

# BAB 1

## PENDAHULUAN

### 1.1. Latar Belakang

Dalam sebuah sistem pasar ekonomi, produsen dan konsumen memiliki peran yang sama pentingnya. Produsen memproduksi dan menyediakan barang dan jasa kebutuhan konsumen, sedangkan konsumen mengkonsumsi barang dan jasa tersebut dengan imbalan tertentu. Sistem pasar ekonomi bekerja berdasarkan prinsip *supply and demand*, dimana terdapat persaingan antar produsen yang saling berlomba untuk memenuhi kebutuhan dan keinginan konsumen, sehingga peran konsumen dalam sebuah sistem pasar ekonomi menjadi sangat besar dan signifikan. Konsumen memiliki hak untuk memilih suatu produk, dan memiliki posisi tawar yang kuat sebagai pembeli. Besarnya peran konsumen ini menimbulkan perlunya perlindungan hukum terhadap hak-hak konsumen dalam suatu pasar.

Dalam kaitan penelitian ini dengan hukum perlindungan konsumen, konsumen diartikan sebagai konsumen-akhir, yakni mereka yang memerlukan produk konsumen (barang dan/ atau jasa konsumen) yang aman bagi kesehatan tubuh atau keamanan jiwa, serta pada umumnya untuk kesejahteraan keluarga atau rumah tangganya, sehingga diperlukan kaidah hukum yang menjamin syarat-syarat aman setiap produk konsumen bagi konsumsi manusia, dilengkapi dengan informasi yang benar, jujur dan bertanggung jawab.<sup>1</sup>

Perjanjian antara produsen dengan konsumen berfungsi untuk melindungi hal yang menjadi harapan konsumen dalam suatu transaksi (*consumer transaction*) melalui mekanisme sanksi dan ganti rugi atas tidak terpenuhinya tanggung jawab produsen. Bahkan walaupun tidak terdapat perjanjian dalam sebuah transaksi, adanya sebuah mekanisme ganti rugi membebaskan tanggung jawab pada pihak produsen.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Az. Nasution, *Hukum Perlindungan Konsumen: Suatu Pengantar* (Jakarta: Diadit Media, 2001) hal. 15.

<sup>2</sup> Geraint Howells and Stephen Weatherill, *Consumer Protection Law*, Second Edition (England: Ashgate Publishing Limited, 2005) hal. 8.

Dari perspektif komersial, perjanjian ini bertujuan untuk memfasilitasi transaksi komersial yang terjadi antara produsen dengan konsumen.<sup>3</sup> Berbagai aspek penting dalam suatu transaksi komersial diatur dan dijelaskan dalam perjanjian ini, untuk disepakati oleh para pihak. Kata sepakat dalam sebuah perjanjian seharusnya memenuhi prinsip kebebasan berkontrak sebagaimana tercantum dalam pasal 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata). Prinsip ini memberikan kebebasan kepada setiap orang untuk melakukan perjanjian atau kesepakatan dengan memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian dalam pasal 1320 KUHPerdata, dimana perjanjian tersebut mengikat para pihak yang bersangkutan.<sup>4</sup>

Namun ternyata berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada tahun 1973-1985 terutama terhadap Negara-negara berkembang, terlihat bahwa pihak konsumen pada Negara-negara berkembang tersebut merupakan pihak yang lemah dalam perjanjian, sehingga tidak terdapat kesetaraan dengan pihak produsen/ penjual.<sup>5</sup> Dalam berbagai perjanjian seringkali ditemukan praktek-praktek dimana konsumen berada dalam posisi “*take it or leave it*”, sehingga jika konsumen ingin membeli produk yang diinginkannya itu, harus bersedia menyetujui seluruh klausula yang ditentukan produsen/ penjual. Hal ini terlihat diantaranya dalam perjanjian-perjanjian konsumen bank, lembaga keuangan, lembaga asuransi, lisensi perangkat lunak dan lain-lain. Hal ini dikemukakan oleh Friedrich Kessler, dimana hukum perjanjian melindungi pembagian kekuasaan yang tidak merata dalam masyarakat dengan melakukan pemaksaan kehendak pihak yang kuat untuk memberlakukan feodalisme terhadap pihak yang lemah.<sup>6</sup> Dalam hukum perlindungan konsumen, konsep ini dikenal sebagai klausula baku/ perjanjian baku.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> *Ibid*, hal. 11.

<sup>4</sup> Pasal 1320 KUHPerdata mengatur mengenai 4 syarat sahnya perjanjian, yakni: (a) kesepakatan para pihak; (b) kecakapan untuk membuat perikatan; (c) mengenai hal tertentu; dan (d) adanya causa yang halal.

<sup>5</sup> United Nations, General Assembly Resolution A/Res/39/248 9 April 1985 on Consumer Protection: “Taking into account the interest and needs of consumers in all countries, particularly those in developing countries; recognizing that consumers often face imbalances in economic terms, educational levels, and bargaining power.”

<sup>6</sup> Menurut Kessler: “Contract law protected the unequal distribution of power in society by enabling powerful industrial and commercial overlords to impose feudal order of their own making upon vast host vassals.” Lihat Friedrich Kessler, *Contract of Adhesion-some Thoughts*

Dalam dunia bisnis terdapat beragam jenis perjanjian antara produsen/ penjual dengan konsumennya sebagaimana tersebut di atas, diantaranya yaitu perjanjian lisensi perangkat lunak (*software*). Perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi yang sangat pesat di dunia telah membawa dampak yang positif dalam era peningkatan kinerja dari berbagai kegiatan yang dilakukan di hampir semua sektor, mulai dari transportasi, perdagangan, ekonomi, manufaktur, pemerintahan, pendidikan, kesehatan hingga pertahanan.<sup>8</sup> Pesatnya perkembangan teknologi ini bahkan menjadikan pembuatan dan penggunaan perangkat lunak kini kian mudah untuk diakses dan diaplikasikan oleh berbagai pihak, baik oleh pemerintah maupun pribadi, dan bukan hanya merupakan otoritas beberapa lembaga atau Negara tertentu saja di dunia.

