



UNIVERSITAS INDONESIA

**LISENSI CREATIVE COMMONS
DALAM PERSPEKTIF HUKUM HAK CIPTA INDONESIA
(Analisis Kasus Susan Chang v Virgin Mobile, LLC, Virgin Mobile Pty
dan Creative Commons)**

TESIS

Oleh:

**Nama : ANDY BERNARD DESMAN SIMANJUNTAK
NPM : 0806486123**

**FAKULTAS HUKUM PASCASARJANA
UNIVERSITAS INDONESIA
JUNI 2011**



UNIVERSITAS INDONESIA

**LISENSI CREATIVE COMMONS
DALAM PERSPEKTIF HUKUM HAK CIPTA INDONESIA
(Analisis Kasus Susan Chang v Virgin Mobile, LLC, Virgin Mobile Pty
dan Creative Commons)**

TESIS

Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat
Guna Memperoleh Gelar Magister Hukum (M.H.)

Oleh:

Nama : ANDY BERNARD DESMAN SIMANJUNTAK
NPM : 0806486123

**FAKULTAS HUKUM PASCASARJANA
UNIVERSITAS INDONESIA
JUNI 2011**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri, dan sumber baik yang dikutip maupun dirujuk telah saya nyatakan dengan benar

Nama : Andy Bernard Desman Simanjuntak

NPM : 0806486123

Tanda Tangan :



Tanggal : 30 Juni 2011

LEMBAR PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :

Nama : Andy Bernard Desman Simanjuntak

NPM : 0806486123

Program Studi : Hukum Ekonomi

**Judul Tesis : LISENSI CREATIVE COMMONS
DALAM PERSPEKTIF HUKUM HAK CIPTA
INDONESIA (Analisis Kasus Susan Chang v Virgin
Mobile, LLC, Virgin Mobile Pty dan Creative
Commons)**

Telah berhasil dipertahankan dihadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Kekhususan Hukum Ekonomi, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia

DEWAN PENGUJI

Pembimbing/Penguji : Dr. Edmon Makarim, S.H., LL.M.

Ketua Sidang/Penguji : Abdul Salam, S.H., M.H.

Penguji : Brian Amy Prasetyo, S.H., MLI

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 30 Juni 2011

KATA PENGANTAR

Puji syukur kepada Sang Khalik, Pencipta alam semesta yang dalam diri Yesus Kristus telah memberikan begitu banyak berkat dan memungkinkan penulis untuk menyelesaikan studi pada Program Magister Hukum Universitas Indonesia. Sungguh, tanpa kasih Sang Juru Selamat, tidaklah mungkin cita-cita penulis dapat terwujud. Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saya menyadari bahwa banyak pihak telah turut serta memberikan bantuan dan bimbingan atas penulisan tesis ini. Oleh karena itu, perkenankan saya mengucapkan terima kasih kepada:

1. Prof. Erman Rajagukguk, S.H., LL.M, Ph.D., Prof. Dr. Satya Arinanto, S.H., M.H., dan Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M, Ph.D., yang telah menyediakan waktu, tenaga dan pikiran untuk mengarahkan saya dalam perkuliahan-perkuliahan dan *brainstorming* dalam penyusunan tesis ini.
2. Dr. Edmon Makarim, SKom, S.H., LL.M, selaku Pembimbing Tesis atas waktu, tenaga dan pemikiran yang telah diberikan kepada penulis; serta para Penguji Sidang Abdul Salam, S.H., M.H. dan Brian Amy Prasetyo, S.H., M.L.I atas atensi, saran dan kritiknya bagi penulis.
3. Seluruh dosen pengajar, staf perpustakaan dan staf Sekretariat Program Magister Hukum Ekonomi Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang tidak bisa saya sebutkan namanya satu per satu, saya ucapkan terima kasih atas ilmu dan pelayanan yang prima kepada saya.
4. Prof. Lawrence Lessig atas pemikiran revolusionernya yang menjadi sumber inspirasi penulisan tulisan ini; Bang Ari Juliano Gema dan Ivan Lanin dari Creative Commons Indonesia, Kepala Seksi Pelayanan Hukum Direktorat Hak Cipta Agung Bapak Damar Sasongko, S.H., M.H., dan Mas Ardiansah Hariwardana atas kesediannya diwawancara dan menyediakan data yang dibutuhkan penulis.
5. Orang tuaku terkasih A. P. Simanjuntak – N. br. Sianturi (Op. Aileen) yang telah membesarkan dan mendidik penulis dengan kasih sayangnya yang tak

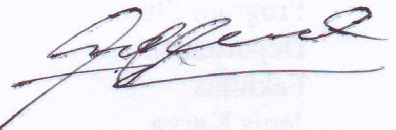
berkesudahan. Semoga Andy bisa membalas semua pengorbanan Bapak dan Mama.

6. Istriku tercinta Evi Ferina br. Batubara atas cinta dan kesetiaannya yang selalu mendampingi dan memberi semangat untuk menyelesaikan tesis ini; anak pertamaku Alvaro Lionel Simanjuntak atas tawa dan canda yang menyegarkan hati dan pikiran penulis di kala suntuk; dan untuk anak keduaku yang masih dalam kandungan agar selalu sehat dan lahir dengan selamat. Tuhan menjawab doaku.
7. Inang Simatuaku Ny. Essen Tyalia br Hutasoit yang telah memberikan waktu, tenaga dan pikiran yang tak henti-henti bagi keluarga dan Singa Kecil penulis, sehingga proses penulisan tesis ini dapat diselesaikan dengan baik. Lae Julianus Steven Batubara dan Amang Simatua R. Batubara (Op. Alvaro) terima kasih atas doa dan motivasi kalian.
8. Kel. Allberth Simanjuntak – Wulandari br. Sinambela (Aileen) atas segala bantuan, nasehat dan motivasinya untuk dapat terus mengembangkan diri, serta kepada adikku Ade Richarth Poltak Simanjuntak semoga bisa mengikuti jejak abang-abangmu yang telah menempuh studi S2.
9. Mas Arif Indra dan Bang Narendra Jatna atas kesediaannya bertukar pikiran, memberi motivasi dan menjadi contoh bagi penulis untuk dapat terus memberi yang terbaik bagi Adhyaksa.
10. Jaksa Agung Muda Pembinaan Bapak Iskamto, Sekretaris Jaksa Agung Muda Pembinaan Bapak Sugiyanto, para senior dan rekan-rekan di lingkungan Sekretariat Jaksa Agung Muda Pembinaan, tak lupa para senior dan rekan-rekan di Biro Kepegawaian, serta di jajaran Jaksa Agung Muda Intelijen atas doa dan dukungannya kepada penulis.
11. Rekan-rekan seangkatan Magister FHUI: Adrian, Agung, Andrie, Bang Anto ‘Putoy’, Januar, ‘Om Kumis’ Heru, Mas Herlambang, Bang Thomas, Sabriando ‘Ryan’, Wahyu, Nadya, Mba Yonna dan Tantri, semoga kita dapat terus menjalin tali silaturahmi.
12. Teman-teman di Indosat yang memperkenankan saya mengerjakan tesis ini di tengah-tengah *cube* kantor kalian sembari menunggu Istri saya pulang.

Akhir kata penulis menyadari bahwa tesis ini jauh dari sempurna, namun kiranya tesis ini dapat memberi manfaat bagi perkembangan dunia hukum pada umumnya dan bagi para pembaca.

Depok, 30 Juni 2011

Penulis



Andy Bernard Desman Simanjuntak

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Andy Bernard Desman Simanjuntak
NPM : 0806486123
Program Studi : Pasca Sarjana
Departemen : Hukum Ekonomi
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

demikian pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (Non-exclusive Royalty-Free Right)** atas karya ilmiah saya yang berjudul:

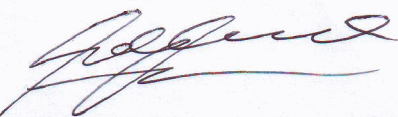
“Lisensi Creative Commons Dalam Perspektif Hukum Hak Cipta Indonesia (Analisis Kasus Susan Chang v Virgin Mobile, LLC, Virgin Mobile Pty dan Creative Commons).”

Beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (database), merawat, dan mempublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta
Pada tanggal : 30 Juni 2011

Yang Menyatakan


(Andy Bernard Desman Simanjuntak)

ABSTRAK

Nama : Andy Bernard Desman Simanjuntak
Program Studi : Ilmu Hukum Ekonomi
Judul : Lisensi Creative Commons Dalam Perspektif Hukum Hak Cipta Indonesia (Analisis Kasus Susan Chang v Virgin Mobile, LLC, Virgin Mobile Pty dan Creative Commons).

Tesis ini membahas mengenai bagaimana kedudukan perjanjian lisensi Creative Commons dalam perspektif hukum hak cipta di Indonesia berdasarkan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta. Penelitian ini menggunakan metode pendekatan preskriptif analitis dan yuridis normatif yaitu dengan memaparkan penelitian, kemudian melakukan pembahasan terhadap permasalahan sehubungan dengan penelitian. Ketentuan hukum perdata Indonesia dalam hal perjanjian menganut sistem terbuka "*open system*" sebagaimana diatur dalam KUHPperdata Pasal 1338 ayat (1). Dengan sistem terbuka ini dimaksudkan bahwa setiap orang bebas untuk membuat segala jenis perjanjian selama memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian. Undang-Undang Hak Cipta Nomor 19 Tahun 2002 adalah ketentuan pokok atas hak cipta di Indonesia mengatur mengenai perjanjian lisensi atas karya cipta, namun peraturan pelaksana dari ketentuan dalam Pasal 47 Undang-Undang Hak Cipta hingga saat ini belum ada. Perjanjian lisensi yang ditawarkan oleh Creative Commons adalah sebuah sarana berbagi secara *on-line* yang sesuai dengan konsep hukum hak cipta dalam perjanjian TRIPs. Mekanisme penyelesaian sengketa hak cipta dapat menempuh proses arbitrase (*alternative dispute resolution*) sesuai dengan aturan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, mekanisme perdata melalui Pengadilan Niaga atau mekanisme pidana. Sengketa Susan Chang v Virgin Mobile, LLC, Virgin Mobile Pty dan Creative Commons di Pengadilan Distrik Dallas Division, Texas adalah untuk pertama kalinya menghadirkan Creative Commons sebagai salah satu Tergugat.

Kata Kunci : Hak Kekayaan Intelektual, Hak Cipta, Creative Commons.

ABSTRACT

Nama : Andy Bernard Desman Simanjuntak
Program Studi : Master of Laws
Judul : Creative Commons License in Indonesian Copyright Law
(Analysis on the Case of Susan Chang v Virgin Mobile, LLC, Virgin Mobile Pty and Creative Commons).

This thesis discusses the legal position of Creative Commons licenses in accordance with Indonesian copyright law as regulated in Law Number 19 of 2002. This research used prescriptive analysis and juridical normative by describing research and analyzing the issues. Indonesian private law uses open system for every party to make an agreement, as stipulated in Indonesian Civil Code in Article 1338 (1). The open system means that everyone is free to create an agreement as long it fulfills the requirements to make an agreement. Law Number 19 of 2002 regulates copyright in Indonesia including license agreement; however the implementing regulation of Article 47 of the law is yet to be available. Creative Commons license agreement is a tool for on-line sharing that conforms to the copyright concept as regulated in the TRIPs Agreement. Copyright disputes can be settled through three ways, out of court settlement (alternative dispute resolution) as regulated in Law Number 30 of 1999 on Arbitration and Alternative Dispute Resolution, private method through the Commercial Court or criminal procedure. The dispute between Susan Chang v Virgin Mobile, LLC, Virgin Mobile Pty and Creative Commons in the United States for the Northern District of Texas, Dallas Division, is the first case in which Creative Commons stands as one of the Defendants.

Keywords: Intellectual Property, Copyright, Creative Commons.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	vii
ABSTRAK	viii
ABSTRACT	ix
DAFTAR ISI	x
DAFTAR GAMBAR DAN TABEL	xiii
1. PENDAHULUAN	
1.1 Latar Belakang Masalah.....	1
1.2 Pokok Permasalahan.....	14
1.3 Tujuan Penelitian.....	15
1.4 Kegunaan Penelitian.....	15
1.5 Kerangka Teori dan Konseptual.....	16
1.6 Metode Penelitian.....	20
1.7 Sistematika Penulisan.....	21
2. TINJAUAN HAK CIPTA	
2.1 Sejarah Hak Cipta.....	23
2.2 Konvensi Internasional Hak Cipta.....	25
2.3 Prinsip-prinsip Dasar Hak Cipta.....	31
2.4 Hak Ekonomi dan Hak Moral.....	32
2.5 Hak Terkait (<i>Neighbouring Right</i>).....	43
2.6 <i>Fair Use / Fair Dealing</i>	44
2.7 Hak Cipta di Indonesia.....	47
2.8 Obyek Hak Cipta.....	51
2.9 Pendaftaran Hak Cipta.....	52
2.10 Pengalihan Hak Cipta.....	55

2.11 Penyelesaian Sengketa.....	55
3. LISENSI CREATIVE COMMONS	
3.1 Pengertian Lisensi.....	59
3.2 Asas-asas Lisensi.....	61
3.3 Cakupan Lisensi.....	63
3.4 Jenis-jenis Lisensi Program Komputer.....	75
3.5 Tiga Lapisan Lisensi (<i>Three Layers of Licenses</i>) Creative Commons.....	84
3.6 Macam-macam lisensi Creative Commons.....	86
3.7 <i>Unported – Ported License</i>	90
3.8 CC+ (CC Plus).....	91
3.9 CC0 (CC Zero).....	92
3.10 Public Domain Mark.....	93
3.11 Penggunaan Lisensi Creative Commons untuk Perangkat Lunak (<i>software</i>).....	94
3.12 Mendapatkan Lisensi Creative Commons.....	95
3.13 Creative Commons Indonesia.....	97
3.14 Creative Commons Sebagai Penyelenggara Sistem Elektronik.....	98
4. ANALISA KASUS SUSAN CHANG V VIRGIN MOBILE USA, VIRGIN MOBILE PTY LTD AUSTRALIA AND CREATIVE COMMONS CORPORATION	
4.1 Kasus Posisi.....	101
4.2 Pemeriksaan Pengadilan.....	102
4.3 Putusan Pengadilan.....	104
4.4 Analisa Kasus Susan Chang v Virgin Mobile USA, et.all. Sehubungan Dengan Hukum Hak Cipta di Indonesia.....	105
5. PENUTUP	
1. Kesimpulan.....	118
2. Saran.....	119

DAFTAR REFERENSI.....120

LAMPIRAN – Berkas Perkara Susan Chang V Virgin Mobile USA, Virgin Mobile Pty Ltd Australia And Creative Commons Corporation

DAFTAR GAMBAR, GRAFIK dan TABEL

	Hal
Gambar 1 – Mekanisme Peer-to-peer (p2p).....	4
Gambar 2 – Creative Commons menjembatani antara full copyright - all rights reserved dengan the public domain - no rights reserved	9
Grafik 1 – Persentase Karya Menggunakan Tipe-tipe Lisensi CC hingga 2006.....	11
Grafik 2 – Jumlah Karya Menggunakan Lisensi CC hingga akhir 2009	13
Tabel 1 – Statistik Permintaan Pendaftaran Ciptaan Januari – Desember 2010.....	53
Tabel 2 – Tarif / Biaya Menurut PP No. 38 Tahun 2009.....	54
Tabel 3 – Ancaman Hukuman Pidana Pasal 72 Bab XIII UUHC 2002.....	58
Gambar 3 – Three Layers of Licenses.....	85
Tabel 4 – Perbandingan Enam Lisensi Creative Commons.....	88
Tabel 5 – Perbandingan EULA – GPL – BSD – Enam Lisensi CC.....	95
Tabel 6 – Jumlah Karya di Flickr, Soundclick dan Revver yang menggunakan Lisensi Creative Commons.....	98
Gambar 4 – Perbandingan Foto asli Alison Chang dengan Iklan Virgin Mobile.....	102

BAB I

PENDAHULUAN

I. 1. Latar Belakang Masalah

Manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan yang dianugerahi pikiran, perasaan dan kemauan, secara naluriah memerlukan pranata budaya untuk dapat menyatakan rasa seninya, baik secara aktif dalam kegiatan kreatif, maupun dalam kegiatan apresiatif.¹

Kekayaan seni dan budaya merupakan salah satu sumber dari karya intelektual yang dapat dan perlu dilindungi oleh undang-undang. Kekayaan itu tidak semata-mata untuk seni dan budaya itu sendiri, tetapi dapat dimanfaatkan untuk meningkatkan kemampuan di bidang perdagangan dan industri yang melibatkan para Penciptanya. Dengan demikian, kekayaan seni dan budaya yang dilindungi itu dapat meningkatkan kesejahteraan tidak hanya bagi para Penciptanya saja, tetapi juga bagi bangsa dan negara.²

Atas dasar pemikiran tersebut maka perlindungan hukum terhadap hak cipta merupakan masalah yang wajib mendapatkan perhatian dari negara, termasuk negara Indonesia. Perhatian tersebut tercermin dari langkah-langkah pemerintah dalam bidang hukum antara lain dengan mengesahkan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1982 tentang Hak Cipta sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002. Serta dengan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1994 yang meratifikasi Persetujuan tentang Aspek-aspek Dagang Hak Kekayaan Intelektual (*Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement)*), yang merupakan bagian dari Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia (*Agreement Establishing the World Trade Organization*). Selain itu, Indonesia juga telah meratifikasi *Berne Convention for the Protection of Artistic and Literary Works* (Konvensi Berne tentang Perlindungan Karya Seni dan Sastra) melalui Keputusan Presiden Nomor 18 Tahun 1997 dan *World Intellectual Property*

¹ M. Habib Mustopo, *Ilmu Budaya Dasar – Kumpulan Essay Manusia dan Budaya*, (Surabaya: Usaha Nasional, 1983), hal. 39.

² Lihat Penjelasan Umum Paragraf Pertama Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.

Organization Copyrights Treaty (Perjanjian Hak Cipta WIPO), selanjutnya melalui Keputusan Presiden Nomor 19 Tahun 1997.

Kreatifitas manusia atas karya ciptanya yang memiliki nilai ekonomis telah menciptakan sebuah industri baru, yaitu industri kreatif.³ Industri kreatif sangat tergantung dengan hak cipta sebagai jaminan hukum atas hasil cipta yang memiliki nilai ekonomis. Industri kreatif meliputi banyak pihak, mulai dari pencipta karya seni, performer, perusahaan yang memproduksi karya cipta (contoh perusahaan rekaman atau rumah produksi), distributor, serta pihak ketiga yang terlibat seperti percetakan, perusahaan penyedia konten (*content provider*).

Nilai ekonomis atas karya cipta inilah yang menjadi pemicu terjadinya pelanggaran hak cipta. Hukum Hak Kekayaan Intelektual (selanjutnya disingkat HKI) melarang dilakukannya tindakan penjiplakan atau plagiat (merupakan suatu tindakan dengan maksud untuk menarik keuntungan dari ciptaan-ciptaan yang merupakan kekayaan intelektual orang lain), dan menetapkan kaidah-kaidah hukum yang mengatur ganti kerugian yang harus dipikul oleh orang yang melanggarnya.⁴ Dengan jumlah penduduk Indonesia yang lebih dari 200 juta jiwa merupakan potensi yang baik bagi produk bajakan yang dijual dengan harga murah.⁵

Berdasarkan data yang dimiliki Mabes Polri, ada sebanyak 251 kasus terkait pelanggaran hak cipta terjadi pada tahun 2004, sedangkan pada 2005 dan 2006 melonjak menjadi 423 dan 1439 kasus. Beruntung, pada tahun 2007

³ Menurut Direktur Jenderal Pengembangan Ekspor Nasional, Departemen Perdagangan RI, Ir. Hesti Indah Kresnarini, M.P.M., dalam presentasinya berjudul *Industri Kreatif* pada *Intensive Course On The Management Of Creative Enterprises And The Role Of Intellectual Property*, di Bandung tanggal 18 s.d. 20 Mei 2009, Industri Kreatif adalah industri yang bersumber pada kreatifitas, keahlian & bakat individu yang memiliki potensial untuk menciptakan kesejahteraan dan kesempatan kerja melalui penggunaan *intellectual property* dan konten.

⁴ Eddy Damian, *Hukum Hak Cipta cetakan ke-3*, (Bandung: PT Alumni, 2003), hal. 32.

⁵ Penjelasan Umum Paragraf I Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 2004 tentang Sarana Produksi Berteknologi Tinggi untuk Cakram Optik (*Optical Disk*).

terjadi penurunan yang signifikan menjadi 598 kasus. Hingga Juli 2008 tercatat 76 kasus penegakkan hukum terkait pelanggaran hak cipta.⁶

Terdapat beberapa faktor yang berperan sebagai stimulan dan berpeluang meningkatkan tindak pidana hak cipta:⁷

1. Pengaruh perkembangan teknologi, khususnya teknologi informasi, komunikasi, dan transportasi; teknologi di bidang peralatan dan mesin produksi, serta teknologi *digital system*.
2. Pengaruh aspek ekonomi, di mana hak cipta terkait dengan kegiatan industri dan perdagangan. Hal ini ditandai dengan permintaan pasar yang tinggi terhadap produk bajakan di Indonesia dan produk bajakan mempunyai daya saing yang kuat dibandingkan produk *original* (asli).
3. Pengaruh aspek sosial, terutama karena adanya krisis ekonomi yang berdampak pada kehidupan sosial masyarakat secara luas, yang mengakibatkan daya beli masyarakat rendah dan sebagian masyarakat terdorong untuk melakukan pekerjaan “apa saja”.
4. Pengaruh aspek budaya:
 - a. Hak cipta yang mengandung aspek hukum, penghargaan moral dan ekonomi, belum dipahami oleh sebagian masyarakat Indonesia;
 - b. Hak cipta cenderung bersifat individual, sedangkan masyarakat Indonesia adalah budaya patembayan yang mengutamakan kebersamaan, sehingga mengakibatkan proses internalisasi hak cipta menjadi lambat.

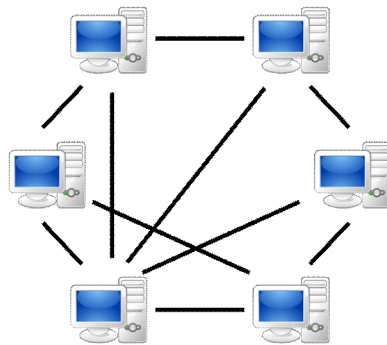
Perkembangan teknologi informasi, khususnya Internet, telah merambah banyak hal dalam kehidupan manusia. Menurut Gerard R. Ferrera, et.al, Internet adalah sebuah jaringan dari jaringan-jaringan komputer.

⁶<http://www.detikinet.com/read/2008/08/11/103523/986280/399/pelanggaran-hakcipta-di-indonesia-naik-turun>, *Pelanggaran Hak Cipta di Indonesia Naik Turun*, diakses tanggal 11 Januari 2011.

⁷ Cita Citrawinda Priapantja, *Hak Kekayaan Intelektual Tantangan Masa Depan*, (Jakarta: Badan Penerbit FHUI, 2003), hal. 166.

*Internet is a network of computer networks. The very name Internet comes from the concept of inter-networking, where multiple computer networks are joined together.*⁸

Implikasi dari perkembangan Internet adalah dampaknya yang amat besar bagi kegiatan ekonomi yang menjadi semakin efisien, namun dari segi hukum kemajuan teknologi Internet kerap memunculkan permasalahan-permasalahan baru. Kemunculan sistem peer-to-peer (P2P), mesin pencarian (*search engine*), buku elektronik (*e-books*), kompresi audio-video dalam berbagai format (mp3 audio atau flv video) yang memungkinkan ditampilkan dalam laman web, adalah contoh dari inovasi yang memiliki nilai ekonomis dalam kehidupan manusia, namun memiliki dampak besar dalam segi hukum pada umumnya dan hak cipta pada khususnya.



