antar pemerintah yang berbeda) serta berbagai layanan antar lembaga pemerintah yang berbeda.

Era globalisasi telah memudahkan kegiatan bisnis melalui perkembangan teknologi dan komunikasi. Salah satu perkembangan yang signifikan sekarang adalah transaksi jual beli secara online atau *E-commerce*. Orang semakin mudah berhubungan dengan orang lain. Penjual dan pembeli tidak perlu bertatap muka (*face to face*) untuk melakukan transaksi jual beli, melainkan hanya perlu memiliki koneksi internet yang akan mempertemukan mereka di dunia virtual. Hukum merupakan suatu alat untuk memelihara ketertiban dalam masyarakat. Mengingat fungsinya sifat hukum, pada dasarnya adalah konservatif artinya, hukum bersifat memelihara dan mempertahankan yang telah tercapai. Fungsi demikian diperlukan dalam setiap masyarakat, termasuk masyarakat yang sedang membangun, karena di sini pun ada hasil-hasil yang harus dipelihara, dilindungi dan diamankan. Akan

tetapi, masyarakat yang sedang membangun, yang dalam definisi kita berarti masyarakat yang sedang berubah cepat, hukum tidak cukup memiliki fungsi demikian saja. Ia juga harus dapat membantu proses perubahan masyarakat itu. Pandangan tentang hukum yang menitikberatkan fungsi pemeliharaan ketertiban dalam arti statis, dan menekankan sifat konservatif dari hukum, menganggap bahwa hukum tidak dapat memainkan suatu peranan yang berarti dalam proses pembaharuan (Natalia, 2019).

Peraturan perUndang-Undangan berkaitan dengan perdagangan melalui sarana elektronik saat ini diatur dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 yang telah diubah menjadi Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan serta Peraturan Pemerintah Nomor 82 Tahun 2012 Tentang Penyelenggaraan Sistem Dan Transaksi Elektronik. Aturan tersebut sifatnya masih parsial karena belum menjangkau permasalahan utama dalam penggunaan *E-commerce*, yaitu kontrak elektronik, pembayaran elektronik dan jaminan keamanan, penyelesaian sengketa, batas negara dan hukum yang digunakan, perlindungan konsumen, pajak dan yang terutama adalah harmonisasi sistem hukum. Pengaturan dalam transaksi *E-commerce* dalam dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 sebagai harmonisasi hukum konvensional dan hukum pada era digital, dengan diakuinya e-document sekaligus sebagai perluasan hukum acara yang berlaku di Indonesia (Hidayah, 2019).



*E-commerce* pada prakteknya adalah merupakan bentuk transaksi yang dilakukan secara elektronik. UU No. 19 Tahun 2016 tentang informasi dan transaksi elektronik Pasal 1 ayat 2 menyebutkan bahwa transaksi elektronik adalah perbuatan hukum yang dilakukan dengan menggunakan Komputer, jaringan Komputer, dan/atau media elektronik lainnya. Meskipun demikian, proses transaksi dagang secara elektronik (*E-commerce*) dan transaksi dagang secara konvensional memiliki kesamaan. Dari keduanya baik dalam transaksi dagang secara elektronik (*E-commerce*) maupun dalam transaksi dagang secara konvensional terdapat proses yang sama, yaitu, (1) penawaran, (2) penerimaan penawaran (pembelian), (3) pembayaran, dan (4) penyerahan barang. Yang membedakan hanyalah bahwa transaksi dagang secara elektronik (*ecommerce*) dilakukan tanpa tatap muka (bertemunya pedagang dan pembeli) dan prosesnya terjadi lebih cepat serta lebih mudah (Rahmatullah, 2017).