Hal ini tentunya memungkinkan dilakukannya transaksi internasional yang melampaui batas Negara dan waktu untuk pengalihan lisensi perangkat lunak sebagai komoditi dalam sistem elektronik global. Bahkan yang seringkali terjadi yakni pengalihan lisensi ini tidak dilakukan melalui interaksi secara langsung antara produsen/ penjual dengan konsumennya, melainkan melalui mekanisme *global digital transaction* yang dilakukan oleh beberapa pihak dalam beberapa perjanjian lisensi yang saling berkaitan.

Oleh karena adanya berbagai kemudahan dan perluasan dalam penggunaan perangkat lunak ini, adanya perlindungan atas kepemilikan perangkat lunak dirasa semakin penting di era teknologi informasi seperti sekarang ini, dimana hak atas kepemilikan perangkat lunak ini berada di bawah perlindungan rezim hak atas kekayaan intelektual, dan perlindungan terhadap konsumen perangkat lunak berada di bawah rezim hukum perlindungan konsumen.

Hak kepemilikan atas perangkat lunak ini di Indonesia diatur dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta yang telah mengadopsi ketentuan-ketentuan dalam berbagai konvensi internasional seperti *The Trade Related aspects of Intellectual Property rights Agreements (TRIPs Agreements)*,

---

*about Freedom of Contract* dalam Ross Cranston, *Consumers and the Law* (London: Weidenfeld & Nicholson, 1979) hal. 68.

<sup>7</sup> Az. Nasution, *op. cit*, hal. 47.

<sup>8</sup> Muhammad Nuh, *Pendayagunaan Open Source Software*, RISTEK RI BeritaNET.com, <[www.beritanet.com](http://www.beritanet.com)> 12 Agustus, 2008 07:24:00, diakses pada 11 April 2010 08:24:00.

dan *Berne Convention*, dimana dalam Pasal 1 angka 8 Undang-undang ini disebutkan mengenai pengertian perangkat lunak sebagai salah satu ruang lingkup perlindungan Hak Cipta yaitu:

Perangkat lunak adalah sekumpulan instruksi yang diwujudkan dalam bentuk bahasa, kode, skema, ataupun bentuk lain, yang apabila digabungkan dengan media yang dapat dibaca dengan komputer akan mampu membuat komputer bekerja untuk melakukan fungsi-fungsi khusus atau untuk mencapai hasil yang khusus, termasuk persiapan dalam merancang instruksi-instruksi tersebut.

Dalam kaitannya dengan perlindungan hak-hak konsumen, permasalahan terhadap perangkat lunak timbul saat “sekumpulan instruksi” tersebut tidak dapat mengakibatkan komputer bekerja untuk melakukan fungsinya berdasarkan kebutuhan konsumen, atau bahkan mengakibatkan kerugian terhadap konsumen. Hal ini merupakan permasalahan teknis dari sistem perangkat lunak yang perlu diteliti lebih lanjut untuk dapat diketahui mekanisme pertanggungjawabannya terhadap konsumen. Namun demikian, perlu diingat bahwa konsumen memperoleh perlindungan hukum dari hukum perlindungan konsumen yang berlaku terhadap transaksi yang dilakukannya itu diantaranya untuk:<sup>9</sup>

- Menghindari iklan/ promosi yang menyesatkan (*misleading advertising*);
- Mengontrol transaksi yang dapat menimbulkan resiko tertentu terhadap konsumen; dan
- Secara umum memberikan kontrol terhadap keadaan yang tidak seimbang (*unfair*) dan “tidak sadar” (*unconsciousness*) dalam perjanjian *business-to-consumer (B to C)*.

Permasalahan yang kini muncul adalah dalam hal terjadinya kontradiksi antara prinsip-prinsip perlindungan konsumen dengan lisensi perangkat lunak yang disediakan oleh pengembang atau pemrakarsa perangkat lunak, dimana biasanya perjanjian yang terjadi dibuat dalam bentuk klausula baku. Hal yang terjadi dalam bisnis lisensi perangkat lunak dewasa ini diantaranya yaitu:<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Chris Reed, *Internet Law Text and Materials*, Second Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2004) hal. 296.

<sup>10</sup> *Ibid*, hal. 297, dari *Unfair Terms Directive, art 3(3)*. Dalam hal ini UK Department of Trade and Industry dalam *Implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer*

- Tidak memuat atau setidaknya tidaknya membatasi hak-hak hukum konsumen dalam hal terjadinya wanprestasi baik sebagian maupun seluruhnya;
- Memiliki klausula yang mengikat konsumen sebelum ia berkesempatan untuk mempelajari keseluruhan perjanjian; dan
- Menghalangi hak-hak konsumen untuk mengajukan upaya hukum sehubungan dengan terjadinya sengketa terhadap perjanjian.

Adanya kontradiksi ini kemudian menyebabkan permasalahan, diantaranya pada pertanggungjawaban dalam hal terjadinya *error* (kesalahan) pada program yang telah diunduh konsumen, dimana persyaratan (*terms and conditions*) penggunaan perangkat lunak tersebut telah disetujui konsumen melalui perjanjian lisensi dengan memilih pilihan "I Agree" ketika mengunduh program. Selain itu, adanya bentuk *free/ open source software* juga menjadi masalah dalam kaitannya dengan ruang lingkup pertanggungjawaban produsen terhadap konsumen.<sup>11</sup> Hal yang jamak terjadi adalah bahwa pihak produsen biasanya tidak bersedia bertanggung jawab terhadap segala kesalahan instruksi perangkat lunak pada konsumen, sehingga mekanisme pertanggungjawaban hukum produsen, baik pengembang maupun pemrakarsa program yang merupakan pemegang hak cipta atas perangkat lunak harus dapat ditentukan dalam upaya penyelesaian sengketa yang timbul akibat perjanjian lisensi tersebut.