Gambar 1 – Mekanisme Peer-to-peer (P2P)⁹

Kehadiran inovasi-inovasi melalui media Internet tersebut di atas, ternyata tidak hanya membawa dampak positif. Sehubungan dengan perlindungan atas hak cipta, inovasi tersebut ternyata membawa dampak negatif dalam pemberantasan pembajakan dalam dunia industri kreatif. Internet memudahkan penyebaran konten menjadi lebih efisien. *Peer-to-peer (P2P) file sharing* adalah salah satu teknologi yang paling efisien yang ditawarkan melalui

⁸ Gerard R. Ferrera, et.al., *Cyber Law: Text and Cases*, (Ohio: South-Western College Publishing, 2001), hal. 3.

⁹< <http://en.wikipedia.org/wiki/File:P2P-network.svg>>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

Internet.¹⁰ Mekanisme ‘berbagi berkas’ melalui P2P memfasilitasi penyebaran konten menjadi sangat mudah, sebuah cara yang tidak terbayangkan oleh generasi terdahulu. Jaringan P2P yang ada tidak membedakan isi konten yang ditawarkan apakah memiliki hak cipta atau tidak. Berbagi berkas seperti ini telah memicu perang atas pembajakan hak cipta, di mana Pemegang Hak Cipta merasa nilai ekonomis-nya telah diambil.¹¹

Di tahun 1999, dunia dikejutkan oleh Napster, sebuah layanan berbagi musik melalui mekanisme P2P *on-line* yang dikembangkan oleh Shawn Fanning dan Sean Parker. Napster sebenarnya bukan sistem file sharing P2P murni, karena setiap anggotanya terhubung dengan server pusat yang menyimpan daftar *peer* mana yang mempunyai file yang dicari oleh *peer* lain, sedangkan pertukarannya dilaksanakan secara langsung antara komputer pengguna. Napster menawarkan kepada anggotanya yang terhubung untuk saling berbagi file musik, sebuah teknologi yang pada saat itu sangat tidak terpikirkan, yaitu mencari lagu di *peer* yang terhubung, kemudian anda dapat memainkan lagu itu atau mengunduhnya. Kehadiran Napster mendapat banyak kecaman. The Recording Industry Association of America (RIAA) menggugat Napster atas pelanggaran hak cipta milik anggota asosiasi mereka. Namun anehnya, setelah gugatan tersebut terjadi jumlah pengguna Napster melonjak drastis dari hanya sekitar dua ratus ribu-an menjadi 57 juta pengguna.¹² Dalam argumentasinya, RIAA mengatakan bahwa teknologi Napster telah didesain untuk ‘mencuri’ karya yang dilindungi hak cipta, sehingga harus dilarang karena sama dengan alat yang digunakan oleh pencuri.¹³ Setelah mendapat banyak kecaman dan gugatan dari perusahaan rekaman dan musisi (seperti Madonna dan Metalica), Hakim Marilyn Hall Patel dalam sidang pendahuluan memutuskan menutup situs Napster. Dalam tingkat banding, Ninth Circuit

¹⁰ Lawrence Lessig, *Free Culture : How Big Media Uses Technology and The Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press (New York: 2004), hal. 17.

¹¹ *Ibid.*, hal. 18.

¹² Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of The Commons in a Connected World*, Random House (Toronto: 2001), hal. 130-132.

¹³ *Ibid.*, hal. 195.

Court of Appeals California memperkuat putusan a quo. Napster kemudian mengubah layanan P2P-nya menjadi layanan berbayar.¹⁴

Kasus Napster di atas menunjukkan betapa perkembangan teknologi jauh melewati perkembangan hukum. Profesor Lawrence Lessig dari Fakultas Hukum Stanford University dalam bukunya berjudul *Remix* mengatakan bahwa sehubungan dengan permasalahan hak cipta, pada dasarnya ada dua budaya kreatifitas yang tengah berseteru dalam “copyright wars” yaitu Read/Only (RO) Culture dengan Read/Write (RW) Culture.¹⁵ Menurut Lessig, RO mewakili para profesional yang menghasilkan sebuah karya, yang memiliki kontrol penuh atas hasil karya tersebut, dan yang berorientasi atas nilai ekonomis yang dikonsumsi masyarakat atas hasil karya mereka.¹⁶ Sedangkan RW mewakili amatir dan profesional yang menghasilkan karya dengan ‘membaca’ dan dengan penuh kreatifitas ‘menulis kembali’ hasil karya RO.¹⁷ Perkembangan teknologi yang sangat pesat juga berdampak pada batasan kontrol perlindungan hukum hak cipta atas pemanfaatan dari karya cipta.¹⁸ Perkembangan teknologi dari era analog ke era digital sangat menentukan masa depan RO dan RW, di mana perusahaan rekaman menghadapi kerasnya usaha melindungi hak eksklusif mereka dengan munculnya teknologi merekam dalam pemutar kaset atau CD, penerbit buku dengan kehadiran mesin fotocopy atau scanner-printer, rumah produksi film dengan kehadiran VCR atau media perekam optik, hingga kehadiran Internet yang penuh dengan berbagai macam konten.

Lessig mengatakan bahwa adalah sebuah kesalahan menghasilkan kebijakan yang melindungi RO Culture dengan menjadikan RW Culture ilegal.¹⁹ Upaya yang telah dilakukan oleh pemerintah Amerika dan pihak industri melawan *file sharing*, yang merupakan bentuk dari pelanggaran hak cipta, telah menjadi sebuah kegagalan besar, di mana pada tahun 2006 sekitar 5 (lima) milyar lagu dibagi-bagikan di beberapa situs P2P sedangkan penjualan

¹⁴ *Ibid.*, hal. 196.

¹⁵ Lawrence Lessig, *Remix, Making Art and Commerce Thrive in The Hybrid Economy*, (London: Bloomsbury Publishing, 2008), Part One: Cultures, hal 23-116.

¹⁶ *Ibid.*, Chapter Five *Cultures Compared*.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, hal. 99.

¹⁹ *Ibid.*, hal. 50.

CD menurun hingga 20%.²⁰ Di lain pihak, berdasarkan data dari BigChampagne Online Media Measurement, jumlah pengguna P2P melonjak drastis dari sekitar 3,5 juta orang pada Agustus 2002 menjadi tak kurang dari 6 juta orang hingga Oktober 2006.²¹ Lessig sepakat bahwa pembajakan karya cipta adalah tindakan yang salah dan harus mendapatkan hukuman, baik itu dilakukan melalui atau tidak melalui Internet.²²

Selain perkembangan teknologi yang berdampak pada hak cipta tersebut di atas, Lessig melihat bahwa dalam era pasar bebas telah terjadi pergeseran konsep fair use dalam hak cipta, menjadi sangat melindungi kepentingan pemilik modal sebagai pemegang hak cipta. Dalam buku *Free Culture*,²³ Lessig memberikan contoh kasus yang dialami oleh Prof. Jon Else, seorang sutradara film dokumenter dan akademisi dari Berkeley University,²⁴ dengan Fox sebagai pemegang hak cipta serial *The Simpsons*. Pada tahun 1990, Prof. Jon Else mulai membuat sebuah film dokumenter untuk kepentingan akademis yang menggambarkan kehidupan para buruh di balik megahnya panggung San Fransisco Opera. Salah satu scene dalam film dokumenter tersebut menggambarkan suasana para sedang bermain kartu di sebuah ruangan kecil di balik panggung besar yang sedang memainkan opera Wagner's Ring Cycle yang megah. Dalam scene tersebut, tampak buruh sedang bermain kartu sambil menonton serial *The Simpsons* di televisi. Prof. Else menggunakan potongan gambar serial *The Simpsons* dalam scene tersebut selama 4,05 detik untuk memberikan nuansa yang khas bagi film dokumenternya. Prof. Else mengetahui

²⁰ *Ibid.*, hal. 110.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, hal 113. Lihat juga Lawrence Lessig, *Free Culture : How Big Media Uses Technology and The Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, (New York: The Penguin Press, 2004), hal. 10.

²³ Lawrence Lessig, *Free Culture : How Big Media Uses Technology and The Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, The Penguin Press (New York: 2004), hal. 95-99.

²⁴ Berdasarkan penelusuran penulis, Prof. Jon Else terdaftar sebagai salah satu staf pengajar tetap di Berkeley Graduate School of Journalism yang dapat diakses di <http://journalism.berkeley.edu/faculty/else/>. Else memproduksi dan menyutradari film *The Day After Trinity: J. Robert Oppenheimer and the Atomic Bomb*, *Yosemite: The Fate of Heaven*, *A Job at Ford's*, *The Great Depression*, *Cadillac Desert: Water and the Transformation of Nature*, *Sing Faster: The Stagehands' Ring Cycle*, dan *Open Outcry*. Else juga adalah produser dan cinematografer dalam serial *Eyes on the Prize: America's Civil Rights Years*. Else juga bertindak sebagai cinematografer dalam beberapa film dokumenter yang ditayangkan di stasiun televisi PBS, BBC, ABC, MTV dan HBO.

bahwa cuplikan *The Simpsons* yang ia gunakan dilindungi hak cipta, maka ia menghubungi pencipta *The Simpsons*, Matt Groening, untuk mendapatkan izin menggunakan cuplikan serial tersebut dalam film dokumenter yang merupakan proyek akademis, sehubungan dengan konsep *fair use*. Matt Groening menyetujui permohonan Prof. Else namun tetap memintanya untuk menghubungi Gracie Films, perusahaan yang memproduksi *The Simpsons*. Adapun Gracie Films tidak keberatan dengan permohonan Prof. Else, namun mereka meminta Prof. Else untuk menghubungi induk perusahaannya, Fox, sebagai pemegang lisensi *The Simpsons*. Prof. Else terkejut karena untuk menggunakan 4,05 detik cuplikan *The Simpsons* dalam film dokumenter untuk kepentingan akademis tersebut, Fox mewajibkannya membayar US\$10,000 (sekitar Rp. 90 juta dengan kurs 9.000). Karena keterbatasan biaya dan alotnya negosiasi dengan pihak Fox, akhirnya Prof. Else memutuskan untuk mengganti scene yang menggunakan cuplikan *The Simpsons* dengan cuplikan dari filmnya sendiri *The Day After Trinity*. Film dokumenter yang akhirnya diberi judul *Sing Faster: The Stagehands' Ring Cycle*, memenangkan kategori film dokumenter terbaik dalam festival Sundance Film Festival tahun 1999.²⁵

Dari pengalaman yang dialami oleh Prof. Else tersebut, Lessig mengatakan bahwa Matt Groening sebagai pencipta tidak lagi memiliki kuasa penuh atas ciptaannya karena dalam era pasar bebas pemilik modal yang memegang hak ciptalah yang menentukan penggunaan maupun harga atas penggunaan sebuah karya cipta.²⁶

Lawrence Lessig dengan dukungan rekan-rekannya dari Center for The Public Domain kemudian membentuk sebuah organisasi non-profit bernama Creative Commons pada tahun 2001 sebagai sarana untuk menjembatani dua paham yang sangat bertentangan. Paham pertama terbentuk dari RO Culture yang mengatur dengan ketat penggunaan karya cipta 'all rights reserved' dan paham yang kedua mewakili RW Culture yang penuh dengan kebebasan berkreasi 'no rights reserved'. Creative Commons hadir sebagai penengah dari

²⁵ Archive 1999 Sundance Film Festival, <<http://history.sundance.org/events/34>>, diakses tanggal 13 Mei 2011.

²⁶ *Ibid.*, hal. 97.

kedua paham tersebut, dengan ‘some rights reserved’²⁷, bukan sebagai sebuah sarana yang menyerang hak cipta namun menjadikan hak cipta sebagai sarana untuk mendukung *public domain*.²⁸



Gambar 2 – *Creative Commons menjembatani antara full copyright - all rights reserved dengan the public domain - no rights reserved*

Creative Commons terinspirasi dari Free Software Foundation (FSF)²⁹ yaitu dengan memberikan lisensi hak cipta secara gratis. Creative Commons sepakat bahwa hak cipta adalah hak kebendaan dan memerlukan ijin atas pemanfaatan karya tersebut.

We stole the basic idea from the Free Software Foundation — give away free copyright licenses. Because copyright is property, the law requires that you get permission before you “use” a copyrighted work, unless that use is a “fair use.” The particular kind of “use” that requires permission is any use within the reach of the exclusive rights that copyright grants. In the physical world, these “exclusive rights” leave lots unregulated by copyright. For example, in the real world, if you read a book, that’s not a “fair use” of the book. It is an unregulated use of the book, as reading does not produce a copy (except in the brain, but don’t tell the lawyers).³⁰

Akan tetapi di dunia maya (*cyberspace*) tidak ada cara lain selain membuat salinan “*copy*.” Pada prinsipnya, sehubungan dengan prinsip *fair use*, pemanfaatan atas karya cipta di dunia maya wajib mendapatkan izin. Perijinan inilah yang ditawarkan oleh Creative Commons.

But in cyberspace, there’s no way to “use” a work without simultaneously making a “copy.” In principle, and again, subject to

²⁷ “Some Rights Reserved”: *Building a Layer of Reasonable Copyright*, <http://wiki.creativecommons.org/History>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

²⁸ Lawrence Lessig, *CC in Review: Lawrence Lessig on Supporting the Commons*, <https://creativecommons.org/weblog/entry/5661>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

²⁹ Free Software Foundation adalah sebuah organisasi non-profit yang dibentuk oleh Richard Stallman pada tanggal 4 Oktober 1985 sebagai sebuah sarana mendukung *gerakan free software*, yang mendukung ide *copyleft*, dengan tujuan mempromosikan kebebasan untuk membuat, mendistribusikan dan memodifikasi perangkat lunak komputer.





³⁰ Lawrence Lessig, *op.cit.*

*fair use, any use of a work in cyberspace could be said to require permission first. And it is that feature (or bug, depending upon your perspective) that was the hook we used to get Creative Commons going.*³¹

Creative Commons memiliki 4 (empat) kondisi utama yang ditawarkan kepada Pencipta atas karya cipta mereka, yaitu:³²

1. Attribution (Pencipta mewajibkan adanya atribusi/pencantuman namanya sebagai pencipta bagi mereka yang menggunakan karya kreatifnya),
2. Non-Commercial (Pencipta hanya mengizinkan penggunaan non komersial atas karyanya),
3. No Derivatives (Pencipta mewajibkan penggunaan karyanya sebagaimana adanya, tidak untuk dimodifikasi), dan
4. Share Alike (setiap derivatif atau turunan dari karya yang digunakan harus diumumkan dengan sebuah lisensi Share Alike license).



Dari ke-empat kondisi utama tersebut, lahirlah 6 (enam) variasi lisensi Creative Commons dengan logo-logo sebagai berikut:³³

1. Attribution (anda diberikan kebebasan menggunakan karya tersebut, namun tetap ada atribusi/pencantuman nama Pencipta) 
2. Attribution-ShareAlike (anda diberikan kebebasan menggunakan karya tersebut, namun tetap ada atribusi/pencantuman nama Pencipta dan lisensikan setiap karya derivatif dengan lisensi Share Alike) 
3. Attribution-NoDerivatives (anda boleh menggunakan karya tersebut tetapi tidak untuk dimodifikasi, serta ada atribusi/pencantuman nama Pencipta) 
4. Attribution-NonCommercial (anda tidak boleh menggunakan karya untuk tujuan komersial, ada atribusi/pencantuman nama Pencipta) 

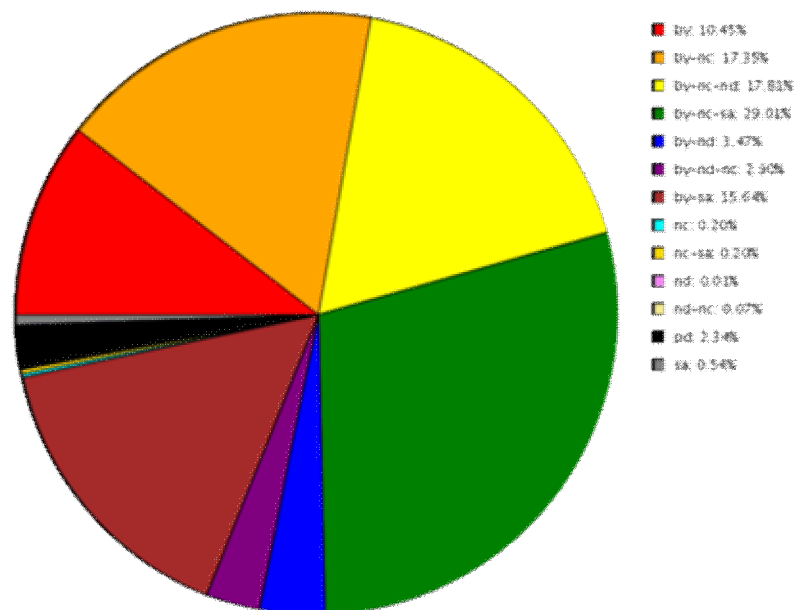
³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

5. Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 
 (anda tidak boleh menggunakan karya untuk tujuan komersial, boleh untuk dimodifikasi, serta ada atribusi/pencantuman nama Pencipta)
6. Attribution-NonCommercial-ShareAlike 
 (anda tidak boleh menggunakan karya untuk tujuan komersial, tidak untuk dimodifikasi, ada atribusi/pencantuman nama Pencipta).

Simeon Moran, Co-Produser Digital Fringe, mengatakan alasannya menggunakan lisensi Creative Commons adalah karena fleksibilitas serta akses yang ditawarkan Creative Commons memberikan pilihan bagi para seniman atas masa depan hasil karya mereka. *“The flexibility and accessibility that Creative Commons provides really opens the options for artists about how they want their creations to continue their cultural life.”*³⁴



Grafik 1 – Persentase Karya Menggunakan Tipe-tipe Lisensi CC hingga 2006 (Yahoo! Queries)

Sumber: http://wiki.creativecommons.org/Metrics/License_statistics#Software

³⁴ Rachel Cobcroft, Ed., *Building the Australasian Commons*, Creative Commons Clinic - Australian Research Council Centre of Excellence for Creative Industries And Innovation: 2010, hal. 84.

Creative Commons di telinga orang awam mungkin masih terdengar asing dan tidak menjamin perlindungan dari eksekusi pelanggaran karya cipta melalui *file sharing* atau P2P. James Milsom, vokalis dan gitaris grup band Ancient Free Gardeners, mengatakan bahwa dengan lisensi Creative Commons, musisi tidak akan kehilangan hak-haknya atas musik ciptaannya, ada banyak keuntungan yang akan didapat karena anda tidak kehilangan apapun ”*once you understand that with CC licences you don’t actually have to lose all of the rights to the music, there is nothing but benefit that you can derive. You have next to nothing, so you have nothing to “lose”*”.³⁵

Dengan tagline: *Share, Remix, Reuse – Legally*³⁶, Creative Commons memiliki visi untuk merealisasikan semua potensi yang ada di Internet – sebagai akses universal atas riset, pendidikan, partisipasi penuh dalam kebudayaan dan mendorong era baru pembangunan, pertumbuhan dan produktifitas.

*Our vision is nothing less than realizing the full potential of the Internet — universal access to research, education, full participation in culture, and driving a new era of development, growth, and productivity.*³⁷

Adapun misi dari Creative Commons adalah untuk mengembangkan, mendukung dan mengawal infrastruktur hukum dan teknis yang memaksimalkan kreatifitas, berbagi dan inovasi digital.

*Creative Commons develops, supports, and stewards legal and technical infrastructure that maximizes digital creativity, sharing, and innovation.*³⁸

Lisensi hak cipta dan sarana yang ditawarkan oleh Creative Commons menyeimbangkan “all rights reserved” tradisional yang diciptakan oleh hukum hak cipta. Sarana yang ditawarkan Creative Commons memungkinkan setiap orang baik Pencipta individual hingga perusahaan besar dan institusi, menggunakan sebuah cara yang mudah dan ter-standardisasi untuk memberikan

³⁵ *Ibid.*, hal. 12.

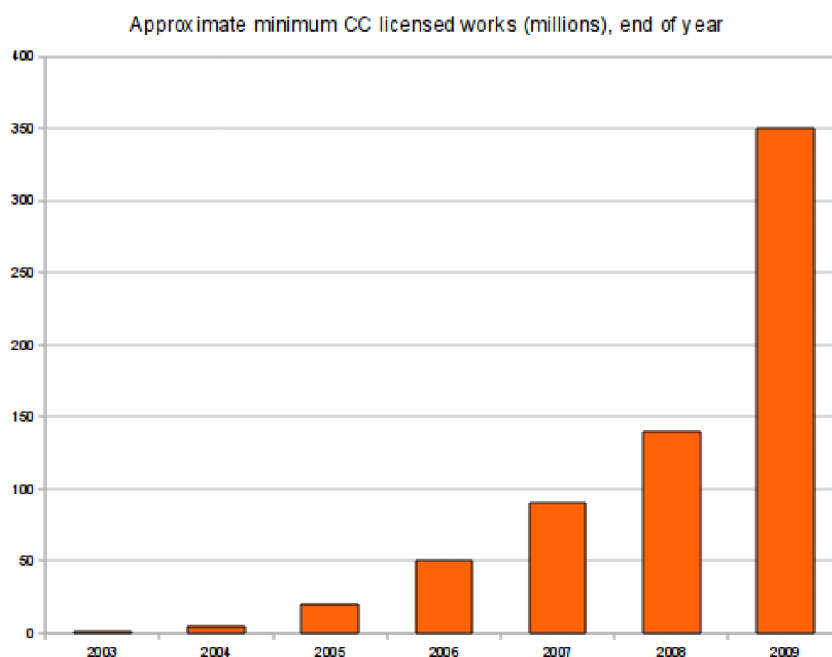
³⁶ <http://creativecommons.org/>, diakses tanggal 12 Februari 2011.

³⁷ *About*, <http://creativecommons.org/about>, diakses tanggal 12 Februari 2011.

³⁸ *Ibid.*

ijin hak cipta atas karya kreatif mereka. Kombinasi dari sarana dan pengguna Creative Commons adalah kebersamaan digital yang besar dan terus berkembang, sebuah kolam penuh dengan konten yang semuanya dapat di-copy, didistribusikan, diedit, diremix dan dibangun sesuai dengan hukum hak cipta.

The Creative Commons copyright licenses and tools forge a balance inside the traditional “all rights reserved” setting that copyright law creates. Our tools give everyone from individual creators to large companies and institutions a simple, standardized way to grant copyright permissions to their creative work. The combination of our tools and our users is a vast and growing digital commons, a pool of content that can be copied, distributed, edited, remixed, and built upon, all within the boundaries of copyright law.³⁹



Grafik 2 – Jumlah Karya Menggunakan Lisensi CC hingga akhir 2009

Sumber: <http://wiki.creativecommons.org/Metrics>

Organisasi yang bermarkas di San Fransisco, California, ini mengklaim memiliki lebih dari 100 afiliasi di 70 negara di seluruh dunia⁴⁰ dengan tak kurang dari 350 juta karya telah menggunakan lisensi Creative Commons (lihat tabel 3).

³⁹ Licenses, <http://creativecommons.org/licenses/>, diakses tanggal 12 Februari 2011.