Pengaturan transaksi *E-commerce* dalam UU ITE dapat dijabarkan sebagai berikut (Hariyanto, 2009):

1. Diperlukannya keberadaan suatu Lembaga Sertifikasi Keandalan untuk melakukan sertifikasi terhadap pihak yang akan melakukan transaksi elektronik (Pasal 10);
2. Pengaturan pelaksanaan Transaksi Elektronik (Pasal 17 Ayat (3));
3. Pengaturan mengenai Kontrak Elektronik terhadap Transaksi Elektronik (Pasal 18 Ayat (1));
4. Penyelesaian Sengketa atas Transaksi Elektronik (Pasal 18 Ayat (3));

5. Sistem Elektronik sebagai sistem pelaksanaan Transaksi Elektronik (Pasal 19);
6. Pengaturan mengenai Agen Elektronik sebagai perantara dalam melakukan Transaksi Elektronik (Pasal 21 dan 22);
7. Keabsahan hubungan kontraktual dalam kegiatan *E-commerce* tetap mengacu pada persyaratan material untuk tidak memuat klausul yang menyebabkan kerugian bagi para pihak.

Meskipun secara teknis transaksi dilakukan melalui jaringan internet dimana kontrak terjadi akibat bertemunya syarat dan kondisi dalam suatu penawaran secara elektronik dengan kondisi/persetujuan secara elektronik. Berdasarkan ketentuan Pasal 65 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan diatur bahwa setiap pelaku usaha yang memperdagangkan Barang dan atau Jasa dengan menggunakan sistem elektronik wajib menyediakan data dan atau informasi secara lengkap dan benar. Disisi lain, keberadaan Obyek dalam transaksi elektronik tidak mungkin dapat dipersepsi secara sempurna secara elektronik, sehingga konsumen harus diberikan kesempatan untuk dapat membatalkan perjanjian jika obyek tidak sesuai yang diharapkan dan/atau diperjanjikan.

Calon pembeli/pengguna harus diberikan kesempatan untuk melakukan pembatalan tersebut dengan konsekuensi pengembalian biaya administratif. Berkaitan dengan akuntabilitas dan tingkat keterpercayaan dalam menentukan bobot pembuktian atas suatu kontrak elektronik, maka diperlukan perhatian terhadap reliabilitas keamanan sistem elektronik tersebut, baik dalam konteks

sistem informasi maupun sistem komunikasi yang digunakan. Ketentuan Pasal 5 UU ITE menyatakan bahwa Informasi Elektronik dapat menjadi suatu alat bukti yang sah, namun sejauh mana informasi tersebut memiliki sifat kekuatan yang mengikat dalam pembuktian ditentukan oleh aspek reliabilitasnya.

Konsekuensinya adalah kehadiran suatu informasi elektronik sebagai alat bukti tidak dapat dikarenakan berwujud dalam sistem elektronik, namun hal yang harus diperhatikan ialah kesetaraan fungsionalnya (*functional equivalent approach*) seperti kelayakan bukti tulisan di atas kertas. Hal itu dapat melihat kepada sistem keamanan atau keautentikannya (*e-authentication*) yang salah satunya adalah penggunaan teknologi Tanda Tangan Elektronik sehingga dapat dinyatakan bahwa, sistem keautentikan secara elektronik adalah ekuivalen dengan penggunaan tanda tangan elektronik (Hanim, 2014).

Dalam kegiatan *E-commerce* seringkali dijumpai adanya kontrak/perjanjian untuk melakukan transaksi jual beli produk yang ditawarkan melalui website atau situs internet. Kontrak tersebut pada umumnya berbentuk kontrak elektronik (econtract) yaitu kontrak/ perjanjian para pihak yang dibuat melalui Sistem Elektronik, dimana para pihak tidak saling bertemu langsung. Hal ini berbeda dengan kontrak biasa/konvensional yang dilakukan di dunia nyata (offline) yang umumnya dibuat di atas kertas dan disepakati para pihak secara langsung melalui tatap muka. Dengan karakteristiknya yang unik dimana transaksi bisa dilakukan dimana saja, kapan saja, dengan cara yang fleksibel dan dilakukan secara online, bisa menimbulkan masalah kepastian hukum yaitu apakah transaksi dagang

tersebut sah menurut hukum perdata Indonesia. Permasalahan yang lebih luas terjadi pada bidang keperdataan karena transaksi elektronik untuk kegiatan transaksi jual-beli berbasis *E-commerce* telah menjadi bagian dari perniagaan nasional dan internasional sebagaimana diatur dalam UU No. 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan (Rahmatullah, 2017).