Terkait dengan mekanisme pertanggungjawaban hukum ini, dalam disertasi Edmon Makarim diungkapkan bahwa prinsip *strict product liability* dapat digunakan terhadap tanggung jawab produk perangkat keras (*hardware*), karena dalam hal ini *hardware* dilihat sebagai "produk", dan bukan sebagai "jasa". Sedangkan terhadap tanggung jawab produk perangkat lunak (*software*),

---

*Contracts* (October 1993) mengartikannya sebagai "mungkin" terdapat ketidakadilan (*unfair*), walaupun belum tentu demikian.

<sup>11</sup> Sistem perangkat lunak kini diklasifikasikan berdasarkan aksesnya terhadap kode sumber perangkat lunak menjadi perangkat lunak sistem tertutup (*proprietary software*) dan perangkat lunak sistem terbuka (*open source software*). Menurut David Wheeler, secara umum program yang dinamakan perangkat lunak bebas (*free software*) atau perangkat lunak sistem terbuka (*open source software*) adalah program yang lisensinya memberi kebebasan kepada pengguna menjalankan program untuk apa saja, mempelajari dan memodifikasi program, dan mendistribusikan penggandaan program asli atau yang sudah dimodifikasi tanpa harus membayar royalti kepada pengembang sebelumnya. Lihat artikel David A. Wheeler, *Open Source Software (OSS) in U.S. Government Acquisitions*, <<http://www.dwheeler.com/essays/oss-government-acquisitions.html>>, March 2008 (Revised Dec. 16, 2008), diakses pada 09 April 2010, 17:15.

saat ini masih sulit untuk diterapkan prinsip *strict liability* dan masih lebih banyak menggunakan prinsip kesalahan (*negligence*), karena *software* masih dilihat sebagai "jasa".<sup>12</sup>

Selain itu, oleh karena perangkat lunak dialihkan melalui lisensi hak cipta, tidak terjadi *transfer of title* dari pihak produsen kepada konsumen, dimana pihak produsen masih menjadi pemilik dari perangkat lunak tersebut. Sebagaimana diketahui, berdasarkan pasal 1367 KUPerdata, seseorang bertanggungjawab atas barang miliknya atau yang berada dalam pengawasannya dan segala akibat yang ditimbulkan oleh barang miliknya itu. Hal ini menimbulkan permasalahan dalam sistem pertanggungjawaban hukum terhadap produk perangkat lunak, dimana terjadi kontradiksi antara ketentuan dalam hukum perdata, properti dan perlindungan konsumen dengan praktek. Sebagai contoh, dalam lisensi perangkat lunak Microsoft Office 2010 (terlampir) terdapat beberapa klausula yang tidak sesuai dengan kaidah hukum yang berlaku. Selain itu, ketidakjelasan peraturan perundangan mengenai hal ini di Indonesia menimbulkan berbagai penafsiran yang dilakukan dalam rangka menjalankan perjanjian. Beragam penafsiran ini menimbulkan ketidakpastian hukum dalam pertanggungjawaban produk perangkat lunak, dimana perangkat lunak dapat dilihat sebagai "produk" ataupun sebagai "jasa" yang dikonsumsi oleh konsumen.

Berdasarkan uraian di atas, dapat dikatakan bahwa terdapat permasalahan dalam pertanggungjawaban hukum produk perangkat lunak yang diperjualbelikan melalui lisensi perangkat lunak dari pengembang/ produsen ke konsumen. Hal ini menyebabkan pentingnya untuk dilakukan analisa secara komprehensif mengenai pertanggungjawaban hukum terhadap konsumen perangkat lunak di Indonesia.

## 1.2. Pokok Permasalahan

Pokok permasalahan yang dibahas dalam tulisan ini meliputi analisa yuridis tanggung jawab hukum pelaku usaha perangkat lunak kepada konsumen yang terdiri dari:

---

<sup>12</sup> Edmon Makarim, *Tanggung Jawab Penyelenggara Terhadap Tata Kelola yang Baik Dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik (Good Electronic Governance)* (Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Juli 2009), hal. 213.

- a) Bagaimana ketentuan hukum mengenai pertanggungjawaban pelaku usaha (produsen dan perantaranya) dalam perspektif perlindungan konsumen?
- b) Bagaimana perbandingan tanggung jawab hukum pelaku usaha perangkat lunak terhadap konsumennya dalam mekanisme lisensi *Standard Software*, *Bespoke Software* dan *Customized Software*?

### 1.3. Tujuan Penelitian

Tujuan yang hendak dicapai penulis dalam penelitian ini yaitu untuk mengetahui tanggung jawab hukum pelaku usaha perangkat lunak kepada konsumen yang terdiri dari:

- a. Mengetahui ketentuan hukum mengenai pertanggungjawaban pelaku usaha (produsen dan perantaranya) dalam perspektif perlindungan konsumen.
- b. Mengetahui bagaimana perbandingan tanggung jawab hukum pelaku usaha perangkat lunak terhadap konsumennya dalam mekanisme lisensi *Standard Software*, *Bespoke Software* dan *Customized Software*.