⁴⁰ CC Affiliate Network, <http://creativecommons.org/affiliates>, diakses tanggal 12 Februari 2011.

Sejak berdiri di tahun 2002, telah terjadi beberapa sengketa mengenai pelanggaran atas perjanjian lisensi Creative Commons, seperti di Belanda (Adam Curry v Audax Publishing BV), Amerika Serikat (GateHouse Media Inc. v That's Great News, LLC), Belgia (Lichôdmapwa v. L'asbl Festival de Theatre de Spa) dan Israel (Avi Re'uveni v. Mapa Inc). Namun untuk pertama kalinya di bulan Oktober 2007, Creative Commons digugat di Pengadilan Distrik Texas dalam kasus Susan Chang v Virgin Mobile USA, Virgin Mobile Pty Australia dan Creative Commons atas sebuah foto yang menggunakan perjanjian lisensi Creative Commons Attribution yang ada di situs Flickr. Gugatan kepada Creative Commons didasarkan atas kelalaian (*negligence*) Creative Commons yang tidak memberikan edukasi dan peringatan pada Penggugat sebagai pengguna lisensi Creative Commons Attribution atas pengertian penggunaan komersial serta konsekuensi atas penggunaan lisensi tersebut.

Perkembangan pengaturan masalah hak cipta berjalan seiring dengan perkembangan masyarakat, baik tingkat perkembangannya maupun tingkat perkembangannya teknologinya.⁴¹ Menurut Lawrence M. Friedman, hukum adalah sebuah sistem yang memiliki tiga elemen, yaitu *structure*, *substance* dan *legal culture*.⁴² Sehubungan dengan itu, perkembangan yang sangat pesat atas penggunaan lisensi Creative Commons di seluruh dunia melahirkan pertanyaan mengenai kedudukan dan aplikasinya dalam perspektif hukum hak cipta pada umumnya dan di Indonesia pada khususnya.

I. 2. Pokok Permasalahan

Permasalahan yang akan dibahas dalam tesis ini adalah:

1. Bagaimanakah kedudukan lisensi Creative Commons dalam perspektif Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta di Indonesia?

⁴¹ Muhammad Djumhana & R. Djubaedillah, *Hak Milik Intelektual – Sejarah, Teori dan Prakteknya di Indonesia*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003) hal. 51.

⁴² Lawrence M. Friedman, *American Law: An Introduction* (New York: W.W. Norton and Company, 1984), hal 5-7.

2. Bagaimanakah penyelenggaraan dan penerapan lisensi Creative Commons atas sebuah ciptaan?
3. Bagaimanakah mekanisme penyelesaian sengketa atas sebuah karya cipta yang mendapat lisensi Creative Commons?

I. 3. Tujuan Penelitian

Tujuan dari penulisan tesis ini adalah untuk:

1. Mengetahui bagaimanakah kedudukan lisensi Creative Commons dalam perspektif Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta di Indonesia.
2. Mengetahui bagaimanakah penyelenggaraan dan penerapan lisensi Creative Commons atas sebuah ciptaan.
3. Mengetahui bagaimanakah mekanisme penyelesaian sengketa atas sebuah karya cipta yang menggunakan lisensi Creative Commons.

I. 4. Kegunaan Penelitian

Hasil dari penulisan tesis ini diharapkan berguna untuk hal-hal sebagai berikut:

1. Secara teoritis, diharapkan bermanfaat dan menambah khasanah bagi perkembangan ilmu hukum, khususnya di bidang hukum Hak Cipta, yang dikaitkan dengan masalah pemanfaatan teknologi informasi melalui media Internet.
2. Secara praktis, diharapkan bermanfaat dan menjadi bahan masukan bagi seniman, penulis atau para pekerja industri kreatif lainnya, dan instansi pemerintah terkait serta pihak-pihak yang terlibat di industri kreatif dalam rangka menciptakan atau memperbaiki peraturan perundang-undangan serta melakukan koordinasi menyangkut Hak Cipta pada umumnya dan Creative Commons pada khususnya.

I. 5. Kerangka Teori Dan Konseptual

Dalam Pasal 28C ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 dikatakan bahwa:

“Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.”

Ketentuan tersebut di atas menjadi dasar konstitusional bagi negara untuk memastikan setiap warganya mendapatkan jaminan atas haknya tersebut. Salah satu hak dari ilmu pengetahuan, teknologi, seni dan budaya tersebut adalah hak yang ada dalam lingkup Hak Kekayaan Intelektual (HKI).

Permasalahan mengenai HKI secara langsung maupun tidak langsung akan menyentuh berbagai aspek seperti teknologi, industri, sosial, budaya dan tentunya aspek hukum. Perkembangan teknologi yang sangat cepat telah merubah banyak hal dalam kehidupan manusia. Sehubungan dengan upaya perlindungan atas HKI, hukum diharapkan mampu memberi kepastian bagi warga negara untuk mendapatkan haknya serta mengembangkannya di tengah pesatnya perkembangan teknologi.

Secara umum HKI dapat terbagi dalam dua cabang utama yaitu:⁴³

- a. Hak Kekayaan Industri di bidang invensi-invensi, merek, desain industri, dan indikasi geografis.
- b. Hak Cipta dan Hak Terkait di bidang tulisan, ciptaan musik, ciptaan drama, ciptaan audiovisual, lukisan dan gambar, patung, ciptaan foto, ciptaan arsitektur, rekaman suara, pertunjukan pemusik aktor dan penyanyi, serta penyiaran.

Perlindungan atas hak cipta lahir melalui Konvensi Berne yaitu *International Convention for the Protection of Literary and Artistic Work*, yang di dalamnya mengakui teknologi informasi. Konvensi Berne ditandatangani pada tanggal 9 September 1886 dan hingga kini kurang lebih 133 negara telah ikut menandatangani konvensi ini. Indonesia telah meratifikasi konvensi

⁴³ Eddy Damian, *loc.cit.*, hal. 23.

tersebut dengan Keppres No. 18 Tahun 1997 tanggal 7 Mei 1997 dan telah dinotifikasikan kepada World Intellectual Property Organization (WIPO) pada tanggal 5 September 1997. Konsekuensi dari ratifikasi tersebut adalah Indonesia harus melindungi ciptaan dari seluruh negara anggota Konvensi Berne.⁴⁴ Peraturan perundang-undangan Indonesia mengenai hak cipta sangat erat hubungannya dengan adanya Konvensi Berne. Dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta, definisi mengenai 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.

Lisensi hak cipta dan sarana yang ditawarkan oleh Creative Commons menyeimbangkan “all rights reserved” tradisional yang diciptakan oleh hukum hak cipta. Sarana yang ditawarkan Creative Commons memungkinkan setiap orang baik Pencipta individual hingga perusahaan besar dan institusi, sebuah cara yang mudah dan ter-standardisasi untuk memberikan ijin hak cipta atas karya kreatif mereka. Kombinasi dari sarana dan pengguna Creative Commons adalah kebersamaan digital yang besar dan terus berkembang, sebuah kolam penuh dengan konten yang semuanya dapat di-copy, didistribusikan, diedit, di-*remix* dan dibangun sesuai dengan hukum hak cipta.

*The Creative Commons copyright licenses and tools forge a balance inside the traditional “all rights reserved” setting that copyright law creates. Our tools give everyone from individual creators to large companies and institutions a simple, standardized way to grant copyright permissions to their creative work. The combination of our tools and our users is a vast and growing digital commons, a pool of content that can be copied, distributed, edited, remixed, and built upon, all within the boundaries of copyright law.*⁴⁵

Dalam penelitian ilmiah ini, istilah-istilah teknis yang perlu diketahui adalah:

⁴⁴ Edmon Makarim, *loc. cit.*, hal 258-259.

⁴⁵ *Licenses*, <<http://creativecommons.org/licenses/>>, diakses tanggal 12 Februari 2011.

1. *Software*, adalah satu atau beberapa program komputer yang berisi seperangkat perintah kepada perangkat keras komputer untuk melakukan pekerjaan tertentu.
2. *Free software*, adalah suatu program komputer yang di dalamnya memberikan kebebasan-kebebasan kepada penggunanya untuk (i) menggunakan program, (ii) memperbanyak dan memodifikasi program, (iii) mendistribusikan program dan (iv) membuka kode sumber (*source code*).
3. Industri kreatif adalah industri yang bersumber pada kreativitas, keahlian & bakat individu yang memiliki potensial untuk menciptakan kesejahteraan dan kesempatan kerja melalui penggunaan intellectual property dan konten.
4. Informasi Elektronik adalah satu atau sekumpulan data elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, electronic data interchange (EDI), surat elektronik (electronic mail), telegram, teleks, telecopy atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, Kode Akses, simbol, atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.
5. Transaksi Elektronik adalah perbuatan hukum yang dilakukan dengan menggunakan Komputer, jaringan Komputer, dan/atau media elektronik lainnya.
6. Teknologi Informasi adalah suatu teknik untuk mengumpulkan, menyiapkan, menyimpan, memproses, mengumumkan, menganalisis, dan/atau menyebarkan informasi.
7. Sistem Elektronik adalah serangkaian perangkat dan prosedur elektronik yang berfungsi mempersiapkan, mengumpulkan, mengolah, menganalisis, menyimpan, menampilkan, mengumumkan, mengirimkan, dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik.

8. Penyelenggaraan Sistem Elektronik adalah pemanfaatan Sistem Elektronik oleh penyelenggara negara, Orang, Badan Usaha, dan/atau masyarakat.
9. Lisensi adalah izin yang diberikan oleh Pemegang Hak Cipta atau Pemegang Hak Terkait kepada pihak lain untuk mengumumkan dan/atau memperbanyak Ciptaannya atau produk Hak Terkaitnya dengan persyaratan tertentu.
10. Lisensi *Free Software (free software license)* adalah lisensi untuk program berjenis *free software*.
11. 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.
12. Pencipta adalah seorang atau beberapa orang secara bersama-sama yang atas inspirasinya melahirkan Ciptaan berdasarkan kemampuan pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan, atau keahlian yang dituangkan ke dalam bentuk yang khas dan bersifat pribadi.
13. Ciptaan adalah hasil setiap karya Pencipta yang menunjukkan keasliannya dalam lapangan ilmu pengetahuan, seni, atau sastra.
14. Pemegang Hak Cipta adalah Pencipta sebagai Pemilik Hak Cipta, atau pihak yang menerima hak tersebut dari Pencipta, atau pihak lain yang menerima lebih lanjut hak dari pihak yang menerima hak tersebut.
15. Pengumuman adalah pembacaan, penyiaran, pameran, penjualan, pengedaran, atau penyebaran suatu Ciptaan dengan menggunakan alat apapun, termasuk media Internet, atau melakukan dengan cara apapun sehingga suatu Ciptaan dapat dibaca, didengar, atau dilihat orang lain.
16. Perbanyakannya, adalah penambahan jumlah sesuatu Ciptaan, baik secara keseluruhan maupun bagian yang sangat substansial dengan menggunakan bahan-bahan yang sama ataupun tidak sama, termasuk mengalihwujudkan secara permanen atau temporer.

17. Potret adalah gambar dari wajah orang yang digambarkan baik bersama bagian tubuh lainnya ataupun tidak, yang diciptakan dengan cara dan alat apapun.
18. Hak Terkait adalah hak yang berkaitan dengan Hak Cipta yaitu hak eksklusif bagi Pelaku untuk memperbanyak atau menyiarkan pertunjukannya; bagi Produser Rekaman Suara untuk memperbanyak atau menyewakan karya rekaman suara atau rekaman bunyinya; dan bagi Lembaga Penyiaran untuk membuat, memperbanyak, atau menyiarkan karya siarannya.

I. 6. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penulisan tesis ini adalah metode pendekatan preskriptif analitis dan yuridis normatif yaitu dengan memaparkan penelitian, kemudian melakukan pembahasan terhadap permasalahan sehubungan dengan penelitian.

Adapun metode pengumpulan data yang digunakan untuk mengumpulkan data dalam penulisan tesis ini adalah sebagai berikut:⁴⁶

1. Penelitian Kepustakaan

Merupakan suatu metode data yang dilakukan melalui bahan pustaka dan data ini dinamakan data sekunder. Data sekunder ini dapat diperoleh melalui:

- a. Bahan hukum primer yakni bahan-bahan hukum yang mengikat dan dalam penelitian ini data dari bahan hukum primer akan diperoleh dari buku mengenai Hak Cipta serta Creative Commons, serta peraturan yang berhubungan dengan pokok penelitian.
- b. Bahan hukum sekunder yakni memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer seperti misalnya Undang-Undang, Rancangan Undang-Undang, hasil penelitian, hasil karya dari pakar hukum, dan seterusnya.

⁴⁶ Soerjono Soekanto, *Tata Cara Penyusunan Karya Tulis Ilmiah Bidang Hukum*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1987), hal. 19.

c. Bahan hukum tertier yakni bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, contohnya kamus, ensiklopedi, dan seterusnya.

2. Penelitian Lapangan

Penelitian lapangan adalah suatu usaha pengumpulan data dan informasi secara intensif melalui observasi serta wawancara langsung dengan narasumber yang berkompeten atau pihak-pihak yang berwenang dalam bidangnya dan/atau pihak yang berkepentingan sendiri, melihat dan melalui pengamatan. Sehubungan dengan penelitian ini, narasumber yang akan diwawancarai adalah pakar atau praktisi bidang Hak Cipta.

I. 7. Sistematika Penulisan

Secara sistematis, tesis ini akan terbagi dalam bab-bab sebagai berikut:

Bab I Pendahuluan

Bab ini terbagi dalam 6 (enam) sub bab, yaitu Latar Belakang Masalah, Pokok Permasalahan, Tujuan Penulisan, Kegunaan Penulisan, Kerangka Teori dan Konseptual, Metode Penelitian dan Sistematika Penulisan.

Bab II Tinjauan Umum Hak Cipta

Pada bagian ini penulis menjelaskan mengenai Sejarah Hak Cipta; Konvensi Internasional tentang Hak Cipta; Prinsip-prinsip Dasar Hak Cipta; Hak Moral, Hak Ekonomi dan Hak Salinan (*Neighbouring Right*); Fair Use / Fair Dealing; Hak Cipta di Indonesia; Obyek Hak Cipta; Pendaftaran Hak Cipta dan Pengalihan Hak Cipta.

Bab III Lisensi Creative Commons

Dalam bab ini penulis membahas tentang Pengertian Lisensi, Asas-asas Lisensi, Cakupan Lisensi, Jenis-jenis Lisensi, Tiga Lapisan Lisensi (*Three Layers of Licenses*) Creative Commons, Macam-macam Lisensi Creative Commons, Unported – Ported License, CC+ (CC Plus), CC0 (CC Zero), Public Domain Mark (PMD), Creative Commons Indonesia dan Creative Commons sebagai Penyelenggara Sistem Elektronik.

Bab IV Analisa Kasus Susan Chang v Virgin Mobile Usa, Virgin Mobile Pty Ltd Australia dan Creative Commons.

Pada bab ini, penulis memaparkan mengenai Kasus Posisi, Pemeriksaan Pengadilan, dan Putusan Pengadilan atas kasus Susan Chang v Virgin Mobile USA, Virgin Mobile Pty Ltd Australia dan Creative Commons di Pengadilan Distrik Texas, serta analisa kasus tersebut dihubungkan dengan hukum hak cipta di Indonesia.

Bab V Kesimpulan dan Saran.

Bagian akhir penulisan ini terdiri dari kesimpulan penelitian dan saran penulis bagi pihak-pihak terkait.

BAB II

TINJAUAN UMUM HAK CIPTA

2.1 Sejarah Hak Cipta

Dalam kepastakaan hukum di Indonesia yang pertama dikenal adalah hak pengarang/hak pencipta (*author right*), yaitu setelah diberlakukannya Undang-Undang Hak Pengarang (Auteurswet 1912 Stb. 1912 Nomor 600), kemudian menyusul istilah Hak Cipta. Istilah inilah yang kemudian dipakai dalam peraturan perundang-undangan selanjutnya. Pengertian kedua istilah tersebut menurut sejarah perkembangannya mempunyai perbedaan yang cukup besar.⁴⁷

Istilah Hak Pengarang/Pencipta (*author right*) berkembang di daratan Eropa yang menganut system hukum sipil, sehingga di negara-negara Eropa undang-undang yang mengatur karya cipta tersebut diberi nama Undang-Undang Hak Pencipta, seperti contoh di Prancis – *droit d'auteur*, di Jerman – *Urheberrecht*, dan di Italia – *diritto d'autore*. Sedangkan istilah Hak Cipta (*copyright*) bermula dari negara yang menganut sistem Common Law.⁴⁸

Pengertian hak cipta asal mulanya menggambarkan hak untuk menggandakan atau memperbanyak suatu karya cipta. Istilah *copyright* (hak cipta) tidak jelas siapa yang pertama memakainya, tidak ada satupun perundang-undangan yang secara jelas menggunakannya pertama kali. Menurut Stanley Rubenstein, sekitar tahun 1740 tercatat pertama kali orang menggunakan istilah "*copyright*". Di Inggris pemakaian istilah hak cipta (*copyright*) pertama kali berkembang untuk menggambarkan konsep guna melindungi penerbit dari tindakan penggandaan buku oleh pihak lain yang tidak mempunyai hak untuk menerbitkannya. Perlindungan bukan diberikan kepada si pencipta (*author*), melainkan diberikan kepada pihak penerbit. Perlindungan tersebut dimaksudkan untuk memberikan jaminan atas investasi penerbit dalam membiayai percetakan suatu karya. Hal ini sesuai dengan landasan penekanan sistem hak cipta dalam "*common law system*" yang mengacu pada segi ekonomi.⁴⁹

Pertama kali peraturan yang mengatur bidang di sekitar masalah Hak Cipta

⁴⁷ Muhammad Djumhana & R. Djubaedillah, *op.cit.*, hal. 47.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

adalah peraturan dari Raja Richard III dari Inggris. Peraturan ini berisi pengaturan pengawasan mengenai kegiatan percetakan. Tahun 1556 dikeluarkan pula sebuah dekret, yaitu *Star Chamber*, yang menentukan setiap buku memerlukan ijin dan setiap orang dilarang mencetak tanpa ijin. Pada tahun 1643 dikeluarkan peraturan yang melarang mencetak atau mengimpor buku tanpa ijin sah dan terdaftar dalam daftar *Stationers Company*. Perusahaan tersebut memegang monopoli atas usaha percetakan selama 100 (seratus) tahun dan mempunyai kewenangan untuk menyelidiki, menyita dan menghancurkan karya-karya yang diterbitkan tanpa ijin, sehingga dengan demikian pengarang tidak mempunyai kekuatan. Peraturan terakhir ini merupakan kolusi antara pihak kerajaan dengan perusahaan percetakan (*Stationers Company*).⁵⁰

Di Inggris tahun 1709 dapat dianggap sebagai awal lahirnya konsep modern mengenai Hak Cipta. Melalui undang-undang yang dikenal dengan *Act of Anne* lahir ketentuan untuk melindungi penerbit dari tindakan yang tidak sah menggandakan sebuah buku. Undang-undang ini memuat ketentuan bahwa si penerbit dapat menjual hasil cetaknya serta dilindunginya hak eksklusif tersebut selama 21 (duapuluh satu) tahun. Undang-undang tersebut menjadi pembatas antara akhir sistem Hak Cipta otokrasi dengan sistem Hak Cipta yang lebih demokratis. Undang-undang itu kemudian banyak diikuti oleh negara-negara yang menganut sistem *Common Law*.⁵¹

Hanya saja perkembangan selanjutnya, perlindungan hukum Hak Cipta bergeser dengan tidak hanya memberikan perlindungan kepada penerbit buku namun juga bagi pencipta (*author*) di luar penulisan buku, seperti drama, musik dan pekerjaan artistik (*artistic work*). Setelah berkembangnya teknologi, maka karya cipta sinematografi, fotografi, rekaman suara, dan penyiaran, juga dilindungi dalam cakupan Hak Cipta.⁵²

Sistem Hak Cipta Eropa Kontinental banyak dipengaruhi oleh Revolusi Prancis tahun 1789, tetapi dalam hal ini tidak lepas peran dan alasan komersialpun merupakan pendorong perkembangan sistem Hak Cipta Eropa Kontinental tersebut. Dalam doktrin atau asas pada sistem Hak Cipta Eropa, pencipta menjadi

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid*, hal. 48.