Upaya hukum juga dapat dilakukan dalam transaksi *E-commerce* untuk dapat memberi perlindungan bagi pembeli atau konsumen. Apabila suatu ketika terjadi sengketa antara penjual dan konsumen maka para pihak dapat menggunakan upaya hukum. Dalam UUPK Pasal 45 ayat (2) menyatakan “bahwa penyelesaian sengketa konsumen dapat ditempuh melalui pengadilan atau di luar pengadilan berdasarkan pilihan sukarela para pihak yang bersengketa”. Dalam UUPK Pasal 4 salah satu hak dari konsumen ialah “mendapatkan advokasi, perlindungan dan upaya penyelesaian sengketa secara patut. Selain itu, salah satu kewajiban pelaku usaha adalah memberikan kompensasi, ganti rugi dan/atau penggantian atas kerugian akibat penggunaan, pemakaian, dan pemanfaatan barang dan/atau jasa yang diperdagangkan”. UUPK menyebutkan dalam Pasal 23 “bahwa apabila pelaku usaha pabrikan dan/atau pelaku usaha distributor menolak dan/atau tidak memberi tanggapan dan/atau tidak memenuhi ganti rugi atas tuntutan konsumen, maka konsumen diberikan hak untuk menggugat pelaku usaha dan menyelesaikan perselisihan yang timbul melalui Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) atau dengancara mengajukan gugatan kepada peradilan di tempat kedudukan konsumen tersebut” (Pradnyaswari, Ida Ayu, Westra, 2020).

Para pihak dalam menyelesaikan sengketa gugatan perdata dalam transaksi elektronik bisa menggunakan jalur arbitrase, atau lembaga lainnya seperti mediasi, konsiliasi, dan negosiasi. Keamanan merupakan sebuah kepentingan didalam melaksanakan transaksi berbasis elektronik. Ada 3 pendekatan dalam menjaga keamanan *cyberspace*, yang pertama yaitu pendekatan teknologi, pendekatan sosial budaya-etika, serta yang ketiga pendekatan hukum. Pendekatan teknologi memang mutlak dilakukan untuk mengatasi gangguan keamanan, sebab jaringan akan lebih mudah diakses dengan cara ilegal. Agar pelaku usaha memiliki kesadaran untuk tidak melakukan penipuan terhadap konsumen, maka kepastian hukum memang perlu adanya bagi para konsumen yang akan melakukan transaksi online tersebut. Pendekatan hukum serta sosial budaya-etika menjadi sangat penting sebagai pendekatan selanjutnya, karena hak-hak konsumen yang sangat penting. Jika terjadinya pelanggaran maka pendekatan hukum sebagai bentuk tersedianya hukum positif yang dapat memberikan jaminan serta menjadi landasan dalam penegakan hukum (*law enforcement*). Penyelesaian sengketa ada dua yaitu jalur litigasi (pengadilan) dan jalur nonlitigasi (tidak melalui pengadilan) penyelesaian sengketa melalui non litigasi dapat dilaksanakan dengan cara mediasi, konsolidasi atau arbitrase. Penyelesaian sengketa secara non litigasi yang lebih menguntungkan adalah dengan cara mediasi, dimana mediator membantu para pihak untuk berkompromi untuk mencari jalan keluar dari sengketa sesuai kesepakatan para pihak sehingga para pihak bisa menerima dengan baik. Namun, cara ini memiliki kekurangan yaitu hasil kesepakatan tidak mengikat dan bersifat

final karena hanya berbentuk kesepakatan para pihak, lewat dua jalur tersebut, konsumen dan juga pelaku usaha bisa menyelesaikan sengketanya. Pasal 45 A ayat (1) UU Nomor 19 Tahun 2016 menyebutkan dimana para pelaku bisnis yang melanggar peraturan perundangundangan dalam bisnis *E-commerce* akan dikenakan sanksi pidana, administrasi, dan ganti rugi sehingga diharapkan akan mengurangi dan mencegah kasus penipuan seperti ini terjadi lagi (Pradnyaswari, Ida Ayu, Westra, 2020).