### 1.4. Kegunaan Penelitian

Secara teoritis, tulisan ini diharapkan dapat menjadi sistem referensi yang cukup dalam hal perlindungan konsumen terhadap lisensi perangkat lunak di Indonesia, mengingat aplikasi perangkat lunak ini yang masih tergolong baru di Indonesia. Dari bahan hukum yang dikumpulkan dan dianalisa dalam penelitian ini, diharapkan dapat tercapai manfaat praktis tulisan ini yaitu sebagai bahan perbandingan dan pemahaman bagi studi hukum yang lebih mendalam di bidang hukum perlindungan konsumen, sehingga dapat memberikan kontribusi positif dalam perkembangan ilmu hukum, khususnya di bidang hukum perlindungan konsumen yang terkait dengan hukum telematika dan hak atas kekayaan intelektual.

## 1.5. Kerangka Teori

Kerangka teori yang digunakan dalam penelitian ini adalah teori pertanggungjawaban hukum (*legal liability*) dan perlindungan konsumen (*Consumer Protection*) yang harus dipenuhi dalam setiap transaksi antara produsen dengan konsumennya sebagai bentuk pelaksanaan teori *interactive justice* sebagai teori hukum utama. *Interactive justice* merupakan teori yang berbicara tentang kebebasan negatif seseorang kepada orang lain dalam hubungan interaksinya satu sama lain.<sup>13</sup> Menurut Wright, esensi dari *interactive justice* adalah adanya kompensasi sebagai perangkat yang melindungi setiap orang dari interaksi yang merugikan (*harmful interaction*), yang umum diterapkan dalam Perbuatan Melawan Hukum (*tort law*), Hukum Kontrak dan Hukum Pidana.<sup>14</sup>

Penelitian ini berusaha untuk mengetahui pengaruh dilaksanakannya teori *interactive justice* ini terhadap sistem pertanggungjawaban hukum produsen perangkat lunak terhadap konsumennya berdasarkan prinsip perlindungan konsumen. Menurut Wright, limitasi pertanggungjawaban hukum perdata ditentukan dari ada atau tidaknya suatu standar objektif tertentu (*specified standard of conduct*) untuk menjadi dasar penilaian yang terdiri dari (i) *no worse-off limitation*, (ii) *superseding cause limitation*, dan (iii) *risk play-out limitation*.<sup>15</sup>

Berdasarkan standar pertama, yakni *no worse-off limitation*, tidak ada pembatasan tanggung jawab terhadap suatu perbuatan melawan hukum jika jelas adanya suatu kesalahan dan yang mempunyai kontribusi langsung berdasarkan asas kausalitas terhadap suatu kerugian. Dalam hal ini, Wright melihat faktor signifikansi dari setiap unsur yang mempunyai kontribusi langsung tersebut sebagai penentu kejadian yang menimbulkan kerugian. Seseorang dikatakan bertanggung jawab jika unsur tersebut berdiri sendiri sebagai penyebab terjadinya kerugian.

---

<sup>13</sup> Richard W. Wright, *Grounds and Extent of Legal Responsibility* (San Diego Law Review: 2003, 40 San Diego L. Rev.), sebagaimana dikutip dalam Edmon Makarim, *Tanggung Jawab Hukum Penyelenggara Sistem Elektronik* (Jakarta: Rajawali Press, 2010), hal. 14.

<sup>14</sup> *Ibid.*, hal. 15.

<sup>15</sup> Richard W. Wright, *The Principles of Justice* (Notre Dame Law Review, 1859, 2000), sebagaimana dikutip dalam Edmon Makarim, *Tanggung Jawab Hukum Penyelenggara Sistem Elektronik* (Jakarta: Rajawali Press, 2010), hal. 16.

Wright menjelaskan standar yang kedua, *superseding cause limitation* melalui kritisinya terhadap *Restatement (Second)* s 441 (1) dan 442<sup>16</sup> sebagai berikut:

*A superseding cause is an actual cause of the plaintiff's injury that (1) intervened between the defendant's tortious conduct and the plaintiff's injury, (2) was a necessary (but-for) cause of the plaintiff's injury, and (3) was highly unexpected.*

Dalam hal ini menurut Wright, harus dilihat terlebih dahulu apakah tindakan yang menjadi penyebab terjadinya kerugian itu bersifat *dependent* ataukah *independent*. Jika tindakan itu bersifat *dependent*, maka pertanggungjawaban hukum tersebut tidak dapat dikecualikan ataupun dibatasi.

Menurut pendekatan yang ketiga, yakni *risk play-out limitation*, Wright menjelaskan mengenai adanya hubungan antara bagaimana suatu kerusakan yang terjadi merupakan akibat dari suatu resiko yang dapat diprediksi sebelumnya. Hal ini merupakan kritisi Wright terhadap teori yang sebelumnya berlaku, yakni *harm-risk limitation* yang harus membuktikan adanya unsur kesesuaian antara kerugian dengan resiko yang telah diprediksi sebelumnya. Menurut Wright, teori ini kurang tepat karena ternyata diperlukan beberapa ketentuan pengecualian terhadap hal-hal yang tidak dapat dijelaskan aktualitas kesesuaiannya antara resiko dengan kerugian yang terjadi.

Ketiga pendekatan Wright sebagai pelaksanaan teori *interactive justice* dalam sistem pertanggungjawaban hukum tersebut kemudian dilihat dan ditelaah dalam kaitannya dengan transaksi perangkat lunak antara produsen dengan konsumennya. Transaksi perangkat lunak antara produsen dengan konsumennya itu pada dasarnya merupakan suatu bentuk perjanjian lisensi yang didasarkan atas

<sup>16</sup> *Restatement Second* s 441: "An intervening force is one which actively operates in producing harm to another after the actor's negligent act or omission has been committed." *Restatement Second* s 442: "The following considerations are of importance in determining whether an intervening force is a superseding cause of harm to another: (a) the fact that its intervention brings about harm different in kind from that which would otherwise have resulted from the actor's negligence; (b) the fact that its operation or the consequences thereof appear after the event to be extraordinary rather than normal in view of the circumstances existing at the time of its operation; (c) the fact that the intervening force is operating independently of any situation created by the actor's negligence, or, on the other hand, is or is not a normal result of such a situation; (d) the fact that the operation of the intervening force is due to a third person's act or to his failure to act; (e) the fact that the intervening force is due to an act of a third person which is wrongful toward the other and as such subjects the third person to liability to him; (f) the degree of culpability of a wrongful act of a third person which sets the intervening force in motion."

kesepakatan antara produsen dengan konsumen. Dalam dunia bisnis perangkat lunak, terdapat berbagai bentuk perjanjian lisensi, termasuk diantaranya perjanjian lisensi atas penggunaan perangkat lunak sistem tertutup (*proprietary software*) maupun sistem terbuka (*open source software*).