⁵² *Ibid.*

titik pusat yang mendapat hak penuh untuk mengontrol setiap penggunaan karyanya yang mungkin dapat merugikan kepentingannya, maka tidak berlebihan bila dikenal adanya hak moral.⁵³

Pada akhir abad kesembilan belas, terus berkembang adanya kebutuhan perlindungan Hak Cipta yang tidak hanya di dalam negara saja, tetapi juga di luar negeri. Guna memenuhi tuntutan tersebut, pada tahun 1886 dibentuklah sebuah konvensi yang mencoba membentuk satu sistem aturan Hak Cipta di seluruh dunia. Konvensi ini ditandatangani di Berne, Swiss, yang kemudian dikenal dengan *International Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*.⁵⁴

Pengaturan internasional mengenai Hak Cipta selain melalui Konvensi Berne, juga ada Konvensi Universal 1952, yang dikenal dengan *Universal Convention of Copyright (UCC) 1952*. Pada abad ke-20 ini perkembangan pengaturan Hak Cipta tidak hanya menyangkut masalah Hak Atas Kekayaan Intelektual, tetapi juga telah melebar sebagai bagian yang tak tidak terpisahkan dari urusan perdagangan. Jadi tidak perlu heran bila pengaturan masalah Hak Cipta dikaitkan dengan kuota ekspor suatu negara dan tarif masuk barang. Sekarang ini Hak Cipta dan Hak Atas Kekayaan Intelektual tidak akan terpisahkan dari isu dalam putaran perjanjian perdagangan seperti *General Agreement of Tariffs and Trade (GATT)*.⁵⁵

2.2 Konvensi Internasional Hak Cipta

Semakin luasnya perkembangan suatu karya cipta, menyebabkan adanya suatu kebutuhan untuk tetap melindunginya meskipun melewati batas-batas negara. Inggris sebagai negara besar dari sistem *Common Law* sedangkan Prancis dan Jerman sebagai negara besar dari sistem *Civil Law* serta beberapa negara lainnya, kemudian bersepakat untuk membuat suatu konvensi yang diharapkan bisa membentuk satu sistem yang dapat berlaku secara global. Sistem yang dilahirkan adalah sebagai hasil dari kompromi 2 (dua) sistem yang ada. Perjalanan

⁵³ *Ibid.*, hal. 50.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

kompromi ini sangat alot, tetapi ada hasilnya berupa Konvensi Berne 1886.⁵⁶

Konvensi Berne 1866, yaitu *International Convention for the Protection Literary and Artistic Work*, ditandatangani di Berne, Swiss. Konvensi ini telah mengalami beberapa kali revisi, yaitu di Berlin 1908, Roma 1928, Brussel 1967, dan terakhir di Paris 1971. Menurut catatan Sekretariat Konvensi Berne yang dipegang oleh World Intellectual Property Organization (WIPO), sampai 1 Januari 1989, peserta Konvensi Berne berjumlah 81 (delapan puluh satu) negara. Indonesia melalui Keputusan Presiden Nomor 18 Tahun 1997 tanggal 7 Mei 1997 telah meratifikasi Konvensi Berne tersebut. Konvensi Berne berlaku efektif setelah 3 (tiga) bulan penyerahan notifikasi kepada WIPO. Oleh karenanya, konvensi tersebut di Indonesia baru berlaku efektif terhitung tanggal 5 September 1997, karena Indonesia baru menyerahkan notifikasinya tanggal 4 Juni 1997.⁵⁷

Beberapa tahun kemudian setelah terbentuk Konvensi Berne, terbentuk pula suatu konvensi yang lingkupnya bersifat regional, yaitu Konvensi Pan America yang ditandatangani di Montevideo 11 Januari 1889, kemudian disusul Mexico City 1902, Rio de Janeiro 1906, Buenos Aires 1910 dan Havana 1928. Konvensi Pan America salah satu isinya memuat ketentuan perlunya pencantuman pada setiap ciptaan suatu maklumat berupa kata *All Rights Reserved* (bahasa asli Spanyol-nya *Todos Los Derechos Reser Vados*).⁵⁸

Setelah Perang Dunia Kedua tepatnya tahun 1947, muncul suatu gagasan yang ingin menyatukan suatu sistem hukum hak cipta yang universal yang menampung semua sistem hak cipta. Gagasan ini timbul dari peserta Konvensi Berne dan Amerika Serikat di lain pihak. Dengan sponsor Perserikatan Bangsa-Bangsa, utamanya United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), gagasan itu dikonkretkan dengan diadakannya suatu konvensi di Jenewa pada September 1952. Di kota Jenewa inilah maka ditandatangani sebuah konvensi baru, yaitu Konvensi Universal mengenai Hak Cipta atau dikenal dengan *Universal Copyright Convention* (UCC) atau Konvensi

⁵⁶ *Ibid.*, hal. 52.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

Hak Cipta Sedunia.⁵⁹

Konvensi universal tersebut memuat 11 (sebelas) pasal dan 3 (tiga) protokol yang terdiri dari: ketentuan pengakuan hak cipta orang yang tidak mempunyai kewarganegaraan dan para pengungsi; hak cipta organisasi internasional; saat efektif berlakunya ratifikasi, penerimaan konvensi tersebut. Konvensi universal inipun telah mengalami revisi, yaitu pada tahun 1971 di Paris.⁶⁰

Ketentuan yang monumental dari UCC adalah ketentuan formalitas hak cipta berupa kewajiban setiap karya yang ingin dilindungi harus mencantumkan tanda C dalam lingkaran © disertai nama penciptanya. Simbol tersebut menunjukkan bahwa karya tersebut telah dilindungi dengan hak cipta negara asalnya dan telah terdaftar di bawah perlindungan hak cipta.⁶¹

Selain konvensi yang umum tentang hak cipta, juga terdapat konvensi atau perjanjian tentang hak cipta yang mengatur satu atau beberapa aspek saja, misalnya mengenai aspek hak salinan (*neighbouring right*) atau hak-hak yang berkaitan dengan hak cipta, aspek penyiaran televisi, aspek bidang rekaman, dan yang lainnya. Perjanjian seperti ini biasanya hanya diikuti beberapa negara saja, jadi tidak menyeluruh.⁶²

Dewan Eropa (*Council of Europe*) pada tahun 1960 di Strasbourg telah membentuk suatu perjanjian mengenai perlindungan penyiaran televisi (*European Agreement on the Protection Television Broadcast*) perjanjian ini berasaskan prinsip *national treatment*, terdiri dari 14 (empat belas) pasal, ditambah protokol yang berisi 5 (lima) pasal. Pada tahun 1974, ketentuan pada protokol ditambah lagi sebanyak 4 (empat) pasal hasil perundingan Strasbourg.⁶³

Pada tahun 1961 di Roma, dihasilkan sebuah Konvensi Internasional mengenai hak salinan (*Neighbouring Right*), yaitu *International Convention for Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization*. Konvensi

⁵⁹ Berdasarkan data di situs resmi UNESCO di <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=15381&language=E&order=alpha>> yang diakses tanggal 2 Februari 2011, jumlah negara yang ikut serta dalam konvensi UCC tanggal 6 September 1952 di Jenewa adalah 100 negara.

⁶⁰ Berdasarkan data di situs resmi UNESCO di <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=15241&language=E&order=alpha>> yang diakses tanggal 2 Februari 2011, jumlah negara yang ikut serta dalam konvensi UCC tanggal 24 Juli 1971 di Paris, adalah 65 negara.

⁶¹ Muhammad Djumhana & R. Djubaedillah, *op.cit.*, hal. 52.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

bertujuan untuk melindungi orang-orang yang berkecimpung dalam kegiatan pertunjukan, perekaman, dan badan penyiaran. Konvensi ini menganut prinsip *national treatment*, sedangkan lamanya perlindungan ditentukan minimal 20 (dua puluh) tahun.⁶⁴

Bidang perekaman selain diatur melalui Konvensi Roma 1961, juga diatur oleh suatu konvensi tersendiri, yaitu *Convention for the Protection of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms*. Konvensi ini ditandatangani di Jenewa pada tanggal 29 Oktober 1971 dan berisi 13 (tiga belas) pasal. Salah satu ketentuannya adalah perlunya mencantumkan dalam setiap hasil rekaman tersebut suatu tanda huruf P dalam lingkaran yang disertai penunjuk tahun pertama direkan, serta nama dari si pemegang hak cipta atas rekaman tersebut. Latar belakang dibentuk lagi konvensi tersendiri untuk bidang Phonogram adalah karena Konvensi Roma dirasakan tidak bisa memberantas pembajakan.⁶⁵

Pada tahun 1994 telah diadakan persetujuan untuk membentuk apa yang dinamakan World Trade Organization (WTO), yang akhirnya masuk dalam *Final Act* putaran Uruguay. Indonesia sendiri merupakan peserta dari perundingan multilateral GATT putaran Uruguay ini. GATT termasuk organisasi PBB dengan tujuan untuk melindungi keseimbangan antara negara-negara anggota dalam hubungan perdagangan internasional.⁶⁶

Diharapkan GATT ini sebagai alat untuk stabilisasi perdagangan dunia dan merupakan forum konsultasi perdagangan internasional. Akhirnya dengan selesainya putaran Uruguay pada tanggal 15 Desember 1993 telah diterima pembentukan WTO dalam bentuk "*The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*" atau TRIPs. Tujuan TRIPs pada pasal 7 adalah untuk mendorong inovasi dan transfer serta penyebaran teknologi untuk keuntungan produser, pemakai dan konsumen. TRIPs memfokuskan pada bidang Hak Milik Intelektual terdiri dari 7 Bab dan 73 pasal. Bab I mengatur prinsip dasar dan pengertian atau pengaturan mengenai *National Treatment* dalam pasal 3 serta prinsip *Most Favoured National* dalam pasal 4, dalam Bab II diatur mengenai

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

cakupan dari hak milik intelektual dalam TRIPs. Khususnya bagian 1 mengenai hak cipta. Ketentuan dalam TRIPs tersebut berkaitan erat dengan Konvensi Berne mengenai hak cipta hal tersebut ditegaskan dalam pasal 9.⁶⁷

Ciri-ciri pokok persetujuan TRIPs pada pokoknya berpola pada tiga hal.⁶⁸

1. TRIPs lebih berpola pada aturan-aturan serta standar yang berbeda dengan persetujuan perdagangan internasional lainnya yang lebih berpola pada aspek konkret seperti akses ke pasar dan tarif.
2. Salah satu cirinya TRIPs menetapkan syarat minimum *full compliance* terhadap perjanjian-perjanjian internasional di bidang Hak Kekayaan Intelektual.
3. TRIPs mengatur aturan-aturan yang ketat pada penegakkan hukum beserta mekanisme penyelesaian sengketa yang memberikan hak bagi negara lain untuk melakukan tindakan balasan di bidang perdagangan secara silang.

Secara umum TRIPs bukan saja mengatur mengenai hak cipta tapi hak milik intelektual secara umum seperti Paten, Hak Merek Dagang. Hak-hak dari penyelenggaraan (*Performers*) dan produser dari rekaman suara, *Geographical Indication* dan *Appellation of Origin*, Desain Industri, *desain lay out* mengenai *Integrated Circuits*, serta diatur pula rahasia dagang dan pengawasan persaingan curang dalam bidang hak kekayaan intelektual.⁶⁹

WIPO Copyright Treaty merupakan perjanjian khusus seperti dimaksud dalam pasal 20 dari Konvensi Berne. Jumlah anggota WIPO adalah 184 negara, termasuk Indonesia.⁷⁰ Dalam konsiderannya dinyatakan bahwa negara-negara anggota berkeinginan untuk melindungi hak-hak pengarang dalam karya kesusasteraan dan artistik mereka dengan cara yang sama dan efektif. WIPO Copyright Treaty tertuang dalam pasal 2, meliputi ekspresi dan bukan ide, prosedur, metode operasi atau konsep matematik. Hal tersebut berkaitan dengan pasal 2 dari Konvensi Berne dimana yang dilindungi adalah bentuk dari ekspresi kesusasteraan dan karya artistik meliputi setiap produksi, baik di dalam bentuk ekspresi apapun. Program komputer sendiri dilindungi sebagai karya

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Eddy Damian, *op.cit.*, hal. 88.

⁶⁹ Sudargo Gautama, *Hak Milik Intelektual Indonesia dan Perjanjian Internasional, TRIPs, GATT, Putaran Uruguay*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1994), hal.3

⁷⁰ WIPO, <<http://www.wipo.int/members/en/>> diakses tanggal 2 Februari 2011.

kesusasteraan dalam artian pasal 2 Konvensi Berne di dalam cara dan bentuk apapun ekspresinya.

Kewajiban-kewajiban diatur secara jelas bagi negara-negara anggota akan menyediakan perangkat hukum yang layak dan efektif terhadap usaha-usaha mencari jalan lain oleh pengarang dalam kaitan dengan pelaksanaan haknya di bawah konvensi ini.⁷¹

Selain itu dalam pasal 12 diatur kewajiban atas hak-hak manajemen informasi, dimana negara-negara anggota akan menyediakan perangkat hukum yang layak dan efektif terhadap seseorang yang mengetahui melakukan salah satu dari perbuatan di bawah ini yang mereka mengetahui dapat merupakan pelanggaran terhadap yang dilindungi Konvensi Berne:

- a) Memindahkan atau menukarkan hak-hak informasi manajemen elektronik tanpa izin.
- b) Mendistribusikan, mengimpor untuk distribusi, menyiarkan atau berkomunikasi kepada publik tanpa kuasa.

Hak-hak manajemen informasi berarti informasi yang mengidentifikasi karya, pemilik dari suatu hak dalam suatu karya atau informasi tentang syarat-syarat pemakaian karya tersebut dikaitkan pada pada salinan suatu karya atau muncul dalam kaitan dengan komunikasi dengan karya-karya untuk publik.⁷² Sehingga negara-negara anggota akan menyesuaikan sesuai dengan sistem hukumnya perangkat yang diperlukan untuk penerapan *treaty* ini. Negara-negara anggota akan memastikan bahwa prosedur penegakkan hukum tersedia di bawah hukum mereka secara efektif penanganan pelanggaran *treaty* ini termasuk pencegahan pelanggaran.⁷³

Selain yang disebutkan di atas, ada pula beberapa konvensi internasional lain yang mengatur masalah hak cipta, yaitu di antaranya Perjanjian Wina 1973 yang dikenal dengan *Agreement for the Protection of Type Faces and Their International Deposit* dan Konvensi Brussel 1974 yang dikenal dengan *Konvensi Relating to the Distribution of Programme Signals Transmitted by Satellite*.

⁷¹ WIPO Copyright Treaty, Article. 11

⁷² Ibid., Article. 12.

⁷³ Ibid., Article. 14.

2.3 Prinsip-Prinsip Dasar Hak Cipta

Dalam hubungan kepemilikan terhadap hak cipta, hukum bertindak dan menjamin Pencipta untuk menguasai dan menikmati secara eksklusif hasil karyanya itu dan jika perlu dengan bantuan negara untuk penegakkan hukumnya. Hal ini menunjukkan bahwa perlindungan hukum adalah merupakan kepentingan pemilik hak cipta baik secara individu maupun kelompok sebagai subyek hak. Untuk membatasi penonjolan kepentingan individu, hukum memberi jaminan tetap terpeliharanya kepentingan masyarakat. Jaminan ini tercermin dalam sistem HKI yang berkembang dengan menyeimbangkan antara dua kepentingan yaitu pemegang hak cipta dan kebutuhan masyarakat umum.⁷⁴

Ada 4 (empat) prinsip dalam sistem HKI untuk menyeimbangkan kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat, sebagai berikut:⁷⁵

1. Prinsip Keadilan (*the principle of natural justice*)

Pencipta yang menghasilkan suatu karya berdasarkan kemampuan intelektualnya wajar memperoleh imbalan baik berupa materi maupun bukan materi, seperti adanya rasa aman karena dilindungi, dan diakui atas hasil karyanya. Hukum memberikan perlindungan kepada Pencipta berupa suatu kekuasaan untuk bertindak dalam rangka kepentingannya yang disebut hak. Alasan melekatnya hak pada HKI adalah penciptaan berdasarkan kemampuan intelektualnya. Perlindungan inipun tidak terbatas di dalam negeri Pencipta sendiri, melainkan dapat meliputi perlindungan di luar batas negaranya.

2. Prinsip Ekonomi (*the economic argument*)

Hak Kekayaan Intelektual yang diekspresikan kepada khalayak umum dalam berbagai bentuknya, memiliki manfaat dan nilai ekonomi serta berguna bagi kehidupan manusia. Adanya nilai ekonomi pada HKI merupakan suatu bentuk kekayaan bagi pemiliknya. Pencipta mendapatkan keuntungan dari kepemilikan terhadap karyanya, misalnya dalam bentuk pembayaran royalti terhadap pemutaran musik dan lagu hasil ciptaannya.

3. Prinsip Kebudayaan (*the cultural argument*)

Pertumbuhan dan perkembangan ilmu pengetahuan, seni dan sastra sangat

⁷⁴ Tim Lindsey, *et.al.*, *Hak kekayaan Intelektual : Suatu Pengantar*, cetakan kelima, (Bandung: Alumni, 2006), hal. 90.

⁷⁵ *Ibid.*, hal. 90-91.

besar artinya bagi peningkatan taraf kehidupan, peradaban, dan martabat manusia. Selain itu, akan memberikan keuntungan baik bagi masyarakat, bangsa maupun negara. Pengakuan atas kreasi, karya, karsa, cipta manusia yang dilakukan dalam sistem HKI diharapkan mampu mendorong membangkitkan semangat, dan minat untuk mendorong melahirkan ciptaan baru.

4. Prinsip Sosial (*the social argument*)

Hukum tidak mengatur kepentingan manusia sebagai individu yang berdiri sendiri terlepas dari manusia yang lain, tetapi hukum mengatur kepentingan manusia sebagai warga masyarakat. Jadi, manusia dalam hubungannya dengan manusia lain sama-sama terikat dalam ikatan satu kemasyarakatan. Sistem HKI dalam memberikan perlindungan kepada pencipta, tidak boleh diberikan semata-mata untuk memenuhi kepentingan individu atau persekutuan atau kesatuan itu saja, melainkan berdasarkan keseimbangan kepentingan individu dan masyarakat. Bentuk keseimbangan ini dapat dilihat pada ketentuan fungsi sosial dan lisensi wajib dalam Undang-Undang Hak Cipta Indonesia.

2.4 Hak Ekonomi dan Hak Moral

Hak Cipta terdiri atas hak ekonomi (*economic rights*) dan hak moral (*moral rights*). Hak ekonomi adalah hak untuk mendapatkan manfaat ekonomi atas Ciptaan serta produk Hak Terkait. Hak moral adalah hak yang melekat pada diri Pencipta atau Pelaku yang tidak dapat dihilangkan atau dihapus tanpa alasan apa pun, walaupun Hak Cipta atau Hak Terkait telah dialihkan.⁷⁶

1) Hak Ekonomi

Hak Ekonomi adalah hak yang dimiliki oleh seorang Pencipta untuk mendapatkan keuntungan atas ciptaannya. Hak Ekonomi ini pada setiap undang-undang hak cipta selalu berbeda, baik terminologinya, jenis hak yang diliputinya dan ruang lingkup dari tiap jenis hak ekonomi tersebut. Secara umum, setiap negara, minimal mengenal dan mengatur hak ekonomi tersebut meliputi jenis hak:⁷⁷

⁷⁶ Indonesia, Undang-Undang tentang Hak Cipta, UU No. 19 Tahun 2002, LN No.85 Tahun 2002, TLN No. 4220 Tahun 2002, Penjelasan Umum paragraf kelima.

⁷⁷ Muhammad Djumhana & R. Djubaedillah, *op.cit.*, hal. 67-70.

a) hak reproduksi atau penggandaan (*reproduction right*)

Hak pencipta untuk menggandakan ciptaannya ini merupakan penjabaran dari hak ekonomi si Pencipta. Bentuk penggandaan atau perbanyakan ini bisa dilakukan secara tradisional maupun melalui peralatan modern. Hak reproduksi ini juga mencakup perubahan bentuk ciptaan satu ke ciptaan lainnya, misalnya rekaman musik, pertunjukan drama, juga pembuatan duplikat dalam rekaman suara dan film. Hak ini dikenal dan diatur, baik dalam Konvensi Berne maupun UCC, sehingga di setiap negara yang memiliki Undang-Undang Hak Cipta selalu mencantumkannya.

b) hak adaptasi (*adaptation right*)

Hak untuk mengadakan adaptasi, dapat berupa penerjemahan dari bahasa satu ke bahasa lain, aransemen musik, dramatisasi dari non-dramatik, mengubah menjadi cerita fiksi dari karangan non-fiksi, atau sebaliknya. Hak ini diatur baik dalam Konvensi Berne maupun UCC. Karya cetak berupa buku misalnya novel mempunyai hak turunan, yaitu di antaranya hak film, hak dramatisasi, dan hak penyimpanan dalam media elektronik. Hak film dan hak dramatisasi yaitu hak yang timbul bila isi novel tersebut diubah mejadi isi skenario film atau skenario drama yang bisa berupa opera, balet, maupun drama musikal. Ruang lingkup hak adaptasi memungkinkan timbul hak-hak yang baru, misalnya berupa: *serial right*, yaitu adaptasi suatu karya cipta yang diserialkan misalnya di majalah, koran bentuk serial film dan program radio.

c) hak distribusi (*distribution right*)

Hak distribusi adalah hak yang dimiliki Pencipta untuk menyebarkan kepada masyarakat setiap hasil ciptaannya. Penyebaran tersebut dapat berupa bentuk penjualan, penyewaan, atau bentuk lain yang maksudnya agar ciptaannya tersebut dikenal oleh masyarakat. Dari hak distribusi ini dapat dimungkinkan timbul hak baru berupa *foreign right*, yaitu suatu hak yang dilindungi di luar negaranya. Misalnya, satu karya cipta berupa buku karena merupakan buku yang sangat digemari di negara

lain. Dengan demikian, buku itu didistribusikan ke negara tersebut, maka buku itu mendapat perlindungan sebagai *foreign right*.

d) hak pertunjukkan (*public performance right*)

Hak ini dimiliki para pemusik, dramawan, maupun seniman lainnya yang karyanya dapat terungkap dalam bentuk pertunjukkan. Pengaturan mengenai hak pertunjukkan ini dikenal dalam Konvensi Berne maupun UCC, bahkan diatur tersendiri dalam sebuah konvensi, yaitu Konvensi Roma. Dengan pasti di setiap perundang-undangan hak cipta setiap negara akan mengaturnya.

e) hak penyiaran (*broadcasting right*)

Hak untuk menyiarkan bentuknya berupa mentransmisikan suatu ciptaan oleh peralatan tanpa kabel. Hak penyiaran ini meliputi penyiaran ulang dan mentransmisikan ulang. Ketentuan hak ini telah diatur dalam Konvensi Berne maupun UCC, juga konvensi tersendiri, misalnya dengan Konvensi Roma 1961 dan Konvensi Brussel 1974 yang dikenal dengan *Relating to the Distribution of Programme Carrying Signals Transmitted by Satellite*. Hanya saja di beberapa negara, hak penyiaran ini masih merupakan cakupan dari hak pertunjukan.

f) hak program kabel (*cablecasting right*)

Hak ini hampir sama dengan hak penyiaran, hanya saja mentransmisikannya melalui kabel. Badan penyiaran televisi mempunyai suatu studio tertentu, dari sana disiarkan program-program melalui kabel kepada pesawat para pelanggan. Jadi, siarannya sudah pasti bersifat komersil.

g) *droit de suite*

Droit de suite adalah hak pencipta. Hak ini mulai diatur dalam Pasal 14bis Konvensi Berne revisi Brussel 1948, yang kemudian ditambah lagi dengan Pasal 14ter hasil revisi Stockholm 1967. Ketentuan *droit de suite* ini menurut petunjuk dari WIPO yang tercantum dalam buku *Guide to the Berne Convention* merupakan hak tambahan. Hak ini bersifat kebendaan.

h) hak pinjam masyarakat (*public lending right*)

Hak ini dimiliki oleh pencipta yang karyanya tersimpan di perpustakaan, yaitu dia berhak atas suatu pembayaran dari pihak tertentu karena karya yang diciptakannya sering dipinjam oleh masyarakat dari perpustakaan milik pemerintah tersebut. Adapun sistem pembayarannya kepada Pencipta, rata-rata ditanggung oleh pemerintah. Hak inipun bisa dialihkan kepada pihak lain, baik perorangan maupun badan hukum.

Menurut Jeremy Philip, hak ekonomi adalah hak untuk mengusahakan secara komersial, seperti barang yang dapat diperjualbelikan (... *the right of commercial exploitation...; they could be licensed, assigned, abandoned treated in the same way as any other commercial commodity*)⁷⁸.

Hak ekonomi dari hak cipta merupakan *transferable right* yaitu hak yang dapat diserahkan kepada pihak lain.⁷⁹ Sebaliknya hak moral merupakan *non transferable right* karena hak moral tidak dapat dipisahkan dari penciptanya.

Pasal 3 ayat 2 Undang-undang No. 19 Tahun 2002 diatur Hak Cipta dapat beralih atau dialihkan, baik seluruhnya maupun sebagian karena hal-hal berikut:

- a. Pewarisan;
- b. Hibah;
- c. Wasiat;
- d. Perjanjian tertulis; atau
- e. Sebab-sebab lain yang dibenarkan oleh peraturan perundang-undangan.

Dengan adanya pengalihan hak cipta, konsekuensinya adalah harus adanya perjanjian lisensi tertulis dimana pengaturannya harus jelas agar tidak menimbulkan hal-hal yang tidak diinginkan kemudian hari.⁸⁰

Hak Eksklusif adalah hak yang dimiliki oleh pencipta atau pemegang hak cipta untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya, yang timbul secara otomatis setelah suatu ciptaan dilahirkan tanpa mengurangi pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku (pasal 1 ayat 1 Undang-undang

⁷⁸ *Ibid.*, hal. 191

⁷⁹ J.C.T Simorangkir, *Undang-undang Hak Cipta 1982* (Jakarta : Djembatan, 1982), hal. 43.

⁸⁰ Indonesia, Undang-undang tentang Hak Cipta, Undang-undang No.19, LN No.85 Tahun 2002, TLN No. 4220 Tahun 2002, Pasa1 45-47.