Dalam perjanjian terdapat dokumen elektronik, biasanya dokumen tersebut dibuat oleh pihak merchant yang berisi aturan dan kondisi yang harus dipatuhi oleh customer tetapi isinya tidak memberatkan customer. Aturan dan kondisi tersebut juga dipakai sebagai perlindungan hukum bagi kedua belah pihak. Adapun perlindungan hukum bagi kedua belah pihak adalah (Putra, 2014):

1. Perlindungan hukum untuk merchant terutama ditekankan dalam hal pembayaran, merchant mengharuskan customer untuk melakukan pelunasan pembayaran dan kemudian melakukan konfirmasi pembayaran, baru setelah itu akan dilakukan pengiriman barang yang dipesan.
2. Perlindungan hukum untuk customer terletak pada garansi berupa pengembalian atau penukaran barang jika barang yang diterima tidak sesuai dengan yang dipesan.
3. *Privacy Data* pribadi pengguna media elektronik harus dilindungi secara hukum. Pemberian informasinya harus disertai oleh persetujuan dari pemilik data pribadi. Hal ini merupakan bentuk perlindungan hukum bagi

para pihak yang melakukan transaksi *e-commerce*, yang termuat dalam Pasal 25 UU ITE “Informasi elektronik dan/atau dokumen elektronik yang disusun menjadi karya intelektual, situs internet, dan karya intelektual yang ada di dalamnya dilindungi sebagai hak kekayaan intelektual berdasarkan ketentuan peraturan perUndang-Undangan”.

Perjanjian telah dapat dikatakan sah atau terlahir saat terjadinya kesepakatan atau terjadinya persetujuan antar kedua belah pihak terhadap pokok yang menjadi perjanjian. Dalam transaksi online persetujuan ini terjadi apabila pihak yang satu telah menyetujui pernyataan dari pihak yang lain. Dalam hal ini merujuk pada isi Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata selanjutnya disebut KUHPer. Pasal 1338 KUHPer tentang asas kebebasan berkontrak menjelaskan bahwa semua persetujuan yang dibuat sesuai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya. Persetujuan tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh Undang-Undang, dan persetujuan juga harus dilaksanakan dengan itikad baik.

Jual beli melalui internet *E-commerce* pada dasarnya memiliki kesamaan dengan jual beli pada umumnya. Dengan demikian berlaku ketentuan Pasal 1457 KUHPer, bahwa yang dimaksud jual beli “suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk menyerahkan suatu kebendaan, dan pihak yang lain untuk membayar harga yang telah dijanjikan.” Menurut Pasal 1458 KUHPer yaitu “jual beli itu dianggap telah terjadi antara kedua belah pihak, seketika setelah kedua belah pihak mencapai kesepakatan tentang kebendaan

tersebut dan harganya, meskipun kebendaan itu belum diserahkan, maupun harganya belum dibayar.” Dimana hal ini sesuai dengan asas konsensualisme dalam perjanjian. Pelaku usaha dapat digugat dengan dasar melanggar hak konsumen yang didasari bahwa pelaku usaha telah melakukan wanprestasi dengan dasar hukum Pasal 1243 KUHPer dimana timbul wanprestasi dari persetujuan (agreement) dan dengan diperkuat penjelasan oleh Pasal 1320, 1338, 1457, dan Pasal 1458 KUHPer yang telah dijelaskan diatas.

Gugatan juga dapat disertai dengan dokumen elektronik yang sudah di print out sebagai barang bukti mengingat Pasal 1866 KUHPer yang menentukan bahwa alat pembuktian meliputi bukti tertulis, bukti saksi, persangkaan, pengakuan, dan sumpah. Hukum Perdata Indonesia tidak mengatur tentang ketentuan perjanjian dengan metode transaksi. *E-commerce* secara khusus, sehingga segala ketentuan yang ada masih mengikuti ketentuan yang berlaku secara umum yaitu berasal dari KUHPer (Astuti and Wirasila, 2018).