Hubungan kontraktual ini tentunya menimbulkan hak dan kewajiban baik pada pihak konsumen maupun produsen yang saling timbal balik. Kewajiban produsen ini meliputi pertanggungjawaban hukum produsen atas benda yang diproduksi atau diperjualbelikan olehnya itu, dimana dalam hal ini berupa benda perangkat lunak yang tidak boleh menyebabkan kerugian terhadap pihak lain. Permasalahan mengenai pertanggungjawaban hukum timbul ketika timbul kerugian pada pihak lain yang tidak terikat pada perjanjian, dimana kerugian tersebut disebabkan oleh produk dari produsen itu. Hal ini dilindungi oleh pasal 1367 ayat (1) jo. Pasal 1365 KUHPerdara tentang Perbuatan Melawan Hukum yang berbunyi:

”Seseorang tidak hanya bertanggung jawab untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya sendiri tetapi juga disebabkan karena perbuatan orang-orang yang menjadi tanggungannya, atau disebabkan oleh barang-barang yang berada di bawah pengawasannya.”

Konsep Perbuatan Melawan Hukum dalam *civil law* berbeda dengan konsep *Tort* menurut *common law*. Perbuatan melawan hukum meliputi setiap perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, kepatutan dan kesusilaan dalam masyarakat, serta perbuatan yang melanggar hak orang lain.<sup>17</sup> Sedangkan konsep *tort* menurut *common law* merupakan konsep pertanggungjawaban hukum (*liability*) atas terjadinya kerugian terhadap pihak lain.<sup>18</sup>

Pertanggungjawaban hukum ini timbul sebagai kewajiban produsen terhadap konsumennya manakala perangkat lunak ciptaannya itu menimbulkan kerugian terhadap konsumen tersebut. Untuk itu diperlukan analisa lebih lanjut mengenai sistem pertanggungjawaban hukum (*systems of liability*) dan ketentuan

---

<sup>17</sup> Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum* (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003) hal. 21 sebagaimana dikutip dari M.A. Moegni Djojodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum* (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982) hal. 17 dan Mariam Darus Badruzaman, *KUHPerdara Buku III Hukum Perikatan dengan Penjelasan* (Bandung: Alumni, 1996) hal. 147-148.

<sup>18</sup> Cees Van Dam, *European Tort Law* (New York: Oxford University Press Inc., 2006) hal. 10.

mekanisme pertanggungjawaban hukum (*requirements of liability*) dari kerugian yang terjadi, seperti apakah akan digunakan *fault liability* (*intentional* ataupun *negligence*), *strict liability* atau *absolute liability* sebagai asas pertanggungjawaban hukum yang digunakan dalam perkara.

Kewajiban lainnya meliputi perlindungan terhadap kepentingan pihak konsumen yang dilindungi secara hukum dibawah hukum perlindungan konsumen yang memiliki prinsip-prinsip diantaranya yaitu:

1. Hak konsumen atas informasi yang cukup dan jelas untuk dapat menentukan pilihan atas cara melakukan pembelian;
2. Produsen harus melakukan langkah-langkah yang menjamin kejelasan maksud dan tujuan perjanjian dengan konsumen untuk menghindari kesalahan penafsiran;
3. Baik pengembang maupun pemrakarsa program harus mentaati prinsip-prinsip *privacy* konsumen;
4. Baik pengembang maupun pemrakarsa program harus memastikan bahwa transaksi yang dilakukan adalah aman. Konsumen berkewajiban untuk melakukan transaksi berdasarkan prinsip kehati-hatian;
5. Hak konsumen atas sarana yang adil, efektif, efisien dan terjangkau dalam penyelesaian permasalahan terkait dengan transaksi;
6. Hak konsumen untuk mendapat perlindungan atas timbulnya kewajiban pembayaran atas transaksi tanpa alasan yang sah;
7. Produsen dilarang untuk mengirimkan *e-mail* komersial tanpa persetujuan konsumen;
8. Adanya kewajiban pemerintah, produsen dan grup konsumen untuk menimbulkan kesadaran konsumen atas keamanan penggunaan transaksi elektronik;<sup>19</sup>
9. Tanggung jawab produsen untuk memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat

---

<sup>19</sup> Prinsip nomor 1-8 ini didasarkan pada prinsip yang dibuat oleh Working Group on Electronic Commerce and Consumers, *Principles of Consumer Protection for Electronic Commerce: A Canadian Framework*, <http://strategis.ic.gc.ca/oca> , diunduh pada 27 April 2010, 16:51; yang diatur juga dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

mengonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan;<sup>20</sup> dan lain-lain.