No.19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta).⁸¹

Menurut Catherine Colston, hak eksklusif tidak dapat diberlakukan pada semua karya cipta sehingga harus berhati-hati dalam menggunakan hak hak eksklusif tersebut, seperti contoh hak untuk mengadaptasi hanya digunakan untuk karya cipta berupa karya tertulis, drama dan musik. Bila karya cipta itu digunakan untuk dibaca atau dipinjamkan kepada teman atau dapat menambah pengetahuan seseorang dalam melakukan pekerjaannya bukan merupakan pelanggaran hak cipta.⁸²

Di dalam Konvensi Berne, hak-hak eksklusif terangkum dalam pasal 8-12 Konvensi Berne, meliputi :

- a. hak terjemahan,
- b. hak mempertunjukkan drama di depan publik ,
- c. karya drama dan karya musik,
- d. hak untuk menyiarkan,
- e. hak untuk reproduksi dalam bentuk apapun,
- f. hak untuk membuat gambar hidup dari karya,
- g. hak untuk mengadaptasi.⁸³

Hak cipta merupakan Kekayaan Intelektual yang dapat dieksploitasi hak-hak ekonominya, untuk menghindari hal tersebut timbul hak untuk mengalihkan kepemilikan atas hak cipta dengan memberikan lisensi untuk penggunaan karya cipta dengan begitu pencipta masih memiliki hak-hak ekonomi tertentu dari ciptaan yang dialihkan kepada pemegang hak cipta sebagaimana diatur dalam pasal 45 Undang-Undang No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta. Pengalihan hak cipta ditentukan dan dibatasi jangka waktu dan tempat dan tempat dimana ciptaan boleh diumumkan atau diperbanyak.

Menurut ketentuan Konvensi Berne dan TRIPs, sebagian besar ciptaan tertentu harus dilindungi selama hidup pencipta dan terus berlangsung hingga 50 (lima puluh) tahun setelah pencipta meninggal dunia.⁸⁴ Sedangkan jangka waktu berlakunya suatu ciptaan dalam pasal 29 (1) Undang -undang NO. 29 Tahun 2002

⁸¹ *Ibid*, hal. 102

⁸² Catherine Colston, *Principles of Intellectual Property Law*, (London; Candevis Publishing Limited, 1999), hal. 209.

⁸³ Brainbridge, *Op Cit*, hal. 120.

⁸⁴ Tim Lindsey, *Op Cit*, hal. 122.

Tentang Hak Cipta, dibedakan antara lain hak cipta atas ciptaan ;

- a. buku, pamflet, dan semua hasil karya tulis lain;
- b. drama atau drama musikal, tari, koreografi;
- c. segala bentuk seni rupa, seperti seni lukis, seni pahat, dan seni patung;
- d. seni batik;
- e. lagu atau musik dengan atau tanpa teks;
- f. arsitektur;
- g. ceramah, kuliah, pidato dan Ciptaan sejenis lain;
- h. alat peraga;
- i. peta;
- j. terjemahan, tafsir, saduran, dan bunga rampai

Berlaku selama hidup Pencipta dan terus berlangsung hingga 50 (lima puluh) tahun setelah Pencipta meninggal dunia.

Sedangkan Hak Cipta atas ciptaan :

- a. Program Komputer;
- b. sinematografi;
- c. fotografi;
- d. database; dan
- e. karya hasil pengalihwujudan,

Berlaku selama 50 (lima puluh) tahun sejak pertama kali diumumkan.⁸⁵

Selain itu Undang-undang No. 19 Tahun 2002 dalam pasal 2 ayat 2 mengatur Hak Rental dimana pencipta atau pemegang hak cipta atas karya sinematografi dan program komputer memiliki hak untuk memberikan izin atau melarang orang lain yang tanpa persetujuannya menyewakan ciptaan tersebut untuk kepentingan yang bersifat komersial.

Menurut John W. Bagby, Hukum Hak Cipta memberikan beberapa hak yang berbeda kepada pengarang, pencipta, dan pemilik hak cipta untuk dapat melakukan sesuatu hal terhadap hasil karyanya. Hak ini pada dasarnya menjelaskan apa yang dapat dilakukan pemilik hak cipta atas hasil karyanya dan hak apa pemilik dapat melisensikan atau memberikan kepada orang lain. Hak tersebut merupakan bundel hak eksklusif yang dinamakan *statutory right*. Hak

⁸⁵ Indonesia, Undang-undang Hak Cipta, Undang-undang No.12, LN No. 85 Tahun 2002, TLN No. 4220 (berlaku mulai 29 Juli 2003), Pasal.30 ayat 1.

tersebut termasuk hak untuk reproduksi, membuat karya turunan, distribusi, menampilkan atau mempertunjukan, lisensi dan atau pemberian, dan hak yang terbaru adalah hak atas transmisi digital. Kepentingan atas hak tersebut berbeda pertimbangannya dan tergantung pada tipe kerjanya dan pada model bisnis yang melibatkan industri. Hak eksklusif kadang saling melengkapi dan mengkombinasikan untuk mengeksploitasi hak cipta secara penuh. Eksploitasi sering di lakukan oleh pihak lain, seperti penerbit atau studio. Industri media umumnya membutuhkan pengarang untuk memberikan kepentingannya pada hasil karyanya sebelum mereka akan memasarkannya. Kepemilikan hak cipta dan lisensi atau pemberian beberapa atau seluruh hak eksklusif dalam bundel merupakan persoalan yang kompleks.⁸⁶

a. Reproduksi (*Reproduction*)

Seluruh hak dasar di bawah hak cipta adalah untuk reproduksi bahwa hal tersebut untuk menyediakan hasil karya dalam bentuk nyata dan medium permanen secara keseluruhan menyalin dapat juga dilakukan tanpa fiksasi, seperti ketika dipertunjukkan atau ditampilkan. Pemilik khususnya membuat dengan proses produksi yang paling efisien yang telah tersedia cetakan pers berkecepatan tinggi untuk material cetakan, cetakan berkecepatan tinggi untuk “viny phone” records, efisiensi tinggi membakar media optik (CD), membebaskan, otorisasi *download*.⁸⁷

b. *Derivative Works*

Pemilik hak cipta memiliki hak eksklusif hasil karya dasar lebih lanjut dari yang karya asli dengan mengadaptasi atau mengubah hasil karya asli ke dalam penyingkatan, versi yang lebih baru atau terjemahan yang memenuhi pasar yang lain atau diperbaiki dalam Medium lainnya. Hasil karya turunan lebih dari sekedar menyalin, ia timbul ketika editorial mengubah yang telah dibuat ke hasil karya yang telah ada sebelumnya, anotasi atau elaborasi yang ditambah atau detail dihilangkan untuk meningkatkan yang asli. Contohnya, buku mungkin diperpendek, diubah ke dalam layar gerak untuk gambar yang bergerak, atau ditulis kembali dipanggung.⁸⁸

⁸⁶ John W. Bagby, *Op Cit*, hal. 120.

⁸⁷ *Ibid*, hal. 120

⁸⁸ *Ibid*, hal. 122

c. Distribusi (*Distribution*)

Banyak hak eksklusif pemilik hak cipta akan tidak berharga kecuali salinan atau *phone records* dijual, dipinjam, di *leasing* atau dipindahkan melalui pembayaran. Publikasi dibutuhkan di bawah hukum sebelum pengarang atau pemilik dapat memiliki hak di bawah hukum hak cipta Federal. Distribusi merupakan bentuk publikasi, contohnya, hal tersebut akan melanggar hak distribusi jika salinan rekaman musik dibajak dijual di pinggir jalan. *Posting* yang tidak sah, *download*, meletakkan ke papan buletin dan meneruskan *email* atau lampiran adalah pelanggaran pada hak distribusi. Ketidaktahuan bukan alasan untuk jenis pelanggaran ini.⁸⁹

Hak distribusi dibatasi dengan doktrin *first sale*. Aturan ini membolehkan pembeli untuk menjual kembali, memberikan, meminjamkan atau bahkan menghancurkan hasil karya setelah penjualan pertama.⁹⁰

d. Pertunjukkan dan Pameran (*Performance and Display*)

Pertunjukkan dan pameran adalah sama bahwa dalam hasil karya hak cipta dilihat oleh publik, apakah dengan membayar atau gratis. Pertunjukkan adalah metode lebih lebih aktif untuk membawakan, membuat, memainkan, menari atau aksi dari hasil karya secara langsung atau dengan alat atau proses seperti proyektor atau sistem alamat publik. Contohnya, pertunjukkan ketika dibawakan langsung disiarkan dan pertunjukkan lain terjadi jika video tape dan siaran langsung disiarkan kembali. Di antara beberapa batasan pada hak ini adalah bahwa ini diaplikasikan hanya untuk pertunjukkan publik. Perorangan dapat bernyanyi di Shower atau memainkan CD mereka dan DVD sendirian. Tentu kebanyakan konsumen mengharapkan tidak ada yang kurang ketika produk hiburan dibeli.⁹¹

Pertunjukkan publik yang terjadi di tempat publik, terdapat subtansi jumlah orang di luar lingkaran normal teman dan keluarga. Di sini tidak ada panduan seksama pada subtansi apa yang terdapat dari jumlah orang di luarnya, meskipun itu pendekatan subtansial sebagai audiens menjadi lebih besar dan jumlah orang luar pun meningkat. Mungkin pertemuan rutin asosiasi bisnis tidak

⁸⁹ *Ibid*, hal. 120

⁹⁰ *Ibid*, hal. 120

⁹¹ *Ibid*, hal. 123

subtansial. Pemilik dapat juga mengendalikan transmisi seperti oleh radio, TV, atau *Web Cast*, ketika dipertunjukkan ke publik.⁹²

Hak untuk memamerkan secara tradisional adalah hak untuk aktifitas yang lebih pasif. Pameran hasil karya diberikan pemilik hak cipta untuk memperlihatkan salinan secara langsung atau dengan arti mekanikal seperti proyeksi film atau slide atau di TV. Pengucualian mengizinkan pembeli salinan hasil karya untuk memamerkan satu gambar pada suatu waktu jika penonton secara fisik hadir dimana salinan itu diletakkan. Hak pameran tidak dapat diterapkan pada rekaman suara atau karya arsitektur.⁹³

e. Hak Transmisi Digital (*Digital transmission right*)

UU hak pertunjukkan digital dalam rekaman suara disahkan pada tahun 1995 di Amerika untuk mengatur hak dan penggunaan rekaman suara digital yang ditransmisikan. UU itu melarang transmisi digital yang tidak berlisensi dan menciptakan kewajiban lisensi. UU ini membutuhkan lisensi dari pemilik hak cipta untuk melakukan transmisi digital atas hasil karya mereka ketika hasil karya mereka tersebut dibuat secara interaktif sesuai dengan untuk memesan tip, musik atau judul lagu. Contohnya, Radio Satelit XM jasa musik automobile langganan dengan ratusan saluran berbeda kebanyakan berbagai macam jenis musik atau program perbincangan. Jasa semacam ini mungkin suatu hari memiliki kapasitas untuk menyiarkan secara seksama dari seleksi permintaannya konsumen. Visi lain seperti jasa "*web cast*" musik kepada permintaan pelanggan PC. Transmisi digital merupakan turunan dari distribusi dan pertunjukkan. Siaran tradisional radio analog dan jasa musik langganan seperti Muzak kelihatan sama tetapi tidak dibuat-buat.⁹⁴

2) Hak Moral

Hak moral adalah hak-hak pribadi pencipta/pengarang untuk dapat mencegah perubahan atas karyanya dan untuk tetap disebut sebagai Pencipta karya tersebut.⁹⁵ Konsep hak moral berasal dari sistem hukum eropa kontinental

⁹² *Ibid*, hal. 123

⁹³ *Ibid*, hal. 123

⁹⁴ *Ibid*, hal. 124

⁹⁵ Tim Lindsey, et.al., *op.cit.*, hal.118.

yaitu dari Perancis.⁹⁶ Menurut konsep hukum eropa kontinental; hak moral yang menyangkut perlindungan atau reputasi pencipta merupakan hak pribadi pencipta atau pengarang untuk dapat mencegah perubahan atas karyanya dan untuk tetap disebut sebagai pencipta atas karya tersebut. Hak moral ini menggambarkan hidupnya hubungan berkelanjutan dari si pencipta dengan karyanya walaupun kontrol ekonomi atas karya tersebut hilang, karena telah diserahkan sepenuhnya kepada pemegang hak cipta atau lewat jangka waktu perlindungannya seperti diatur dalam Undang-undang hak cipta yang berlaku.⁹⁷

Hak ekonomi atas hak cipta dapat dipindahkan kepada pihak lain tetapi hak moralnya tetap tidak dapat dipisahkan dari penciptanya hak moral merupakan hak yang khusus serta kekal yang dimiliki pencipta atas hasil ciptaannya dan mencegah orang lain melakukan tindakan yang merugikan pencipta. Hak moral diatur dalam Pasal 24 Undang-undang No. 19 Tahun 2002, yaitu:

1. Pencipta atau ahli warisnya berhak menuntut pemegang Hak Cipta supaya nama Pencipta tetap dicantumkan dalam Ciptaannya.
2. Suatu Ciptaan tidak boleh diubah walaupun Hak Ciptanya telah diserahkan kepada pihak lain, kecuali dengan persetujuan Pencipta atau dengan persetujuan ahli warisnya dalam hal Pencipta telah meninggal dunia.
3. Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) berlaku juga terhadap perubahan judul dan anak judul Ciptaan, pencantuman dan perubahan nama atau nama samaran Pencipta.
4. Pencipta tetap berhak mengadakan perubahan pada Ciptaannya sesuai dengan kepatutan dalam masyarakat.

Sedangkan Konvensi Berne mengatur perumusan hak moral sebagai berikut :

“...Pencipta memiliki hak untuk mengklaim kepemilikan atas karyanya dan mengajukan atas distorsi, mutilasi atau perubahan-perubahan serta perbuatan pelanggaran lain yang berkaitan dengan karya tersebut yang dapat merugikan kehormatan atau reputasi si pengarang atau pencipta.”⁹⁸

⁹⁶ Muhammad Djumhana, *op.cit.*, hal.58.

⁹⁷ Tim Lindsey, *op.cit.*

⁹⁸ Konvensi Berne, *Tentang Hak Cipta Internasional*, Pasal 6.

John W. Bagby di dalam bukunya *Cyberlaw Handbook for e-Commerce* mengatakan ada 4 (empat) komponen umum hak moral, yaitu:⁹⁹

1. *The right of paternity, attribution, or acknowledge*

Pada dasarnya adalah pernyataan bahwa mengidentifikasi secara akurat pengarang sebagai penciptanya. Hak ini juga mencegah kesalahan klaim dimana seseorang pengarang atau pencipta karya cipta yang sebenarnya tidak diciptakannya.

2. *Right of disclosure*

Mengizinkan pengarang mempunyai kendali atas karya ciptaannya kapan, bagaimana, dan dimana hasil karyanya ditampilkan atau dipertunjukkan. Pengarang dapat memastikan karya ciptanya tidak dipajang di galeri, pertunjukkan seni, atau tempat publik, yang dapat merusak reputasinya.

3. *Right of Integrity*

Mengizinkan pengarang untuk mencegah perusakan fisik, penyimpangan, modifikasi, atau yang lainnya yang dapat merusak reputasinya.

4. *The Right of withdrawal*

Mengizinkan pengarang sendiri untuk merubah hasil karyanya dan mencegah yang lainnya dari pembuatan ulang (reproduction).

Sehubungan dengan hak moral, maka seorang pencipta dalam menciptakan suatu karya harus memenuhi standar suatu, ciptaan standar yang dimaksud adalah:¹⁰⁰

1) Originalitas (Keaslian)

Karya yang diciptakan asli pencipta dengan menggunakan ide, pikiran serta keterampilan lainnya, bukan hasil mengutip atau menyadur karya orang lain, oleh karena itu originalitas timbul karena adanya hubungan klausul antara

ide pencipta dengan karyanya (*...a direct causative link between the authors mental conception and the work which emanate from his hand*).¹⁰¹

2) Kreatifitas

⁹⁹ John W. Bagby, *Cyber Law Handbook For E-Commerce*, (Ohio: South-western West Thomson, 2003), hal 127

¹⁰⁰ Ita Gambiro, *Op Cit*, hal. 4

¹⁰¹ Jeremi Philip, *Introduction to Intellectual Property Rights*, (London : Butterworths, 1976), hal.193

Karya yang diciptakan oleh pengarang merupakan ciptaan terbaru, yang belum ada sebelumnya, sehingga setiap pencipta dapat memperluas wawasannya dan kreatif menciptakan hal-hal serta ide baru.

2.5 Hak Terkait (*Neighbouring Right*)

Selain hak cipta yang bersifat orisinal, juga dilindungi hak turunannya, yaitu Hak Terkait (*neighbouring right* atau *ancillary right*). Ciptaan yang dilindungi hak ini sangat banyak berhubungan dengan perangkat teknologi, misalnya fasilitas rekaman, fasilitas pertunjukan, dan sebagainya. Perlindungan hak terkait ini secara khusus tertuju pada orang-orang yang berkecimpung dalam bidang pertunjukan, perekaman dan badan penyiaran. Ketiga pihak yang dilindungi tersebut mempunyai hak tertentu.¹⁰²

Hak terkait baru mendapat perhatian internasional pada tahun 1928, yaitu ketika revisi Konvensi Berne di Roma dan diakui melalui perlindungan hak *performers*. Baru pada tahun 1960 di Roma dibentuk suatu konvensi khusus yang mengatur mengenai hak salinan ini, yaitu *International Convention Protection for Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations*.¹⁰³

Dalam pasal 45 Undang-undang tersebut juga diatur mengenai *Neighbouring Right*, di mana pelaku (*Performers*), produser rekaman suara (*Sound Recording Producers*), lembaga penyiaran (*Broadcasting Organization*) memiliki hak eksklusif untuk memberikan izin atau melarang pihak lain yang tanpa persetujuannya memperbanyak dan atau menyewakan karya rekaman suara atau rekaman bunyi.¹⁰⁴

Neighbouring Rights untuk *Performers* berlaku selama 50 tahun sejak karya tersebut pertama kali dipertunjukkan atau dimasukkan dalam media audio atau audiovisual untuk produser rekaman suara berlaku selama 50 tahun sejak karya tersebut selesai direkam. Sedangkan untuk lembaga Penyiaran berlaku selama 20 tahun sejak karya siaran tersebut pertama kali disiarkan.¹⁰⁵

¹⁰² Muhammad Djumhana & R. Djubaedillah, *op.cit.*, hal. 76.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

2.6 Fair Use / Fair Dealing

Dalam rangka pembahasan pengalihan hak cipta pencipta, yang perlu juga dibahas dan diketahui adalah tentang adanya tindakan-tindakan tertentu yang oleh hukum hak cipta diperkenankan untuk dilakukan oleh siapapun juga tanpa perlu adanya persetujuan pencipta atau pemegang hak cipta, sehingga tidak melanggar hukum hak cipta ciptaan yang bersangkutan.¹⁰⁶

Misalnya penggunaan suatu ciptaan secara wajar, yang di kalangan negara-negara penganut *Common Law* dikenal sebagai suatu prinsip dengan nama Fair Use atau Fair Dealing yang diartikan sebagai:¹⁰⁷

“... a general limitation on the exclusive right of the owner of copyright. It evolved as a judicial doctrine and was given statutory recognition ... Fair use is allowed for purposes such as criticism, commentary, news reporting, teaching, scholarship or research. It is to be determined by considering factors such as whether the use is of a commercial nature or is for non-profit educational purposes, the nature of the work protected by copyright, the amount and substantiality of the portion used in relation to the work as a whole, and the effect of the use upon the potential market for, or value of, the work. Fair use is a sort of free use of the work.”

Dengan adanya pengaturan hukum penggunaan yang wajar (*fair use/fair dealing*), hukum hak cipta memperkenankan seseorang (pihak ketiga) menggunakan atau mengeksploitasi suatu ciptaan tanpa perlu izin dari pencipta, asalkan masih dalam batas-batas yang diperkenankan. Artinya, tidak dilarang atau dibatasi (*restricted*) pengertian *fair use* seperti yang diatur undang-undang hak cipta. Terhadap penggunaan secara wajar suatu ciptaan oleh orang lain, pencipta atau pemegang hak cipta tidak dapat melarangnya, kecuali jika sejak awal pencipta memutuskan untuk tidak mengumumkan ciptaanya.¹⁰⁸

Pada umumnya, praktek-praktek negara tentang *fair use* belum menunjukkan adanya keseragaman dalam menentukan perbuatan-perbuatan apa saja yang dapat dikategorikan sebagai penggunaan yang wajar atau *fair use/fair dealing*. Seperti dikemukakan oleh WIPO, di kalangan negara-negara penganut *Common Law*, prinsip penggunaan yang wajar telah berkembang menjadi doktrin

¹⁰⁶ Eddy Damian, *op.cit.*, hal. 114-124.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

judisial (*judicial doctrine*) dan telah mendapatkan dasar hukumnya dalam perundang-undangan nasional negara.¹⁰⁹

Fair use menurut John, W. Bagby adalah pembelaan terhadap pelanggaran hak cipta yang memperbolehkan penggunaan yang masuk akal atas karyanya pencipta tanpa perlu meminta izin. Fair use dikembangkan dalam kasus common law di Inggris (*Folsom vs Marsh*).¹¹⁰

Menurut Bagby, ada empat faktor dalam Fair Use (*The Four Factors of Fair Use*), yaitu:

1) Tujuan dan Karakter Penggunaan (*Purpose and Character of the Use*)

Faktor pertama memfokuskan tujuan dari pelanggarannya dan tipe penggunaan penggunaan dari tipe penggunaan dari hasil karya asli. Jelasnya faktor memperlakukan lebih baik beberapa tipe penggunaan di antara yang lain. Contohnya, penggunaan non profit pada pendidikan dapat dipertimbangkan, sebagai fair use dan penggunaan untuk personal kurang lebih dapat dikatakan fair use. Penggunaan fair lainnya termasuk ilmu pengetahuan, bentuk pidato yang dilindungi dari penggunaan yang mengubah karya asli. Kebanyakan bisnis penerbit adalah bisnis untuk memperoleh keuntungan. Jadi motif profil berdiri sendiri tidak melanggar fair use. Malahan, karakter komersial harus kurang signifikan dari faktor yang bermanfaat lainnya. Penggunaan kurang lebih dinilai wajar di bawah faktor ini adalah dimana aspek komersial lebih menonjol, Penggunaan komersial mempertimbangkan dengan sangat kuat. Berlawanan dengan pengguna jika penggunaan reproduksi sederhana dari yang asli yang berkompetisi dengan yang aslinya atau jika pengguna dapat dapat dengan mudah membayar sebuah lisensi.¹¹¹

2) Sifat-Sifat Dasar Hak Cipta (*Nature of the Copyrighted Work*)

Faktor kedua memfokuskan pada banyaknya dari ekspresi kreatif dalam hasil karya asli. Dengan tingginya kreatif dan hasil karya hiburan dengan substansi artistik atau isi fiksi diberikan perlindungan maksimal melawan penggunaan yang melanggar hukum. Juga hasil karya yang tidak

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ John W. Bagby, *op.cit.*, hal. 140

¹¹¹ *Ibid.*, hal. 142

dipublikasikan diberikan perlindungan yang lebih kuat, penggunaan yang dilarang dari hasil karya yang tidak dipublikasikan mungkin melibatkan pelanggaran atas kepercayaan atau mungkin penyalahgunaan sekalipun. Jelas pencurian berlawanan dari "kewajaran" dalam penggunaan hasil karya yang tidak dipublikasikan berulang dan sumber sah untuk laporan berita. Dengan perbedaan, faktual, atau hasil karya hasil ilmu pengetahuan memuat lebih informasi publik domain, jadi pengguna dapat mengeksploitasinya dengan mudah mereka dapat mengeksploitasi hasil karya kreatif. Bagaimanapun juga, ada batasan. *Fair use* atas hasil karya faktual seharusnya menggali hanya pada pasar untuk salinan yang sah atas hasil karya asli, seperti untuk peruntukan pendidikan seperti soal tes yang belum dicetak, kertas kerja atau latihan.¹¹²

3) Jumlah dan Substansi pada Porsi Penggunaan (*Amount and Substantiality of the portion Used*)

Banyak orang membutuhkan aturan mekanis yang sepiantas dapat membolehkan mereka untuk menggunakan secara nyaman. Hanya dibawah jumlah permulaan yang dapat melampaui *fair use*. Tentu saja, penerbit menggunakan proporsi kuantitas maksimal katakan tidak boleh lebih dari 5% dari yang asli. Yang lain menggunakan batasan absolut, seperti tidak boleh lebih 200 kata dari buku atau tidak lebih dari 25 kata dari majalah sebelum izin diperoleh. Metode ini hanya berlaku kasar karena kadang-kadang hanya sedikit porsi terdapat kualitatif "esensi kreatif" atas hasil karya asli. Perbandingan kuantitatif yang pantas adalah antara hasil karya asli dan jumlah yang diambil, bukan berapa banyak porsi yang didapat pada hasil karya yang dilanggar. *Fair use* kurang lebih diambil secara kuantitatif, dan atau bagian yang lebih penting diambil secara kualitatif. Kasus yg terkenal adalah *Campbell v Acuff Rose* secara dramatis diilustrasikan perbedaan antara kuantitatif dan kualitatif secara substansial. Balada terkenal Roy Robson "*Oh Pretty Woman*" merupakan subyek parodi oleh group rap Two Live C-rew. Dua Versi tersebut sangat berbeda dalam gaya, lirik keseluruhan nada dan pendengar. Dalam menemukan parodi merupakan sebuah *fair use*. Mahkamah

¹¹² *Ibid.*, hal. 143.