Perkembangan internet yang semakin maju merupakan salah satu faktor pendorong berkembangnya *E-commerce* di Indonesia. Perkembangan *E-commerce* diatur di dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang disingkat UU ITE (Putra, 2014). Pada tanggal 25 November 2016 telah diundangkan Revisi UU ITE yang baru dengan nomor UU No. 19 Tahun 2016. Sesuai dengan Pasal 87 UU No. 12 Tahun 2011 yang menyatakan bahwa “Peraturan PerUndang-Undangan mulai berlaku dan mempunyai kekuatan mengikat pada tanggal diundangkan, kecuali ditentukan lain



di dalam Peraturan PerUndang-Undangan yang bersangkutan”, maka semenjak tanggal 25 November 2016 itu pula lah UU No. 19 Tahun 2016 ini memiliki kekuatan hukum dan setiap rakyat Indonesia dianggap tahu dan wajib melaksanakannya. UU No. 19 Tahun 2016 yang berasal dari persetujuan bersama dalam rapat paripurna antara DPR dan Pemerintah pada tanggal 27 November 2016 tersebut memiliki amanat penting bagi masyarakat agar agar membangun etika dalam penggunaan media sosial sehingga lebih berhati-hati di ranah media sosial (Rajab *et al.*, 2017).

Bisnis online merupakan fenomena yang menarik di awal 2000-an, di tahun itu bisnis online masih dikenal oleh sedikit masyarakat Indonesia. Bahkan yang mengenalnya hanya orang-orang yang berlatar belakang pendidikan tinggi. Dapat dilihat bahwa jual beli online yang dilakukan melalui media elektronik di kenal di Indonesia jauh sebelum Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang ITE di sahkan dan telah di revisi menjadi UU No. 19 tahun 2016 tentang ITE. Sebelum keluarnya Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang ITE, kegiatan-kegiatan yang berhubungan dengan *E-commerce* diatur dalam berbagai peraturan perundangundangan seperti, Undang-Undang No. 12 tahun 2002 tentan Hak Cipta,

Undang-Undang No. 14 tahun 2001 tentang Paten, Undang - Undang No.15 tahun 2001 tentang Merek, Undang-Undang Telekomunikasi No. 36 tahun 1999, Undang-Undang No. 8 tahun 1999, dan lain-lain. Kekosongan hukum sempat dirasakan dalam pengaturan hukum tentang *E-commerce* menimbulkan masalah-masalah seperti (Siregar, 2016):

1. Otentikasi subjek hukum yang membuat transaksi melalui internet
2. Saat terjadi perjanjian berlaku dan memiliki kekuatan mengikat secara hukum
3. Objek yang diperjualbelikan
4. Mekanisme peralihan hak
5. Hubungan hukum dan pertanggungjawaban para pihak yang terlibat dalam transaksi baik penjual, pembeli, maupun para pendukung seperti perbankan, *internet service provider* (ISP), dan lain-lain
6. Legalitas dokumen catatan elektronik serta tanda tangan digital sebagai alat bukti
7. Mekanisme penyelesaian sengketa
8. Pilihan hukum dan forum peradilan yang berwenang dalam penyelesaian sengketa
9. Masalah perlindungan konsumen, HAKI dan lain-lain.

Walaupun Undang-Undang No.11 tahun 2008 tentang ITE telah direvisi menjadi UU No. 19 tahun 2016 tentang ITE disahkan dan diterapkan, secara umum semua kegiatan yang berkenaan dengan suatu perjanjian terutama perjanjian jual beli menggunakan dasar hukum dari Pasal 1320 KUHPerdara. Begitu juga dengan perbuatan perdagangan atau transaksi jual beli yang dilakukan melalui media elektronik yang berkembang sebelumnya menggunakan aturan hukum yang ada dalam KUHPerdara. Undang-Undang ini merupakan terobosan baru dalam dunia hukum di Indonesia yang mana Undang-Undang ini menjadi

Undang-Undang Cyber Law pertama. Pengaturan yang terdapat dalam Undang-Undang ini cukup luas serta banyak hal yang menjadi sorotan dalam Undang-Undang ini terutama pada tindakan pelaku usaha dalam memanfaatkan teknologi dalam menjalankan usahanya (Siregar, 2016).