Selain itu, dalam sebuah lisensi yang pada hakikatnya merupakan suatu bentuk perjanjian, berlaku pula kaidah-kaidah hukum perjanjian yang kemudian diintrodusir oleh *EC Director on Unfair Terms in Consumer Contracts* (93/13/EEC) yaitu bahwa:

*”a contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair and not binding on the consumer if, contrary to the requirement of good faith, it causes significant imbalance in the parties’ contractual rights and obligations, to the detriment of the consumer.”*

Pengertian di atas mengandung makna bahwa walaupun konsumen telah menyetujui klausula yang ditetapkan dalam perjanjian lisensi secara sepihak oleh produsen, klausula tersebut tidak dapat dinyatakan sebagai mengikat, karena posisi produsen dan konsumen yang tidak setara menurut prinsip keadilan.<sup>21</sup> Maka dapat dikatakan bahwa unsur yang terpenting dari konsep *unfairness* tersebut di atas yaitu:<sup>22</sup>

- Ketidadaan itikad baik dalam perjanjian;
- Mengakibatkan posisi tawar menjadi tidak seimbang, dimana hal ini menjadi faktor yang signifikan; dan
- Untuk kepentingan konsumen.

Konsep *fairness* ini melahirkan pemikiran baru dalam prinsip pertanggungjawaban hukum (*legal liability*), yaitu pengesampingan asas *privity of contract* dalam pertanggungjawaban hukum. Menurut teori yang diintrodusir dalam yurisprudensi *Donoghue (or McAlister) v Stevenson*, [1932] All ER Rep 1; [1932] AC 562; House of Lords ini, ruang lingkup pertanggungjawaban hukum produsen tidak hanya terbatas pada konsumen yang terikat hubungan kontraktual

<sup>20</sup> Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen Pasal 19 ayat (1).

<sup>21</sup> Ketentuan mengenai klausula baku ini diatur pula dalam Pasal 18 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dan didukung oleh yurisprudensi Mahkamah Agung dalam perkara nomor 124 PK/PDT/2007 mengenai tanggung jawab pengelola perparkiran terhadap kehilangan kendaraan di wilayahnya. Menurut putusan ini, pihak pengelola perparkiran tetap bertanggung jawab walaupun terdapat klausula eksonerasi dalam karcis parkir.

<sup>22</sup> Malcolm Leder dan Peter Shears, *Frameworks Consumer Law*, Fourth Edition (London: Financial Times Pitman Publishing, 1996) hal. 66.

saja, melainkan juga pengguna lainnya yang terhubung dalam rantai ekonomi dan sosial.

Berdasarkan uraian di atas, dapat dikatakan bahwa diluar kewajiban dan tanggung jawabnya produsen terhadap konsumen yang melekat pada perjanjian lisensi perangkat lunak, terdapat perluasan prinsip pertanggungjawaban hukum berdasarkan teori perlindungan konsumen. Oleh karena itu, perlu dilakukan analisa prinsip pertanggungjawaban hukum yang senantiasa berkembang di negara-negara di dunia terhadap perjanjian lisensi perangkat lunak dan berbagai kasus pertanggungjawaban hukum perangkat lunak.

### 1.6. Kerangka Konseptual

Untuk memperoleh definisi dari suatu istilah atau fenomena tidaklah mudah. Namun dalam penelitian ini akan digunakan beberapa definisi operasional sebagai kerangka konseptual penelitian sebagai berikut:

- 1) *Consumer Transaction* adalah *a bargain or deal in which a party acquires property or services primarily for a personal, family, or household purpose.*<sup>23</sup>
- 2) Hak Cipta adalah hak eksklusif bagi pencipta atau penerima hak untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya atau memberikan izin untuk itu dengan tidak mengurangi pembatasan-pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.<sup>24</sup>
- 3) Klausula Baku adalah setiap aturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen.<sup>25</sup>
- 4) Konsumen adalah setiap orang pemakai barang dan/atau jasa yang tersedia dalam masyarakat, baik bagi kepentingan diri sendiri, keluarga, orang lain maupun makhluk hidup lain dan tidak untuk

<sup>23</sup> Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Eighth Edition (St.Paul Minnesota: Thomson West, 2004) hal. 335.

<sup>24</sup> *Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta*, Pasal 1 ayat (1).

<sup>25</sup> *Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen*, Pasal 1 (10).

diperdagangkan.<sup>26</sup> Dalam penelitian ini, perumusan Konsumen dibatasi pada konsumen-akhir (*end-user*), yakni mereka yang memerlukan produk konsumen (barang dan/ atau jasa konsumen) yang aman bagi kesehatan tubuh atau keamanan jiwa, serta pada umumnya untuk kesejahteraan keluarga atau rumah tangganya, sehingga diperlukan kaidah hukum yang menjamin syarat-syarat aman setiap produk konsumen bagi konsumsi manusia, dilengkapi dengan informasi yang benar, jujur dan bertanggung jawab.<sup>27</sup>

- 5) Lisensi adalah izin yang diberikan oleh Pemegang Hak Cipta dan Pemegang Hak Terkait kepada pihak lain untuk mengumumkan dan/ atau memperbanyak Ciptaannya atau produk Hak Terkaitnya dengan persyaratan tertentu.<sup>28</sup>
- 6) Pelaku usaha adalah setiap orang perseorangan atau badan usaha yang berbentuk badan hukum maupun bukan yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia melalui perjanjian menyelenggarakan kegiatan usaha dalam berbagai bidang ekonomi.<sup>29</sup> Yang dimaksud pelaku usaha dalam penelitian ini meliputi produsen (*vendor*) dan perantara (distributor, agen atau pengembang lebih lanjut) perangkat lunak.
- 7) Pencipta adalah seorang atau beberapa orang secara bersama-sama yang atas inspirasinya melahirkan suatu ciptaan berdasarkan kemampuan pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan atau keahlian yang dituangkan dalam bentuk yang khas dan bersifat pribadi.<sup>30</sup> Dalam penelitian ini, perumusan Pencipta dibatasi pada pengembang perangkat lunak (*software developers*).
- 8) Perjanjian atau Kontrak yang dimaksud dalam penelitian ini meliputi kesepakatan antara pelaku usaha perangkat lunak dengan konsumen berbentuk lisensi perangkat lunak.