Agung US menyatakan bahwa pelaku parodi seharusnya hanya, cukup mengambil atas karya asli untuk menimbulkan pikiran karya asli di pikiran pendengarnya.¹¹³

4) Efek Penggunaan pada Pasar yang Pontensial (*Effect of Use on the Potential Market*)

Faktor keempat menyangkut pengaruh negatif bahwa penggunaan mungkin memiliki pada pasar untuk hasil karya asli. Hal tersebut sering membawa bobot keseluruhan. Tentu saja faktor ini sudah dipertimbangkan pada faktor, pertama, di mana penggunaan yang tidak disukai dalam komersial dan lagi pada faktor ketiga, karena mengambil jumlah besar secara efektif menjadi pengganti untuk hasil karya asli, dicampuri dengan pasaran pontensial karya asli. Di sana ada pengecualian penting untuk peraturan ini ketika kritikan efektif hal tersebut akan memperlemah permintaan kepada hasil karya. Kritikan dan parodi bukanlah pengganti untuk hasil karya asli, jadi hal itu secara umum diizinkan sebagai fair use.¹¹⁴

2.7 Hak Cipta di Indonesia

Peraturan hak cipta yang pertama kali berlaku di Indonesia adalah Auteurswet 1912 Staatblad No. 600 Tahun 1912. Peraturan tersebut berlaku tanggal 23 September 1912, terdiri dari 45 pasal dikurangi pasal 39, 43, dan pasal 44 yang dinyatakan tidak berlaku di Indonesia berdasarkan Lembaran Negara Tahun 1931 Nomor 232. Namun Auteurswet 1912 dianggap sudah tidak sesuai dengan kepentingan nasional, dengan Undang-Undang No. 6 Tahun 1982, Indonesia mencabut Auteurswet 1912.

Sejak berlakunya Undang-Undang No. 6 Tahun 1982 tentang hak cipta, telah dilakukan beberapa kali penyempurnaan dan perubahan pertama dengan Undang-undang No. 7 Tahun 1987 tentang perubahan atas Undang-undang No. 6 Tahun 1982 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 7 Tahun 1987, kemudian ketentuan hak cipta diatur melalui Undang-Undang No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta.

Dari Undang-Undang No. 6 Tahun 1982 telah dimulai suatu konsepsi

¹¹³ *Ibid.*, hal. 143.

¹¹⁴ *Ibid.*, hal. 143.

dasar dari pengertian hak cipta yang sampai sekarang tetap dipakai yaitu dalam pasal 2:

“Hak cipta adalah hak khusus bagi pencipta maupun penerima hak untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya maupun memberi izin untuk itu dengan tidak mengurangi pembatasan-pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.”¹¹⁵

UU No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta sendiri dalam pasal 1 ayat 2 memberikan defenisi Pencipta, yaitu :

“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 ke dalam bentuk yang khas dan bersifat pribadi.”

Undang-undang No. 19 Tahun 2002 berlaku bagi seluruh ciptaan dan hak-hak yang berkaitan dengan hak cipta terhadap :

- a) Semua Ciptaan warga negara, penduduk, dan badan hukum Indonesia;
- b) Semua Ciptaan bukan warga negara Indonesia, bukan penduduk Indonesia, dan bukan badan hukum Indonesia yang (diumumkan untuk pertama kali di Indonesia;
- c) Semua Ciptaan bukan warga negara Indonesia, bukan penduduk Indonesia, dan bukan badan hukum Indonesia, dengan ketentuan:
 - i. Negaranya mempunyai perjanjian bilateral mengenai perlindungan Hak Cipta dengan Negara Republik Indonesia; atau
 - ii. Negaranya dan Negara Republik Indonesia merupakan pihak atau peserta dalam perjanjian multilateral yang sama mengenai perlindungan Hak Cipta.¹¹⁶

Undang-Undang Hak Cipta Indonesia menekankan hak-hak moral secara jelas dibandingkan undang-undang hak cipta yang berlaku di negara yang menganut sistem *Common Law*. Undang-Undang Hak Cipta Indonesia terlihat menggambarkan pengaruh sistem Hukum Sipil. Pasal 1 ayat (2) dalam mendefinisikan “Pencipta” mengacu kepada “sesuatu yang bersifat pribadi” dari suatu hasil karya yang lahir berdasarkan kemampuan pikiran, imajinasi,

¹¹⁵ Indonesia, Undang-Undang Hak Cipta, UU No. 6 Tahun 1982, LN No. 15 Tahun 1982, TLN No. 3217, pasal 2.

¹¹⁶ Indonesia, Undang-Undang tentang Hak Cipta, UU No. 19 Tahun 2002, LN No.85 Tahun 2002, TLN No. 4220 Tahun 2002, pasa176.

kecekatan, keterampilan atau keahlian yang diterangkan dalam bentuk khas. Hak untuk mempertahankan keutuhan karya tersebut seperti yang dipahami si Pencipta terlihat memperoleh perlindungan Hak Cipta yang diatur dalam undang-undang.¹¹⁷

Di Indonesia, walaupun belum pernah ada perkara tentang *fair use/fair dealing* di muka pengadilan, tetapi dasar-dasar pengaturannya telah diatur dalam perundang-undangan dengan cukup memadai. Pasal 13 – 25 Undang-Undang Hak Cipta No. 19 Tahun 2002 beserta penjelasannya dapat digunakan sebagai dasar hukum pengaturan *fair dealing*.¹¹⁸ Sebagaimana dikemukakan dalam Penjelasan dari Pasal 14 UUHC 2002 yang menjadi konsep dasar pemikiran pengaturan atau penggunaan ciptaan yang tidak dianggap sebagai pelanggaran hak cipta (*fair dealing*) adalah jika sumbernya disebut atau dicantumkan dengan jelas. Selain itu, penggunaannya digunakan terbatas untuk kegiatan yang bersifat non-komersial termasuk untuk kegiatan sosial. Misalnya, kegiatan dalam lingkup pendidikan, kegiatan penelitian dan pengembangan, untuk lingkup ilmu pengetahuan dengan ketentuan tidak merugikan kepentingannya yang wajar dari penciptanya. Termasuk dalam pengertian ini adalah pengambilan ciptaan untuk pertunjukkan atau pementasan yang tidak dipungut bayaran. Khusus untuk pengutipan karya tulis, penyebutan atau pencantuman sumber ciptaan yang dikutip harus dilakukan secara lengkap. Artinya, dengan mencantumkan sekurang-kurangnya nama pencipta, judul atau nama ciptaan, dan nama penerbit jika ada.

Menurut ketentuan Konvensi Berne dan TRIPs, sebagian besar ciptaan tertentu harus dilindungi selama hidup pencipta dan terus berlangsung hingga 50 (lima puluh tahun) setelah pencipta meninggal dunia. Dalam Undang-undang Hak Cipta No. 19 tahun 2002 ketentuan di atas sudah termasuk dalam pengaturannya. Dalam UUHC yang baru ini telah diadakan, perubahan-perubahan tentang masa berlaku seperti fotografi database dan karya hasil pengalihwujudan serta perwajahan karya tulis yang diterbitkan menjadi berlaku selama 50 (lima puluh) tahun sejak pertama kali diumumkan.

Undang-undang No. 19 Tahun 2002 menetapkan pasal 72 ayat 1 Barangsiapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana

¹¹⁷ Tim Lindsey, et.al., *op.cit.*, hal. 118.

¹¹⁸ Eddy Damian, *op.cit.*, hal. 121.

dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 49 ayat (1) dan ayat (2) dipidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp 1.000.000,00 (satu juta) rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah). UUHC No 19 Tahun 2002 mengatur secara rinci dalam ayat berikutnya, pelanggaran hak cipta yang lain dengan macam-macam ancaman hukuman.¹¹⁹

Sebagai tambahan dapat dikemukakan bahwa selain pejabat polisi negeri RI, pejabat pegawai negeri sipil tertentu di lingkungan departemen yang lingkup tugas dan tanggung jawabnya meliputi pembinaan hak kekayaan intelektual diberi wewenang khusus sebagai penyidik.

Penyempurnaan dan penambahan hal-hal baru dalam hak cipta yang tidak diatur dalam Undang-undang mengenai hak cipta sebelumnya seperti terdapat dalam penjelasan umum Undang-undang No. 19 Tahun 2002, antara lain:¹²⁰

- a) *Database* merupakan salah satu ciptaan yang dilindungi (pasal 12 ayat 1 huruf i).
- b) Penggunaan alat apapun baik melalui kabel maupun tanpa kabel termasuk media Internet, untuk pemutaran produk-produk cakram optik (*optical disc*) melalui media audio visual dan atau sarana telekomunikasi (pasal 28 ayat 1).
- c) Penyelesaian sengketa oleh Pengadilan Niaga, arbitrase, atau alternatif penyelesaian sengketa (pasal 56 dan pasal 65).
- d) Penetapan sementara pengadilan untuk mencegah kerugian lebih besar bagi pemegang hak (pasal 67).
- e) Adanya batas waktu proses perkara perdata di bidang hak cipta dan hak terkait, baik di Pengadilan Niaga maupun di Mahkamah Agung (pasal 59 dan pasal 64).
- f) Pencatuman hak informasi manajemen elektronik dan sarana kontrol teknologi (pasal 25 ayat (1) dan pasal 27)
- g) Pencatuman mekanisme pengawasan dan perlindungan terhadap produk-produk yang menggunakan sarana produksi berteknologi tinggi (pasal 28

¹¹⁹ Tim Lindsey, *op. cit.*, hal 124.

¹²⁰ Indonesia, Undang-undang tentang Hak Cipta, UU No.19 Tahun 2002, LN No.85 Tahun 2002, TLN No. 4220 Tahun 2002, Penjelasan Umum paragraf ketujuh.

ayat 1).

- h) Ancaman pidana atas pelanggaran hak terkait (pasal 72 ayat 1).
- i) Ancaman pidana dan denda minimal (pasal 72).
- j) Ancaman pidana terhadap perbanyakan penggunaan program komputer untuk kepentingan komersial secara tidak sah dan melawan hukum (pasal 72 ayat (3)).

Dengan penyempurnaan-penyempurnaan dari Undang-undang hak cipta, diharapkan akan memberikan penegakkan dan perlindungan hak cipta yang lebih baik.

2.8 Obyek Hak Cipta

Beberapa Undang-undang nasional mengenai hak cipta menyebutkan ciptaan-ciptaan yang dilindungi, misalnya Jerman dan Amerika Serikat, namun ada juga yang tidak menyebutkan ciptaan-ciptaan yang dilindungi misalnya Inggris Konvensi Berne melindungi ciptaan para pencipta antara lain:¹²¹

1. karya tertulis seperti buku dan laporan (*literary works*);
2. musik (*musical works*);
3. karya-karya drama seperti sandiwara dan koreografi (*dramatical work*);
4. karya seni seperti lukisan, gambar, foto dan arsitektur (*artistic works*);
5. karya sinematografi seperti film dan video;

Konvensi Berne juga mengatur perlindungan atas karya-karya adaptasi, seperti terjemahan karya tulis dari bahasa asli ke bahasa lain, karya adaptasi dan aransen musik dan kumpulan atau koleksi, seperti ensiklopedia dan antologi.

Selain Konvensi Berne, TRIPs juga mengatur mengenai ciptaan yang dilindungi oleh hak cipta, antara lain:¹²²

1. karya-karya yang harus dilindungi menurut Konvensi Berne,
2. program komputer,
3. kumpulan data atau informasi,
4. pertunjukkan-pertunjukkan (berupa pertunjukkan langsung, disiarkan atau perekaman gambar pertunjukkan),
5. rekaman suara,

¹²¹ Bainbridge, *op.cit*, hal. 38.

¹²² Tim Lindsey, *op.cit*, hal. 99.

6. penyiaran.

Di Indonesia, karya-karya yang dilindungi oleh hak cipta terdapat dalam pasal 12 Undang-undang No.19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta, ciptaan yang dilindungi meliputi ciptaan dalam bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra yang mencakup:

- a. buku, Program Komputer, pamflet, perwajahan (*lay out*) karya tulis yang diterbitkan, dan semua hasil karya tulis lain;
- b. ceramah, kuliah, pidato, dan Ciptaan lain yang sejenis dengan itu;
- c. alat peraga yang dibuat untuk kepentingan pendidikan dan ilmu pengetahuan;
- d. lagu atau musik dengan atau tanpa teks;
- e. drama atau drama musikal, tari, koreografi, pewayangan dan pantomim;
- f. seni rupa dalam segala bentuk seperti seni lukis, gambar, seni ukir, seni kaligrafi, seni pahat, seni patung, kolase, dan seni terapan;
- g. arsitektur;
- h. peta;
- i. seni batik;
- j. fotografi;
- k. sinematografi;
- l. terjemahan, tafsir, saduran, bunga rampai, database, dan karya lain dari hasil pengalihwujudan.

2.9 Pendaftaran Hak Cipta

Berbeda dengan merek dagang, di Indonesia tidak ada ketentuan yang mewajibkan pendaftaran Ciptaan untuk mendapatkan Hak Cipta. Meskipun demikian, pendaftaran dapat dilakukan secara sukarela. Bagi pencipta maupun pemegang Hak Cipta yang mendaftarkan ciptaannya, dapat menjadikan surat pendaftaran ciptaannya sebagai alat bukti awal di pengadilan bila di kemudian hari timbul sengketa mengenai ciptaan tersebut.¹²³

Pasal 5 ayat (1) menyatakan:

- “Kecuali terbukti sebaliknya, yang dianggap sebagai Pencipta adalah:
- a. Orang yang namanya terdaftar dalam Daftar Umum Ciptaan pada Direktorat Jenderal, atau;

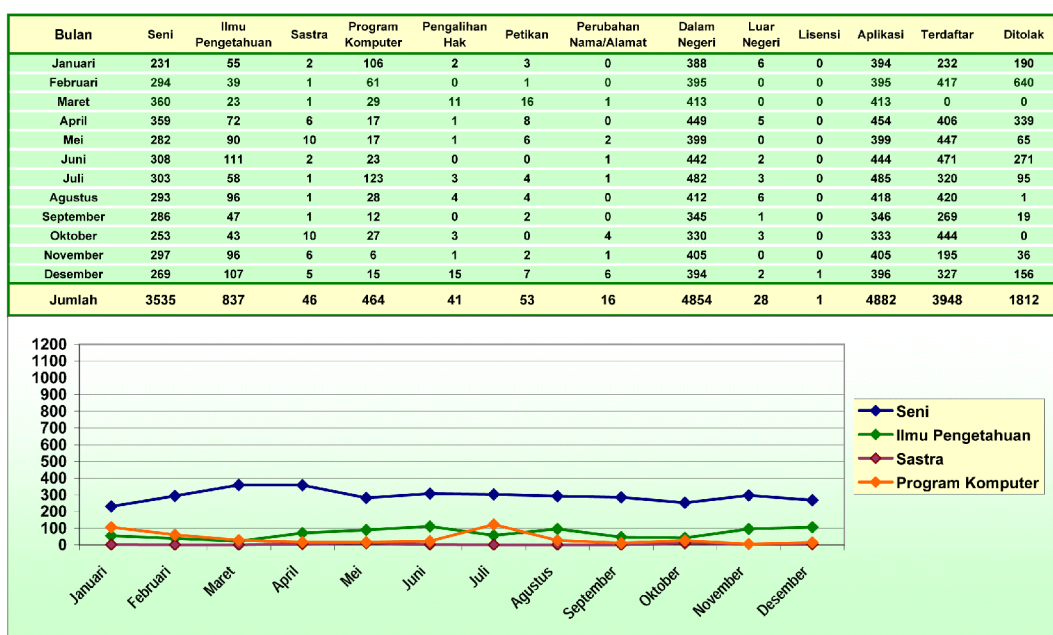
¹²³ Tim Lindsey, *op.cit.*, hal. 107.

- b. Orang yang namanya disebut dalam Ciptaan atau diumumkan sebagai Pencipta pada suatu Ciptaan.”

Anggota TRIPs dan negara-negara peserta Konvensi Berne harus secara otomatis memberikan perlindungan terhadap Ciptaan yang dilindungi Hak Cipta. Sejumlah negara seperti Amerika Serikat memiliki sistem pendaftaran untuk Hak Cipta. Akan tetapi guna memenuhi ketentuan TRIPs ditetapkan bahwa untuk memperoleh perlindungan Hak Cipta, pendaftaran tersebut haruslah bersifat sukarela dan tidak dianggap sebagai suatu kewajiban. Prinsip ini tercantum dalam UU Hak Cipta Indonesia.¹²⁴

Simbol Hak Cipta © biasanya digunakan untuk mengidentifikasi pemegang Hak Cipta dan mengingatkan masyarakat bahwa karya tersebut memperoleh perlindungan Hak Cipta. Pemegang Hak Cipta dapat mencantumkan tanda ini pada karya cipta mereka walaupun sama sekali tidak ada kewajiban mengenai hal ini.¹²⁵

STATISTIK PERMINTAAN PENDAFTARAN CIPTAAN
s.d Desember 2010



Tabel 1 – Statistik Permintaan Pendaftaran Ciptaan Januari – Desember 2010¹²⁶

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.*, hal. 108.

¹²⁶ *Statistik Pendaftaran Ciptaan 2010*, <<http://www.dgip.go.id/ebhtml/hki/filecontent.php?fid=22019>>, diakses tanggal 2 Februari 2011.

Adapun prosedur pendaftaran hak cipta pada Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual adalah sebagai berikut:¹²⁷

1. Permohonan pendaftaran ciptaan diajukan dengan cara mengisi formulir yang disediakan untuk itu dalam bahasa Indonesia dan diketik rangkap 2 (dua).
2. Pemohon wajib melampirkan:
 - a. surat kuasa khusus, apabila permohonan diajukan melalui kuasa;
 - b. contoh ciptaan dengan ketentuan sebagai berikut:
 - buku dan karya tulis lainnya: 2 (dua) buah yang telah dijilid dengan edisi terbaik; apabila suatu buku berisi foto seseorang harus dilampirkan surat tidak keberatan dari orang yang difoto atau ahli warisnya;
 - program komputer: 2 (dua) buah disket disertai buku petunjuk pengoperasian dari program komputer tersebut;
 - CD/VCD/DVD: 2 (dua) buah disertai dengan uraian ciptaannya;
 - alat peraga: 1 (satu) buah disertai dengan buku petunjuknya;
 - lagu: 10 (sepuluh) buah berupa notasi dan atau syair;
 - drama: 2 (dua) buah naskah tertulis atau rekamannya;
 - tari (koreografi): 10 (sepuluh) buah gambar atau 2 (dua) buah rekamannya;
 - pewayangan: 2 (dua) buah naskah tertulis atau rekamannya.

Sedangkan mengenai tarif atau biaya permohonan pendaftaran menurut Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2009 tentang Jenis Tarif Atas Jenis Penerimaan Negara Bukan Pajak Yang Berlaku Pada Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia adalah sebagai berikut:¹²⁸

Tabel 2 – Tarif / Biaya Menurut PP No. 38 Tahun 2009

No.	Jenis Penerimaan Negara Bukan Pajak	Satuan	Tarif
1.	Permohonan pendaftaran suatu ciptaan	per permohonan	Rp 200.000,00

¹²⁷ *Prosedur Pendaftaran Ciptaan*, <<http://www.dgip.go.id/ebscript/publicportal.cgi?.ucid=376&ctid=4&type=0&id=127>>, diakses tanggal 2 Februari 2011.

¹²⁸ *Tarif Hak Cipta*, <<http://www.dgip.go.id/ebscript/publicportal.cgi?.ucid=376&ctid=4&type=0&id=20>>, diakses tanggal 2 Februari 2011.

2.	Permohonan pendaftaran suatu ciptaan berupa program komputer	per permohonan	Rp 300.000,00
3.	Biaya (Jasa) Penerbitan Sertifikat Hak Cipta	per sertifikat	Rp 100.000,00
4.	Permohonan pencatatan pemindahan hak atas suatu ciptaan yang terdaftar dalam daftar umum ciptaan	per permohonan	Rp 75.000,00
5.	Permohonan perubahan nama dan alamat suatu ciptaan yang terdaftar dalam daftar umum ciptaan	per permohonan	Rp 50.000,00
6.	Permohonan petikan tiap pendaftaran ciptaan dalam daftar umum ciptaan	per permohonan	Rp 50.000,00
7.	Pencatatan lisensi hak cipta	per permohonan	Rp 75.000,00

2.10 Pengalihan Hak Cipta

Karena hak cipta merupakan kekayaan intelektual yang dapat dieksploitasi hak-hak ekonominya seperti kekayaan-kekayaan lainnya, timbul hak untuk mengalihkan kepemilikan atas Hak Cipta, seperti misalnya dengan cara penyerahan (*assignment*) hak tersebut. Pemegang Hak Cipta juga dapat memberikan lisensi untuk penggunaan karya Hak Cipta tadi. Bila pemegang hak cipta menyerahkan Hak Ciptanya, ini berarti terjadi pengalihan keseluruhan hak-hak ekonomi yang dapat dieksploitasi dari suatu ciptaan yang dialihkan kepada penerima hak atau Pemegang Hak Cipta dalam jangka waktu yang telah disetujui bersama. Lain halnya jika pengalihan Hak Cipta dilakukan dengan lisensi. Dengan pengalihan Hak Cipta secara lisensi, Pencipta masih memiliki hak-hak ekonomi tertentu dari Ciptaan yang dialihkan kepada Pemegang Hak Cipta.¹²⁹

Untuk mengeksploitasi hak-hak ekonomi Hak Cipta dapat dibatasi secara spesifik pada waktu pengalihannya kepada Pemegang Hak Cipta oleh Pencipta. Pengalihan Hak Cipta juga perlu ditentukan dan dibatasi jangka waktu dan tempat di mana Ciptaan boleh diumumkan dan diperbanyak, misalnya peredarannya dibatasi hanya di Indonesia, tidak boleh diedarkan di luar negeri.¹³⁰

2.11 Penyelesaian Sengketa

Undang-Undang Hak Cipta No. 19 Tahun 2002 mengatur Penyelesaian Sengketa dalam Bab X (Pasal 55 – 66). Dalam Pasal 55 dikatakan bahwa:

¹²⁹ Tim Lindsey, et.al., *Op.Cit*, hal. 115.