Terdapat dua bentuk tindak pidana Informasi dan Transaksi Elektronik dalam Pasal 28, masing-masing dirumuskan dalam ayat (1) dan ayat (2). Tindak pidana Informasi dan Transaksi Elektronik dalam ayat (1) terdiri dari unsur-unsur berikut (Aisyah Siddiq, 2017):

1. Kesalahan: dengan sengaja.
2. Melawan hukum: tanpa hak
3. Perbuatan: menyebarkan
4. Objek: berita bohong dan menyesatkan
5. Akibat konstitutif mengakibatkan kerugian konsumen dalam transaksi elektronik.

Unsur-unsur pidana dalam ayat (2) adalah (Aisyah Siddiq, 2017):

1. Kesalahan: dengan sengaja
2. Melawan hukum: tanpa hak
3. Perbuatan: menyebarkan
4. Objek: informasi
5. Tujuan: untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu

Undang-Undang ini sangat di tunggu bagi para pelaku usaha maupun konsumen, dikarenakan perkembangan teknologi membuat aparat hukum dan peraturan yang sebelumnya tidak dapat memantau dan melindungi subjek hukum dalam kegiatan-kegiatan yang di lakukan melalui dunia maya yang mana pengaruh globalisasi dengan menggunakan sarana teknologi informasi dan komunikasi telah mengubah pola hidup masyarakat, dan berkembang dalam tatanan kehidupan baru dan mendorong terjadinya perubahan sosial, ekonomi, budaya, pertahanan, keamanan, dan penegakan hukum. UU No. 19 tahun 2016 tentang ITE adalah wujud dari tanggung jawab yang harus di emban oleh negara untuk memberikan perlindungan maksimal pada seluruh akitvitas pemanfaatan teknologi informasi dan komunikasi di dalam negeri agar terlindungi dengan baik dari potensi kejahatan dan penyalahgunaan teknologi. Transaksi jual beli yang dilakukan melalui alat elektronik dalam transaksi elektronik, harus memiliki kekuatan hukum yang sama dengan kontrak konvensional. Sebagaimana di tentukan pada Pasal 18 ayat (1) UU ITE yang berbunyi “Transaksi elektronik yang di tuangkan ke dalam Kontrak Elektronik mengikat para pihak”. Para pihak yang saling mengikatkan diri berasal dari kesepakatan yang disetujui oleh masing-masing pihak, seperti yang terdapat dalam Pasal 1320 KUHPerdara mengenai kesepakatan para pihak yang diutamakan untuk melanjutkan setiap perbuatan dalam suatu perjanjian (Siregar, 2016).

Gagasan Undang-Undang No 19 Tahun 2016 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik tentunya menjadi salah satu opsi dalam mewujudkan system hukum

yang tepat dalam prinsip Negara hukum. Hal inilah yang seyogyanya diciptakan dalam prinsip setiap peraturan perUndang-Undangan. Namun yang harus dipedomani jika peraturan perUndang-Undangan sudah sah, maka penolakan masyarakat tentunya tidak perlu ada. Peraturan perUndang-Undangan harus dipatuhi setiap lapisan masyarakat dalam upayanya menjamin kepastian hukum yang berkeadilan. Opsi jika tidak ada kesepakatan adalah melalui jalur konstitusional. Berangkat dari sinilah maka team penelitian perlu membantu pemerintah untuk memberikan pemahaman bagi masyarakat atas.

Adanya pemahaman yang menyeluruh akan menjadikan adanya terima setiap produk peraturan perUndang-Undangan menjadi baik terlepas dari masalah dalam proses penegakan hukum atau *law enforcement*. Masalah penegakan hukum tentunya menjadi masalah yang berbeda dari sisi penerapan hukum yang diterapkan. Kegiatan pengabdian yang dilakukan di institut penegak konstitusi menjadi salah satu upaya dalam memaksimalkan peran penting keterlibatan generasi muda dalam proses pengambilan keputusan-keputusan strategis dalam penerapan hukum yang ada selama ini (Muhammad Junaidi, Kadi Sukarna, 2020).