---

<sup>26</sup> *Ibid*, Pasal 1 angka 2.

<sup>27</sup> Az. Nasution, *loc.cit*.

<sup>28</sup> Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, pasal 1 (14).

<sup>29</sup> Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, pasal 1 (3).

<sup>30</sup> Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, pasal 1 (2).

- 9) Perlindungan konsumen adalah segala upaya yang menjamin adanya kepastian hukum untuk memberi kepada konsumen.<sup>31</sup>
- 10) Pertanggungjawaban hukum (*legal liability*) adalah *the quality or state of being legally obligated or accountable; legal responsibility to another or society, enforceable by civil remedy or criminal punishment*. Menurut John Salmond dalam *Jurisprudence* 364 (Arthur L. Corbin ed., 3d Am. Ed. 1919) sebagaimana dikutip Garner, “*Liability is the bond of necessity that exists between the wrongdoer and the remedy of the wrong. This vinculum juris is not one of mere duty or obligation; it pertains not to the sphere of ought but to that of must.*”<sup>32</sup>
- 11) *Welfare state* meliputi ide pertanggungjawaban negara terhadap rakyatnya serta institusi dan implementasi pertanggungjawaban tersebut melalui intervensi pemerintah dalam sistem ekonomi pasar, seperti kebijakan ketenagakerjaan (yang melindungi kaum buruh) dan layanan kesejahteraan sosial.<sup>33</sup>

## 1.7. Metode Penelitian

### 1.7.1. Tipe Penelitian

Berdasarkan obyek penelitian berupa asas-asas bidang hukum perlindungan konsumen yang terkait dengan hak atas kekayaan intelektual dalam bidang telematika, maka tipe penelitian yang digunakan yaitu penelitian yuridis-normatif (*doctrinal research*) yang dilakukan melalui penelitian kepustakaan, yakni penelitian yang difokuskan untuk mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam praktek hukum berdasarkan doktrin hukum yang terlepas dari berbagai kontradiksi, perbedaan pendapat, ke-ambiguan dan irasionalitas, termasuk cabang dari faktor eksternal hukum lainnya seperti faktor kebijakan dan politik.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, pasal 1 (1).

<sup>32</sup> Garner, *Op. Cit.*, hal. 932.

<sup>33</sup> Ramesh Mishra, *The Welfare State in Crisis* (Ontario: Wheatsheaf Books Ltd., 1984).

<sup>34</sup> Michael Salter and Julie Mason, *Writing Law Dissertations: an Introduction and Guide to the Conduct of Legal Research* (England: Pearson Education Limited, 2007) hal. 45.

Selain itu, penelitian hukum yang dilakukan juga merupakan penelitian deskriptif yang berupaya untuk menggambarkan secara tepat dan mendalam mengenai perlindungan konsumen terhadap penggunaan lisensi perangkat lunak. Penelitian ini juga ingin memberi gambaran mengenai penerapan prinsip perlindungan konsumen dalam kepemilikan dan penggunaan program komputer (*software*).

Dari sudut bentuknya, penelitian ini adalah penelitian yang menggabungkan bentuk penelitian evaluatif dan preskriptif. Penelitian evaluatif adalah penelitian yang memberikan penilaian atas kegiatan yang telah dilaksanakan, sedangkan penelitian preskriptif adalah penelitian yang memberikan jalan keluar dari suatu masalah.<sup>35</sup>

#### 1.7.2. Pendekatan Masalah

Berdasarkan tipe penelitian yuridis-normatif sebagaimana tersebut di atas, maka pendekatan yang dilakukan adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) yang didukung oleh pendekatan konsep (*conceptual approach*) dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*).

Pendekatan perundang-undangan dilakukan karena penelitian ini menggunakan landasan teori berupa asas-asas perlindungan konsumen yang diterapkan dalam Undang-undang nomor 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, Undang-undang nomor 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta, *Restatement (Thirds) of Tort: Products Liability*, *EC Directive on Consumer Protection* dan *EC Directive on Product Liability*.

Pendekatan konsep dipergunakan untuk memahami konsep-konsep pertanggungjawaban hukum dan perlindungan konsumen dalam tatanan hukum hak atas kekayaan intelektual, sehingga diharapkan terjadi penormaan dalam aturan hukum yang tidak lagi memungkinkan adanya pemahaman yang ambigu dan kabur sehingga menjadi peluang terjadinya sengketa dalam pertanggungjawaban hukum produsen perangkat lunak. Sedangkan pendekatan perbandingan dalam penelitian ini bertujuan untuk membandingkan studi kasus

---

<sup>35</sup> Sri Mamudji *et al.* *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal. 4.

dari sistem hukum<sup>36</sup> yang satu dengan yang lain.<sup>37</sup> Menurut Sunaryati Hartono, kegunaan perbandingan hukum dalam penelitian akan menghasilkan pemahaman bahwa:<sup>38</sup>

1. kebutuhan-kebutuhan yang universal (sama) akan menimbulkan cara-cara pengaturan yang sama pula, dan
2. kebutuhan-kebutuhan khusus berdasarkan perbedaan suasana dan sejarah itu menimbulkan cara-cara yang berbeda pula.