¹³⁰ *Ibid.*, hal. 116.

“Penyerahan Hak Cipta atas seluruh Ciptaan kepada pihak lain tidak mengurangi hak Pencipta atau ahli warisnya untuk menggugat yang tanpa persetujuannya:

- a. meniadakan nama Pencipta yang tercantum pada Ciptaan itu;
- b. mencantumkan nama Pencipta pada Ciptaannya;
- c. mengganti atau mengubah judul Ciptaan; atau
- d. mengubah isi Ciptaan.”

Selanjutnya dalam Pasal 56 diatur bahwa:

- (1) Pemegang Hak Cipta berhak mengajukan gugatan ganti rugi kepada Pengadilan Niaga atas pelanggaran Hak Ciptaannya dan meminta penyitaan terhadap benda yang diumumkan atau hasil Perbanyakan Ciptaan itu.
- (2) Pemegang Hak Cipta juga berhak memohon kepada Pengadilan Niaga agar memerintahkan penyerahan seluruh atau sebagian penghasilan yang diperoleh dari penyelenggaraan ceramah, pertemuan ilmiah, pertunjukan atau pameran karya, yang merupakan hasil pelanggaran Hak Cipta.
- (3) Sebelum menjatuhkan putusan akhir dan untuk mencegah kerugian yang lebih besar pada pihak yang haknya dilanggar, hakim dapat memerintahkan pelanggar untuk menghentikan kegiatan Pengumuman dan/atau Perbanyakan Ciptaan atau barang yang merupakan hasil pelanggaran Hak Cipta.

Adapun perlindungan atas pelanggaran hak moral Pencipta sehubungan dengan Pasal 24 UUHC diatur dalam Pasal 58 sebagai berikut:

“Pencipta atau ahli waris suatu Ciptaan dapat mengajukan gugatan ganti rugi atas pelanggaran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24.”

Dalam Pasal 59 diatur bahwa gugatan sehubungan dengan pasal 55, 56 dan 58 sebagaimana tersebut di atas wajib diputus dalam tenggang waktu 90 (sembilan puluh) hari hari terhitung sejak gugatan didaftarkan di Pengadilan Niaga yang bersangkutan.

Selain penyelesaian sengketa di Pengadilan Niaga, Undang-undang Hak Cipta juga menawarkan arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan / *alternative dispute resolution* (ADR) sebagaimana diatur dalam pasal 65. Dalam Penjelasan pasal 65 dikatakan bahwa yang dimaksud dengan alternatif penyelesaian sengketa adalah negosiasi, mediasi, konsiliasi, dan cara lain yang dipilih oleh para pihak sesuai dengan Undang-undang yang berlaku. Sehubungan dengan hal ini, maka ketentuan yang digunakan adalah Undang-Undang Nomor

30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.¹³¹

Umumnya, Hak Cipta dilanggar jika materi Hak Cipta tersebut digunakan tanpa izin dari Pencipta yang mempunyai hak eksklusif atas ciptaanya. Untuk terjadinya pelanggaran, harus ada kesamaan antara dua ciptaan yang ada. Namun, Pencipta atau Pemegang Hak Cipta harus membuktikan bahwa karyanya telah dijiplak, atau karya lain tersebut berasal dari karyanya. Hak Cipta tidak dilanggar jika karya-karya sejenis diproduksi secara independen, dalam hal ini masing-masing Pencipta akan memperoleh Hak Cipta atas karya mereka.¹³²

Hak Cipta juga dilanggar jika seluruh atau bagian substansial dari suatu Ciptaan yang dilindungi Hak Cipta diperbanyak. Pengadilan akan menentukan apakah suatu bagian yang ditiru merupakan bagian substansial dengan meneliti apakah bagian yang digunakan itu penting, memiliki unsur pembeda atau bagian yang mudah dikenali. Bagian ini tidak harus dalam jumlah atau bentuk besaran (kuantitas) untuk menjadi bagian substansial. Substansial di sini dimaksudkan sebagai bagian penting, bukan bagian dalam jumlah besaran (Pasal 1 ayat (6); Penjelasan Pasal 15 (a)). Jadi, yang dipakai sebagai ukuran adalah ukuran kualitatif bukan ukuran kuantitatif.¹³³

Cara lain yang dianggap sebagai pelanggaran oleh seseorang terhadap suatu Hak Cipta adalah saat seseorang:¹³⁴

- (a) memberi wewenang (berupa persetujuan atau dukungan) kepada pihak lain untuk melanggar Hak Cipta;
- (b) memiliki hubungan dagang/komersial dengan barang bajakan ciptaan-ciptaan yang dilindungi Hak Cipta;
- (c) mengimpor barang-barang bajakan ciptaan yang dilindungi Hak Cipta untuk dijual eceran atau didistribusikan;
- (d) memperbolehkan suatu tempat pementasan umum untuk digunakan sebagai tempat melanggar pementasan atau penayangan karya yang melanggar Hak Cipta.

Pelanggaran atas ketentuan tersebut adalah delik pidana biasa yang dapat

¹³¹ Indonesia, Undang-undang tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Undang-undang No. 30, LN No. 138 Tahun 1999, TLN No. 3872.

¹³² *Ibid.*, hal. 122 – 123.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

dikenakan denda/sanksi pidana secara khusus yang diatur dalam Pasal 72 Bab XIII Undang-Undang Hak Cipta sebagaimana dapat dilihat dalam tabel berikut:

Tabel 3 – Ancaman Hukuman Pidana Pasal 72 Bab XIII UUHC 2002

No	Pasal	Ancaman Hukuman Pidana		Jenis Perbuatan
		Penjara	Denda	
1.	72 (1)	1 bulan – 7 tahun	Rp. 1 juta – Rp. 5 miliar	Perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak mengumumkan, atau memperbanyak suatu ciptaan; atau membuat, memperbanyak, atau menyiarkan rekaman suara dan/atau menyewakan karya rekaman suara atau rekaman bunyi.
2.	72 (2)	Max 5 tahun	Max Rp. 500 juta	Perbuatan dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau barang hasil pelanggaran hak cipta atau hak terkait.
3.	72 (3)	Max 5 tahun	Max Rp. 500 juta	Perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak memperbanyak penggunaan untuk kepentingan komersial suatu Program Komputer.
4.	72 (4)	Max 5 tahun	Max Rp. 1 miliar	Perbuatan dengan sengaja melakukan Pengumuman setiap Ciptaan yang bertentangan dengan kebijaksanaan Pemerintah di bidang agama, pertahanan dan keuangan Negara, kesusilaan, serta ketertiban umum.
5.	72 (5)	Max 2 tahun	Max Rp. 150 juta	Perbuatan dengan sengaja memperbanyak/ mengumumkan Potret seseorang tanpa izin orang dipotret. Atau izin ahli warisnya dalam jangka waktu 10 tahun setelah orang yang dipotret meninggal dunia; dan tanpa izin atau melanggar larangan Lembaga Penyiaran untuk membuat, memperbanyak, dan atau menyiarkan ulang karya siaran yang dilindungi melalui transmisi dengan atau tanpa kabel, atau melalui sistem elektromagnetik lain.
6.	72 (6)	Max 2 tahun	Max Rp. 150 juta	Perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak tidak mencantumkan nama Pencipta pada Ciptaanya; atau mengubah isi suatu ciptaan, judul ciptaan dan anak judul ciptaan.
7.	72 (7)	Max 2 tahun	Max Rp. 150 juta	Perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak meniadakan atau mengubah informasi elektronik tentang informasi manajemen hak Pencipta.
8.	72 (8)	Max 2 tahun	Max Rp. 150 juta	Perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak merusak, meniadakan atau membuat tidak berfungsi sarana kontrol teknologi sebagai pengaman hak Pencipta.
9.	72 (9)	Max 5 tahun	Max Rp. 1,5 miliar	Perbuatan dengan sengaja dan tanpa hak tidak memakai semua peraturan perizinan dan persyaratan produksi yang ditetapkan oleh instansi berwenang dalam menggunakan sarana produksi berteknologi tinggi, khususnya di bidang cakram optik (<i>optical disc</i>).

Di Indonesia, ada kecenderungan untuk menyelesaikan pelanggaran hak cipta dengan upaya hukum pidana dibanding upaya melakukan tuntutan perdata melalui Pengadilan Niaga untuk memperoleh ganti rugi. Walaupun demikian, seiring perubahan terbaru UU yang telah berlaku dan kesadaran hukum yang kian meningkat, di masa yang akan datang diharapkan penyelesaian secara ganti rugi yang efektif akan lebih dipilih. Selain itu, hal ini pun diharapkan akan menjadi acuan khusus di Pengadilan Niaga di mana pengetahuan atas bidang ini kian ditingkatkan.¹³⁵

¹³⁵ *Ibid.*

BAB III

LISENSI CREATIVE COMMONS

3.1 Pengertian Lisensi

3.1.1 Definisi Umum

Secara umum dalam *Black's Law Dictionary*, lisensi diartikan sebagai :

A personal privilege to do some particular act or series of act ...

atau

*The permission by competent authority to do an act which, without permission would be illegal, a trespass a tort, or otherwise would not allowable.*¹³⁶

Suatu kekayaan intelektual dapat dikatakan bermanfaat ekonomi karena terkandung di dalamnya nilai-nilai ekonomi. Untuk pemanfaatan nilai-nilai ekonomi ini secara optimal, seorang pemegang hak salah satu kekayaan intelektual (rahasia dagang, desain industri, paten, merek atau hak cipta) seringkali tidak mungkin melakukan sendiri pemanfaatan ekonominya. Karena itu, oleh undang-undang yang berlaku, kepada seseorang atau perusahaan yang mempunyai aset HKI diperbolehkan untuk memberikan hak atas aset HKI yang dimilikinya kepada perusahaan lain untuk pemanfaatan sebesar-besarnya suatu aset HKI berdasarkan lisensi atau waralaba.¹³⁷ Sehubungan dengan hak cipta, maka perjanjian lisensi yang digunakan.

Jadi berarti lisensi adalah suatu bentuk hak untuk melakukan satu atau serangkaian tindakan atau perbuatan, yang diberikan oleh mereka yang mempunyai hak dalam bentuk izin sebagaimana ditentukan dalam perjanjian itu sendiri. Tanpa adanya izin tersebut, maka tindakan atau perbuatan tersebut merupakan suatu tindakan yang terlarang, yang tidak sah, yang merupakan perbuatan melawan hukum.¹³⁸ Terkecuali jika tindakan tersebut adalah bagian dari *fair use*.

¹³⁶ Bryan A. Garner, ed, *Black's Law Dictionary Eighth Edition*, (Minnesota: West Group, 1999).

¹³⁷ Eddy Damian, op.cit., hal. 331

¹³⁸ Gunawan Widjaja, *Lisensi atau Waralaba Suatu Panduan Praktis*, (Jakarta : PT Raja Grafindo Persada, 2004), hal. 3.

Dari pengertian tersebut yang diberikan tersebut dapat kita lihat bahwa lisensi merupakan suatu bentuk pemberian hak yang melahirkan suatu perikatan, yang dapat bersifat eksklusif maupun non-eksklusif sebagai suatu perikatan pemberian lisensi ini memberikan hak kepada pemberi lisensi atas kontra prestasi dari penerima lisensi.

Secara umum dapat dikatakan bahwa kontra prestasi yang diharapkan oleh pemberi lisensi dari penerima lisensi adalah bentuk pembayaran (yang disebut dengan *license fee* atau *royalti*). Namun demikian kebutuhan praktis menunjukkan bahwa ternyata tidak sampai di situ saja kewajiban yang harus dilaksanakan oleh penerima lisensi. Pemberi lisensi merasa berkepentingan agar hak kekayaan intelektual yang dilisensikan olehnya kepada penerima lisensi dapat dijaga keutuhannya (dalam hal hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan adalah rahasia dagang penerima lisensi bahkan diwajibkan untuk menjaga kerahasiaan rahasia dagang yang dilisensikan tersebut), termasuk melakukan hal-hal yang tidak akan mengakibatkan kerugian, baik langsung maupun tidak langsung atas hak kekayaan intelektual yang diperoleh pemanfaatannya melalui pemberian lisensi, baik memberikan kerugian moril maupun materiil bagi pihak pemberi lisensi.¹³⁹

Pihak yang “menjual” atau memberikan lisensi tersebut disebut dengan nama *Licensor* (pemberi lisensi), dan pihak yang menerima disebut dengan *licensee* (penerima lisensi) dalam Black’s Law Dictionary *Licensor* adalah

“*person who gives or grants a license*” dan *licensee* adalah “*person whom a license has been granted*”¹⁴⁰

3.1.2 Definisi Lisensi Dalam Perundang-undangan

Undang-undang Hak Cipta yang diatur dalam Undang-undang No. 6 Tahun 1982 Tentang Hak Cipta sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang No. 7 Tahun 1987 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 6 Tahun 1982 Tentang Hak Cipta lalu diubah lagi dengan Undang-undang No. 12 Tahun 1997 terakhir adalah Undang-undang No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta. Lisensi diatur dalam pasal 1 angka 14 :

¹³⁹ *Ibid*, hal. 4 - 5

¹⁴⁰ Bryan A. Gardner, *ed, loc. cit.*

Lisensi adalah izin yang diberikan oleh Pemegang Hak Cipta atau Pemegang Hak Terkait kepada pihak lain untuk mengumumkan dan/atau memperbanyak Ciptaannya atau produk Hak Terkaitnya dengan persyaratan tertentu.

Dan pasal 45 Undang-undang No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta :

- (1) Pemegang Hak Cipta berhak memberikan Lisensi kepada pihak lain berdasarkan surat perjanjian lisensi untuk melaksanakan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2.
- (2) Kecuali diperjanjikan lain, lingkup Lisensi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi semua perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 berlangsung selama jangka waktu Lisensi diberikan dan berlaku untuk seluruh wilayah Negara Republik Indonesia.
- (3) Kecuali diperjanjikan lain, pelaksanaan perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) disertai dengan kewajiban pemberian royalti kepada Pemegang Hak Cipta oleh penerima Lisensi.
- (4) Jumlah royalti yang wajib dibayarkan kepada Hak Cipta oleh penerima Lisensi adalah berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak dengan berpedoman kepada kesepakatan organisasi profesi.

Lisensi hak cipta pada dasarnya di perbolehkan selama sepanjang syarat - syarat lahirnya lisensi sebagai suatu perjanjian secara sah.¹⁴¹

3.2 Asas-asas Lisensi

Lisensi bisa merupakan suatu tindakan hukum berdasarkan kesukarelaan atau kewajiban. Lisensi sukarela adalah salah satu cara pemegang HKI untuk memberikan hak berdasarkan perjanjian keperdataan hak-hak ekonomi kekayaan intelektualnya kepada pihak lain sebagai pemegang hak lisensi untuk mengeksploitasinya. Lisensi wajib umumnya merupakan salah satu cara pemberian hak-hak ekonomi yang diharuskan perundang-undangan, tanpa memperhatikan apakah pemilik menghendaknya atau tidak.¹⁴²

Sebuah lisensi umumnya mengambil format kontrak. Sedangkan jenis lisensi dapat eksklusif atau non-eksklusif. Lisensi eksklusif adalah sebuah

¹⁴¹ *Ibid*, hal. 63.

¹⁴² Tim Lindsey, et.al., *op.cit.*, hal. 333.

perjanjian dengan pihak lain untuk melisensikan sebagian HKI tertentu kepada Penerima Lisensi untuk jangka waktu yang ditentukan dan biasanya lisensi diberlakukan untuk daerah yang ditentukan. Pemberi lisensi biasanya memutuskan untuk tidak memberikan HKI tersebut pada pihak lain dalam daerah tersebut untuk jangka waktu berlakunya lisensi, kecuali kepada pemegang lisensi eksklusif.¹⁴³

Lisensi non-eksklusif memberi kesempatan bagi pemilik lisensi untuk memberi lisensi HKI-nya pada pemakai lisensi lainnya dan juga menambah jumlah pemakai lisensi dalam daerah yang sama.¹⁴⁴

Teritorial lisensi adalah suatu teritori/daerah atau wilayah berlakunya lisensi tersebut, bisa besar atau kecil. Teritori ini bisa mencakup seluruh dunia (sebagai contoh, semua pasar sekarang maupun yang akan datang serta negara-negara di seluruh dunia) atau bisa regional (sebagai contoh, Uni Eropa, Jawa, Hongkong) atau bisa lokal (contohnya, Yogyakarta, Negara Bagian Washington).¹⁴⁵

Suatu lisensi atas HKI diasumsikan dapat memberi pemakai (*licensee*) semua hak-hak pemilik dalam kaitannya dengan HKI (kecuali kepemilikan formal nyata) selama jangka waktu lisensi, kecuali dinyatakan lain oleh pihak-pihak tersebut.¹⁴⁶

Imbalan (*fee*) atas lisensi adalah hak untuk mengeksploitasi HKI dalam jangka waktu yang telah disetujui umumnya dengan imbalan lisensi atau royalti. Royalti dapat dihitung dengan beberapa cara. Mereka dapat merupakan prosentasi dari laba bersih pemegang lisensi; atau dari penjualan kotor pemegang lisensi; atau biaya yang telah ditentukan; atau biaya yang berubah-ubah mengikuti target penjualan baru yang dicapai. Perjanjian lisensi memungkinkan pembayaran royalti secara tahunan, triwulan atau bulanan.¹⁴⁷

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*, hal. 334.

¹⁴⁷ *Ibid.*

3.3 Cakupan Lisensi

Berikut di bawah ini hal - hal yang secara umum diatur dalam suatu pemberian lisensi:¹⁴⁸

1) Identifikasi dari pihak pemberi lisensi dan pihak penerima lisensi

Dalam hal ini perlu untuk diperhatikan kewenangan bertindak dari pihak pemberi lisensi maupun pihak penerima lisensi. Untuk ini maka perlu diperhatikan ketentuan anggaran dasar dari pihak pemberi lisensi dan pihak penerima lisensi. Mengingat bahwa perjanjian perjanjian pemberi lisensi seringkali merupakan perjanjian yang bersifat ekstrateritorial, yang bersifat lintas batas kenegaraan, maka untuk menjamin kepastian pemberian lisensi maupun penerimaan oleh pihak yang benar, ada baiknya diperoleh suatu pernyataan dari pihak yang berwenang dari negara di mana pemberi lisensi atau penerima lisensi berasal.

2) Identifikasi atas Jenis Hak atas Kekayaan Intelektual yang dilisensikan

Pemberi lisensi dan penerima lisensi harus mengetahui dengan pasti jenis Hak atas Kekayaan Intelektual yang dilisensikan. Masing-masing hak atas kekayaan intelektual memiliki ciri-ciri khas yang unik, yang satu dengan yang lainnya. Lisensi paten berbeda dari lisensi merek dagang dan merek jasa, lisensi rahasia dagang, demikian juga dengan lisensi hak cipta.

3) Luasnya ruang lingkup Hak atas Kekayaan Intelektual yang dilisensikan

Lisensi merupakan pemberian hak atas pemegang lisensi kepada penerima lisensi untuk mempergunakan atau melaksanakan Hak atas kekayaan Intelektual yang diberi perlindungan oleh negara (perlu diperhatikan juga meskipun Rahasia dagang merupakan hak atas kekayaan intelektual yang tidak diungkapkan, namun rahasia dagang juga diberikan perlindungan oleh negara atas kerahasiaannya tersebut, dan bukan atas hak atas kekayaan intelektual yang diumumkan oleh pemegang atau pemilik haknya), dalam hal pemberian lisensi kadangkala perlu juga untuk diperhatikan luasnya cakupan hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan, apakah juga termasuk didalamnya pengembangan lebih lanjut

¹⁴⁸ Gunawan Widjaja, *op.cit.*, hal 61-77.

dari hak atas kekayaan intelektual asal (basic intellectual property rights) yang semula dilisensikan. Hal tersebut penting menjadi perhatian karena, selain Rahasia Dagang, pemberian perlindungan hak atas kekayaan intelektual senantiasa dikaitkan dengan batasan waktu, yang dengan berakhirnya jangka waktu tersebut hapus demi hukum. Ini berarti lisensi yang diberikan atas hak atas kekayaan intelektual yang telah hapus perlindungan hukumnya juga hapus demi hukum.

Hal kedua yang juga menjadi perhatian dari pemberi lisensi adalah mengenai kemungkinan terjadinya pembatalan atau penolakan atas perlindungan hak atas kekayaan intelektual yang diajukan (kecuali dengan rahasia dagang). Risiko ekonomis yang dari kedua keadaan tersebut dapat diminimalisir pemberi lisensi dengan cara menghubungkan pemberian lisensi atas suatu hak atas kekayaan intelektual lainnya yang sinergis, hingga tidak memungkinkan bagi penerima lisensi untuk dapat dengan bebas mempergunakan salah satu hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan yang telah habis masa perlindungannya, tanpa adanya kewajiban pembayaran royalti dan atau kewajiban-kewajiban lainnya atau pelanggaran terhadap hak atas kekayaan intelektual lainnya yang dilisensikan secara bersama-sama tersebut. Satu hal yang musti dicatat di sini adalah bahwa pemberian lisensi tidak menghapuskan hak pemberi lisensi untuk memanfaatkan, menggunakan atau melaksanakan sendiri hak atas kekayaan intelektual yang telah dilisensikan tersebut. Dalam hal yang demikian, maka kecuali ditentukan sebaliknya, hak tersebut tetap melekat secara eksklusif pada pihak pemilik atau pemegang hak atas kekayaan intelektual selaku pemberi lisensi.

Masalah lain yang juga perlu mendapat perhatian sehubungan dengan luasnya ruang lingkup pemberian lisensi ini adalah mengenai modifikasi, pengembangan (development) atau penyempurnaan (improvement) hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan, yang dilakukan oleh penerima lisensi. Sampai seberapa jauh penerima lisensi diberikan hak untuk melakukan modifikasi, pengembangan atau penyempurnaan tersebut, dan bagaimana status dari hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan

tersebut. Dalam hal pemberi mengakui hak penerima lisensi atas modifikasi pengembangan ataupun penyempurnaan tersebut, sampai seberapa jauh ketentuan eksklusifitas mengenai *feedback* atau *grandback* yang eksklusif mengakibatkan tidak dapat atau tidak memungkinkannya penerima lisensi sebagai pemegang hak atas kekayaan intelektual hasil modifikasi, pengembangan atau penyempurnaan, untuk melisensikan lebih lanjut hak atas kekayaan intelektual hasil modifikasi, pengembangan atau penyempurnaan tersebut secara terbuka kepada umum, selain hanya kepada pemberi lisensi.

4) Tujuan pemberian lisensi hak atas kekayaan intelektual

Secara ekonomis dapat dikatakan bahwa pemberian, lisensi hak atas kekayaan intelektual oleh pemberi lisensi adalah dalam rangka pengembangan usaha. Dalam bentuk yang demikian pemberi lisensi dapat mengembangkan kegiatan usaha berdasarkan atas hak kekayaan intelektual yang dimiliki olehnya secara lebih leluasa (bahkan ada yang mengatakan secara tak terbatas - borderless) dengan sumber daya yang lebih kecil. Atas pemberian lisensi tersebut, pemberi lisensi memperoleh imbalan dalam bentuk royalti yang dibayarkan oleh penerima lisensi, yang besarnya bergantung pada negosiasi para pihak. Untuk hal yang terakhir ini harus juga diperhatikan ada tidaknya keterikatan antara besarnya royalti yang harus dibayar dengan penetapan harga yang harus dilaksanakan oleh penerima lisensi atas barang atau jasa yang dihasilkan atau yang diperdagangkan dengan mempergunakan hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan.