Hal ini berarti bahwa perbandingan ilmu hukum dalam penelitian ini berfungsi sebagai ilmu bantu terhadap dogmatik hukum, dalam arti ia mempertimbangkan pengaturan dan penyelesaian-penyelesaian tertentu dari tatanan hukum lain dan menilai keadekuatan mereka untuk hukum sendiri.<sup>39</sup>

### 1.7.3. Bahan Hukum

Data yang diperoleh dari penelitian kepustakaan merupakan data sekunder yang meliputi:

- a) Sistem atau bahan hukum primer<sup>40</sup>

Bahan primer ini diperoleh dari berbagai putusan pengadilan, yurisprudensi, peraturan perundang-undangan dan konvensi internasional yang mengatur dan terkait dengan perlindungan

---

<sup>36</sup> Menurut Friedman, sistem hukum dalam suatu Negara terdiri dari unsur-unsur sebagai berikut: *Structure*, yang meliputi tatanan kelembagaan dalam Negara, termasuk di dalamnya yaitu instansi pemerintahan seperti kementerian dan kantor – kantor pemerintah lainnya, lembaga Negara seperti MPR, DPR dan lain – lain, lembaga peradilan serta aparat penegak hukum; *Substance*, yang meliputi materi hukum yang berlaku dalam Negara, termasuk di dalamnya yaitu konstitusi, peraturan perundang-undangan, peraturan/ keputusan lembaga eksekutif berikut peraturan pelaksanaannya; dan *Legal culture*, yang merupakan budaya hukum yang berlaku dalam masyarakat suatu Negara, dimana dalam hal ini di Indonesia meliputi kaidah – kaidah sosial kemasyarakatan, kaidah dalam masyarakat hukum adat dan norma agama. Lihat Lawrence M. Friedman, *American Law* (London, Stanford University: 1998) hal. 19-22.

<sup>37</sup> Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, cet. 3 (Malang: Bayumedia Publishing, 2007) hal. 313.

<sup>38</sup> Sunaryati Hartono, *Kapita Selecta Perbandingan Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991) hal. 1-2.

<sup>39</sup> Lihat pendapat D.H.M. Meuwissen, *Rechtswetenschap* dalam *Van Apeldoorn's Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, hal. 453, yang diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta dalam *Ilmu Hukum*, dalam *Pro Justitia*, Tahun XII Nomor 4, Oktober 1994 hal. 33.

<sup>40</sup> Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat dalam masyarakat. Bahan hukum sekunder adalah bahan hukum yang dapat menginformasikan sumber hukum primer, sedangkan bahan hukum tersier adalah bahan yang memberikan petunjuk atau penjelasan mengenai sumber hukum primer dan sekunder. (Lihat Sri Mamudji *et al. Op. Cit.*, hlm. 31)

konsumen atas lisensi program komputer, seperti Undang-undang nomor 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, Undang-undang nomor 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta, *Restatement (Thirds) of Tort: Products Liability*, *EC Directive on Consumer Protection* dan *EC Directive on Product Liability*.

b) Sistem atau bahan hukum sekunder

Bahan hukum sekunder ini merupakan bahan-bahan yang memberikan informasi atau hal-hal yang berkaitan dengan pembahasan tentang perlindungan konsumen atas lisensi program komputer, seperti Rancangan Undang-undang, buku yang ditulis para ahli hukum dan teknologi informasi program komputer, serta berbagai jurnal hukum dan teknologi serta karya ilmiah.

c) Sistem atau bahan hukum tersier

Bahan hukum tersier ini meliputi bahan-bahan yang menjelaskan bahan primer dan bahan sekunder, seperti *Black's Law Dictionary* dan ensiklopedia.

#### 1.7.4. Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier sebagaimana tersebut di atas dikumpulkan untuk kemudian diinventarisasi, diklasifikasi dan disesuaikan dengan permasalahan mengenai pertanggungjawaban hukum terhadap konsumen perangkat lunak di Indonesia.

Setelah memperoleh bahan hukum yang berhubungan dengan pokok permasalahan dalam penelitian ini, selanjutnya dilakukan pemaparan, sistematisasi dan analisis terhadap bahan-bahan hukum tersebut untuk menginterpretasikan hukum yang berlaku.

#### 1.7.5. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Analisis yang dilakukan dalam penelitian ini dilakukan berdasarkan analisis kualitatif yang didukung oleh data kuantitatif secara terbatas. Analisis data dalam penelitian ini akan menggunakan cara sistematisasi atau membuat klasifikasi terhadap bahan-bahan hukum tertulis untuk kemudian dilakukan

analisa dan konstruksi secara deduktif yang merupakan bentuk *legal reasoning* dari kaidah/ prinsip hukum yang ada, yaitu menarik kesimpulan dari suatu permasalahan yang bersifat umum terhadap permasalahan konkret yang dihadapi.

Selain itu, bahan hukum yang ada dianalisis untuk melihat argumentasi implementasi pertanggungjawaban hukum terhadap konsumen perangkat lunak di Indonesia sehingga dapat membantu sebagai dasar acuan dan pertimbangan hukum yang berguna dalam penyusunan produk hukum dalam praktek hukum di Indonesia secara tepat.

### **1.8. Sistematika Penulisan**

Tulisan ini membahas dan menganalisa mengenai pertanggungjawaban hukum pelaku usaha terhadap konsumen perangkat lunak. Tulisan ini terdiri dari 4 (empat) bab dengan garis besar sebagai berikut.

Bab 1 berisi pendahuluan yang meliputi latar belakang dan pokok permasalahan secara garis besar, tujuan penelitian, kerangka teori, kerangka konseptual dan metode penelitian yang digunakan, kegunaan teoritis dan praktis dari penelitian serta sistematika penulisan.

Bab 2 berisi uraian tentang berbagai teori perlindungan konsumen dan pertanggungjawaban hukum beserta implementasinya di Amerika Serikat, Uni Eropa dan Indonesia.

Bab 3 berisi uraian mengenai definisi dan kategorisasi perangkat lunak beserta mekanisme perlisensian serta argumentasi pertanggungjawaban hukum terhadap konsumen perangkat lunak melalui analisa perbandingan prinsip tersebut terhadap beberapa kasus yang terjadi.

Bagian terakhir yakni bab 4 berisi tentang kesimpulan atas penelitian yang dilakukan serta rekomendasi yang dapat diberikan berdasarkan penelitian yang telah dilakukan.