5) Eksklusifitas pemberian lisensi

Pemberian lisensi merupakan suatu hak khusus yang hanya dapat diberikan oleh pemberi lisensi, atas kehendaknya pemberi lisensi semata-mata kepada satu atau lebih penerima lisensi yang menurut pertimbangan pemberi lisensi dapat menyelenggarakan, mengelola atau melaksanakan hak atas kekayaan intelektual yang dimiliki oleh pemberi lisensi. Sampai seberapa jauh suatu kewenangan yang diberikan untuk melaksanakan, memanfaatkan atau mempergunakan hak atas kekayaan intelektual yang

dilisensikan dalam suatu pemberian lisensi merupakan bagian dari eksklusifitas pemberian lisensi.

Suatu dikatakan bersifat eksklusif, jika lisensi tersebut diberikan dengan kewenangan penuh untuk melaksanakan, memanfaatkan atau mempergunakan hak atas kekayaan intelektual yang diberikan perlindungan oleh negara. Eksklusifitas itu sendiri tidaklah bersifat absolut atau mutlak, melainkan juga dibatasi oleh berbagai hal, misalnya hanya diberikan untuk suatu jangka waktu tertentu. Selanjutnya pemberian, lisensi yang tidak memberikan kewenangan penuh disebut dengan non-eksklusif. Dalam praktiknya jarang kita temui pemberian lisensi yang eksklusif, dan jikalau pemberian lisensi tersebut bersifat eksklusif biasanya pemberian lisensi masih dikaitkan dengan *time exclusivity*, *territorial exclusivity*, atau *product exclusivity*.

Eksklusifitas lisensi tidak berkaitan dengan hak untuk melisensikan ulang (*sublicense*). Ada tidaknya kewenangan untuk memberikan sublisensi harus dituangkan secara terpisah dan tersendiri dalam suatu klausa yang tegas. Pada umumnya pemberian lisensi jarang disertai dengan hak untuk melisensikan ulang.

- 6) Spesifikasi khusus yang berhubungan dengan wilayah pemberian lisensi, baik dalam bentuk kewenangan untuk melakukan produksi dan/atau untuk melaksanakan penjualan dari barang dan atau jasa yang mengandung hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan

Ketentuan ini dapat dikatakan merupakan pengembangan lebih lanjut dari sifat eksklusifitas pemberian lisensi. Pemberian lisensi, baik yang eksklusif maupun non-eksklusif biasanya disertai dengan spesifikasi khusus terhadap wilayah tertentu, waktu tertentu maupun produk berupa barang atau jasa tertentu. Untuk dapat mengerti hal ini, maka pemberian lisensi harus senantiasa dilihat dalam bentuknya sebagai suatu alternatif pengembangan usaha bagi pemberi lisensi. Yang jelas dan pasti pemberi lisensi tidak mungkin akan “put all eggs in one basket”. Jadi ini sesungguhnya merupakan bagian dari diversifikasi risiko pemberi lisensi.

Ada satu aspek lain yang harus diperhatikan di sini, yaitu yang

berhubungan dengan ketentuan mengenai larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

- 7) Hak pemberi lisensi atas laporan-laporan berkala dan untuk melaksanakan inspeksi-inspeksi atas pelaksanaan jalannya pemberian lisensi dan kewajiban penerima lisensi untuk memenuhinya

Pemberian lisensi sebagai suatu perjanjian jelas akan melahirkan hak dan kewajiban (secara timbal balik) bagi para pihak yang terlibat dalam perjanjian pemberian lisensi tersebut. Salah satu kewajiban yang senantiasa diminta oleh pemberi lisensi dari penerima lisensi adalah bahwa pemberi lisensi berkewajiban untuk menyerahkan kepada pemberi lisensi laporan-laporan berkala mengenai penggunaan maupun, pemanfaatan hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan tersebut. Selain hal itu, bagi keperluan / kepentingan pengujian oleh pemberi lisensi atas kebenaran laporan yang disampaikan oleh penerima lisensi, ataupun untuk hal-hal tertentu lainnya pemberi lisensi pada pokoknya juga menginginkan agar pemberi lisensi pada pokoknya juga menginginkan agar pemberi lisensi dimungkinkan untuk melakukan inspeksi atau pemeriksaan, baik secara berkala ataupun insidental, ke daerah kerja penerima lisensi.

- 8) Ada tidaknya kewajiban bagi penerima lisensi untuk membeli barang modal tertentu ataupun barang-barang tertentu lainnya dalam rangka pelaksanaan lisensi dari pemberi lisensi

Pemberian lisensi tidaklah diberikan dengan cuma-cuma. Hak atas kekayaan intelektual pada umumnya diperoleh dengan dengan suatu pengorbanan, baik materiil maupun imateriil. Pengorbanan ini ada adakalanya dapat dengan mudah dikuantifikasi, namun tidak jarang juga yang sulit untuk dinominalkan, terlebih lagi untuk hak atas kekayaan intelektual yang melibatkan berbagai macam aspek yang saling bergantung satu dengan yang lainnya. Untuk keperluan tersebut maka adakalanya pihak pemberi lisensi mewajibkan penerima lisensi untuk membeli barang modal (*capital goods*) tertentu dari pemberi lisensi sebagai bagian dari “paket” lisensi yang “dijual”. Tidak hanya sampai di situ, dalam banyak hal, khususnya yang berhubungan dengan lisensi

merek dagang, barang-barang dagangan, baik yang masih berupa bahan mentah (*raw material*) yang masih harus diolah, barang setengah jadi (*intermediaries*), bahan-bahan tambahan / peramu, hingga barang jadi (*finished goods*) tertentu juga wajib dibeli oleh penerima lisensi dari pemberi lisensi.

9) Pengawasan Oleh Pemberi Lisensi

Hal ketiga yang menjadi perhatian pokok pemberi lisensi adalah mengenai pengawasan (*control, supervision*) pemberi lisensi atas jalannya kegiatan usaha yang mempergunakan hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan oleh pemberi lisensi. Pengawasan ini menjadi krusial bagi pemberi lisensi, dalam hal lisensi yang diberikan tersebut menyangkut pengolahan atau pemanfaatan yang memerlukan keahlian khusus, dan yang dalam rangka pelaksanaan lisensi tersebut harus dikerjakan sendiri oleh pihak penerima lisensi. Pemberi lisensi dengan berkepentingan atas kebakuan dari produk, baik barang maupun jasa yang dihasilkan oleh (para) penerima lisensi. Produk tersebut harus memenuhi minimum standar yang telah ditetapkan dan untuk itulah maka harus dijaga keseragamannya, agar tidak merugikan kepentingan pemberi lisensi.

10) Kerahasiaan atas hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan (*confidentiality*).

Hal selanjutnya yang merupakan kepedulian dari pemberi lisensi adalah masalah kerahasiaan (*confidentiality & secrecy*) atas seluruh data, informasi maupun keterangan yang diperoleh penerima lisensi dari pemberi lisensi. Jika kita kembali ingat pada penjelasan yang diberikan dalam angka 2 di atas, bahwa lisensi biasanya tidak hanya melibatkan satu macam hak atas kekayaan intelektual semata-mata, melainkan suatu rangkaian yang saling independen dan sulit dipisahkan, maka guna melindungi rangkaian hak atas kekayaan intelektual yang independen tersebut, biasanya pemberi lisensi mewajibkan penerima lisensi untuk merahasiakan segala macam informasi yang telah diperolehnya dari pemberi lisensi.

11) Ketentuan Nonkompetisi (Non-competition Clause)

Ketentuan ini pada dasarnya merupakan langkah lebih jauh dari ketentuan mengenai kerahasiaan sebagaimana dijelaskan dalam angka 10 di atas, yang ditujukan untuk melindungi “bisnis” pemberi rahasia dari “pencurian bisnis” oleh penerima lisensi atas data-data, informasi maupun keterangan yang disampaikan oleh pemberi lisensi kepada penerima lisensi dalam rangka pelaksanaan pemberian lisensi. Jika dalam ketentuan mengenai kerahasiaan, penerima lisensi hanya diwajibkan untuk merahasiakan yang diketahui olehnya, dalam keadaan nonkompetisi ini, penerima lisensi tidak diperkenankan untuk melaksanakan kegiatan yang sama, serupa, mirip ataupun yang secara langsung atau tidak langsung akan berkompetisi dengan kegiatan yang dilakukan oleh penerima lisensi dalam kaitan dengan pemberian lisensi tersebut, baik dengan mempergunakan satu atau lebih data, informasi maupun keterangan yang diperoleh dari pemberi lisensi. Pembatasan nonkompetisi ini dalam banyak hal ditindaklanjuti dengan larangan setelah pengakhiran perjanjian pemberian lisensi terjadi.

- 12) Kewajiban memberikan perlindungan atas hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan.

Kewajiban keenam yang ditekankan oleh pemberi lisensi adalah masalah kewajiban perlindungan atas hak kekayaan intelektual pemberi lisensi. Sebagai suatu bentuk pengembangan usaha yang bersifat *cross border*, pemberi lisensi senantiasa dihadapkan pada berbagai macam aturan hak atas: kekayaan intelektual yang tidak seragam, dan pelanggarannya seringkali sukar terdeteksi oleh pemberi lisensi dari jarak jauh. Untuk keperluan perlindungan atas hak atas kekayaan intelektualnya itulah, maka pemberi lisensi merasa berhak untuk mewajibkan penerima lisensi untuk turut membantu menjaga perlindungan hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan kepada penerima lisensi. Penerima lisensi berkewajiban untuk segera melaporkan kepada pemberi lisensi, jika penerima lisensi menemukan tanda-tanda adanya pelanggaran hak atas kekayaan intelektual pemberi lisensi. Penerima lisensi tidaklah berhak untuk bertindak atas inisiatifnya sendiri, kecuali atas perintah kuasa tertulis dari pemberi lisensi. Selain hal tersebut, sebagai bentuk pemberian hak khusus yang

bukan pengalihan hak, lisensi tidak memberikan kewenangan mutlak bagi penerima lisensi untuk memanfaatkan hak atas kekayaan milik pemberi lisensi, termasuk didalamnya untuk mengakui hak atas kekayaan intelektual tersebut sebagai miliknya. Ketentuan ini biasanya sangat tegas dan jelas diatur dalam setiap pemberian lisensi oleh pemberi lisensi.

13) Kewajiban Pencatatan Lisensi.

Kewajiban pencatatan lisensi ini merupakan pengejawantahan lebih lanjut dari penjelasan yang diberikan dalam paragraf terakhir angka 11. Pemberian lisensi perlu dicatatkan dan diumumkan agar semua pihak mengetahui bahwa penggunaan dan pemanfaatan hak atas kekayaan intelektual oleh penerima lisensi adalah hanya sebatas pemberian lisensi dan bukan pengalihan hak. Ini berarti perlindungan bagi pemberi lisensi bagaimana proses dan teknis pendaftaran diatur secara khusus dalam tiap-tiap negara secara berbeda-beda.

14) Kompensasi Dalam Bentuk Royalti Dan Pembayaranannya.

Hal yang tidak kalah menariknya dan bukan yang paling diharapkan oleh pemberi lisensi adalah agar “modal” yang dikeluarkan olehnya untuk memperoleh suatu hak atas kekayaan intelektual yang diberikan perlindungan hukum dapat memberikan hasil yang baik. Hasil ini pada umumnya berhubungan dengan royalti yang harus dibayar oleh penerima lisensi. Royalti ini berbeda-beda menurut jenis, besar dan cara pembayaranannya dan bergantung pada jenis dan ruang lingkup hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan.

Dalam *Licensing Guide for Developing Countries* yang, diterbitkan oleh WIPO disebutkan berbagai macam istilah yang dipergunakan untuk menjelaskan bermacam-macam jenis pembayaran yang dapat diminta oleh pemberi lisensi dari penerima lisensi, yang meliputi antara lain harga (*price*), remunerasi (*remuneration*), royalti, pembayaran jasa (*fee*), return, komisi (*commission*), atau biaya (*costs*). Dari sekian banyak istilah yang dapat dipergunakan, secara umum dikenal adanya dua macam atau dua jenis kompensasi yang dapat diminta oleh pemberi lisensi dari penerima lisensi. Yang pertama adalah kompensasi langsung dalam bentuk

nilai moneter (*direct monetary compensation*), dan yang kedua adalah kompensasi tidak langsung yang dalam bentuk nilai moneter (*indirect and nonmonetary compensation*).

15) Pilihan Hukum.

Pada umumnya pilihan hukum ditentukan oleh para pihak dalam perjanjian awal yang menjadi dasar terbitnya perbedaan pendapat, perselisihan maupun sengketa; walaupun demikian sebagaimana halnya perjanjian arbitrase yang dimungkinkan untuk dibuat setelah perbedaan pendapat, perselisihan atau sengketa terbit, Undang-undang No.30 Tahun 1999 juga memungkinkan atau secara lugas kita katakan, memberikan hak kepada para pihak untuk menentukan sendiri pilihan hukum yang dipilih untuk menyelesaikan perbedaan pendapat, perselisihan atau sengketa yang telah ada tersebut. Dalam hal para pihak tidak menentukan hukum mana yang akan berlaku, penjelasan pasal 56 ayat 2 Undang-undang No.30 Tahun 1999 menyatakan bahwa yang harus diberlakukan adalah ketentuan hukum dari tempat di mana arbitrase tersebut diselenggarakan.

a. Hukum yang dipilih harus dikenal para pihak

Pada dasarnya dapat dikatakan bahwa tidak ada ketentuan hukum materiil yang sama untuk semua negara oleh karena itu pada umumnya, pihak-pihak tertentu dalam setiap perjanjian (internasional) terutama pihak yang lebih kuat dalam bargaining, cenderung lebih menyukai untuk memilih untuk mempergunakan ketentuan hukum yang lebih dikenal olehnya. Pilihan hukum ini, adakalanya, bagi pihak counter party akan menerbitkan kesulitan-kesulitan tertentu, dan karenanya untuk meminimalkan resiko tersebut, tertentu, dan karenanya untuk meminimalkan resiko tersebut, sangat diperlukan peran dari (nonlitigation) lawyer, untuk memberikan pendapat dan saran hukum (*legal advise and opinion*) mengenai segala akibat hukum yang mungkin dapat ditemui.

b. Pilihan hukum harus dilakukan secara tegas.

Pilihan hukum dengan hanya merumuskan bahwa perjanjian ini

akan diatur oleh dan ditafsirkan menurut ketentuan hukum dari negara X. saja tidaklah cukup. Banyak negara di dunia ini yang mengenal berlakunya lebih dari satu aturan hukum didalam negaranya tersebut, terutama pada negara-negara yang merupakan perserikatan (union / united) dari beberapa negara bagian, dimana masing-masing negara bagian mempunyai aturan-aturan hukum yang berbeda satu dengan yang lainnya. Indonesia sendiri sampai saat ini masih berlaku lebih dari satu sistem hukum. Berdasarkan pada kenyataan tersebut, maka untuk menghindari ambiguitas lebih jauh, adalah tugas seorang lawyer untuk mencari rumusan hukum yang tegas dan pasti untuk klausul pilihan hukum ini.

c. Hukum yang dipilih adalah yang berlaku.

Sudah lama para pakar dan praktisi hukum dari berbagai negara, mempertanyakan kewenangan dari para pihak untuk melakukan pilihan hukum, serta sampai seberapa jauh pilihan hukum yang telah dilakukan oleh para pihak dapat diterapkan oleh badan peradilan yang akan menyelesaikan perselisihan mereka. Pertanyaan demi pertanyaan mengenai hal tersebut, pada akhirnya akan melahirkan suatu kesepakatan, bahwa sampai batas-batas tertentu, pilihan hukum yang dilakukan oleh para pihak dalam tiap perjanjian harus diakui dan dihormati oleh semua badan peradilan, dan karenanya harus diterapkan dalam menyelesaikan persolan mereka (*pacta sunt servanda*).

Asas *pacta sunt servanda*, yang juga telah diintrodusir oleh pasal 1338 ayat 1 KUHPer, yang dikenal secara universal oleh seluruh negara di dunia ini, menjadi dasar dari diakuinya ketentuan pilihan hukum oleh dunia internasional. Secara logis, jika seseorang diperkenankan untuk menentukan secara bebas isi dari tiap perjanjian yang hendak dibuatnya, mengapa ia tidak boleh melakukan pilihan hukum secara bebas, yang ia kenal dan anggap baik, untuk mengatur perjanjian yang dibuat olehnya tersebut?

Bukankah ketentuan mengenai pilihan hukum itu sendiri merupakan bagian dari isi perjanjian? Pembatasan kebebasan dalam melakukan pilihan hukum.

Seperti telah disebutkan di atas, bahwa meskipun telah diakui adanya kebebasan para pihak dalam melakukan pilihan hukum, sebagai referensi bagi penafsiran perjanjian yang mereka buat, ternyata masih belum terdapat satu keseragaman pendapat mengenai: sampai seberapa jauh pilihan hukum yang telah dilakukan dapat dipergunakan oleh badan peradilan dalam menafsirkan dan menyelesaikan perselisihan yang terbit dari atau dalam hubungannya dengan perjanjian yang memuat pilihan hukum tersebut. Satu hal perlu digaris bawahi di sini bahwa pembatasan kebebasan untuk melakukan pilihan hukum ini hanya dinilai secara relatif menurut ketentuan hukum dan pandangan hakim di negara di mana ketentuan mengenai pilihan hukum tersebut hendak diterapkan. Hal ini memungkinkan suatu pilihan hukum tidak dapat dilaksanakan di negara X, tetapi diakui di negara Y. walau demikian relatif, ternyata masih tetap dapat kita temui adanya kesamaan pola dalam menilai dapat tidaknya diterapkan ketentuan mengenai pilihan hukum ini. Di negara Indonesia, meskipun tidak dirumuskan secara eksplisit, pembatasan-pembatasan tersebut, secara umum dapat kita temukan dalam rumusan ketentuan pasal 1337 KUHPer yang membatalkan demi hukum setiap perjanjian yang dibuat bertentangan dengan undang-undang (yang bersifat memaksa), kesusilaan dan ketertiban umum, dan secara khusus dalam beberapa peraturan perundang-undangan tertentu yang melarang setiap dilaksanakannya suatu perbuatan hukum, atau peristiwa hukum, dalam bentuk dan dengan cara apapun, yang akan menyebabkan terjadinya suatu penyelundupan hukum.

d. Pilihan hukum harus patut.

Kebebasan untuk melakukan pilihan hukum tidak begitu saja

memberikan kewenangan yang mutlak bagi para pihak untuk melakukan pilihan atas ketentuan hukum dari setiap negara, jika hukum yang dipilih tersebut tidak memiliki hubungan baik secara langsung maupun tidak langsung dengan perjanjian yang dibuat. Dalam hal yang demikian, hakim bebas untuk menilai apakah suatu pilihan hukum telah dilakukan secara patut atau tidak.

e. Undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.

Tidak semua pilihan hukum yang bertentangan dengan ketentuan undang-undang adalah batal demi hukum. Hanya ketentuan yang benar-benar bertentangan dengan undang-undang yang bersifat memaksa sajalah yang tidak dapat dilaksanakan.

Tergantung pada banyak faktor, kesusilaan mempunyai nilai yang berubah-ubah. Tidak ada suatu rumusan yang pasti mengenai defenisi kesusilaan yang diperkenankan dilarang. Untuk ini kepatutan dalam hukum jugalah yang pada akhirnya akan menentukan dapat dipergunakan atau tidaknya pilihan hukum yang telah dilakukan oleh para pihak. Ketertiban hukum, umumnya berhubungan langsung dengan persolan falsafah, pandangan hidup dan stabilitas nasional dari suatu negara. Suatu pilihan hukum (negara asing), yang pada pelaksanaannya akan dapat mengguncangkan nilai-nilai luhur dalam suatu bangsa atau yang akan merusak stabilitas politik dalam suatu negara jelas tidak mungkin diakui keabsahannya oleh karenanya dapat dilaksanakan dalam bangsa maupun negara berkenaan.

f. Pilihan hukum tidak boleh menyebabkan penyelundupan hukum.

Seperti telah disebutkan di atas bahwa untuk dapat diakui suatu pilihan hukum haruslah dilakukan secara patut, dan tidak boleh bertentangan dengan ketentuan undang-undang (yang bersifat memaksa) kesusilaan dan ketertiban umum yang berlaku pada suatu negara. Kedua hal tersebut merupakan syarat yang mutlak dipenuhi, untuk menghindari terjadinya penyelundupan hukum oleh para pihak dalam negara tersebut. Dalam hal telah terjadi

suatu pilihan hukum yang menyebabkan terjadinya penyelundupan hukum, maka pilihan hukum tersebut akan batal demi hukum, dan hakim berhak, dengan mempergunakan kaidah-kaidah hukum perdata (internasional), menentukan sendiri hukum yang berlaku (*proper law of contract*) untuk perjanjian tersebut.

16) Penyelesaian Perselisihan.

Penyelesaian perselisihan merupakan hal yang krusial bagi pemberian lisensi, mengingat sifat kerahasiaan dari pemberian lisensi itu sendiri. Gembar-gembar yang dimasmediakan jelas akan merugikan kepentingan pemberi lisensi.

17) Pengakhiran Pemberian Lisensi.

Tidak ada hal yang kekal, termasuk perjanjian, khusus pemberian lisensi. Praktek yang terjadi menunjukkan bahwa pemberian lisensi senantiasa dibatasi dengan suatu jangka waktu tertentu, dan yang akan berakhir dengan sendirinya dengan habisnya jangka waktu pemberian lisensi, kecuali jika diperpanjang atau diperbaharui oleh para pihak (*time constrain*). Pengakhiran pemberian lisensi sebelum jangka waktu berakhir, selain yang berbuntut perselisihan juga tidak banyak artinya untuk dibahas. Hak lain yang juga perlu untuk mendapat perhatian adalah masalah pengakhiran lebih awal. Dalam hal ini perlu diatur secara pasti dan jelas apa saja merupakan dan menjadi dasar pembenaran pengakhiran lebih awal. Di Indonesia perlu diperhatikan ketentuan yang diatur dalam pasal 1266 KUHPer, yang hingga saat ini masih belum jelas statusnya. Apakah ketentuan pasal 1266 KUHPer tersebut dapat disimpangi atau tidak oleh para pihak, serta seberapa jauh mengikatnya bagi para pihak. Menurut ketentuan pasal 1266 KUHPer, suatu perjanjian hanya dapat dibatalkan atau diakhiri sebelum jangka waktunya jika keputusan mengenai pembatalan atau pengakhiran tersebut telah dijatuhkan oleh hakim pengadilan (negeri).

3.4 Jenis - Jenis Lisensi Dalam Program Komputer

1) Proprietary License / EULA (*End-User License Agreement*)

EULA (*End User License Agreement*) adalah perjanjian antara pembuat aplikasi perangkat lunak dan pengguna aplikasi tersebut. EULA sering juga disebut *software license* yang menyatakan bahwa pengguna hanya boleh menggunakan perangkat lunak ini dengan syarat ia harus setuju untuk tidak melanggar semua larangan yang tercantum pada EULA tersebut. Persetujuan ini bisa dinyatakan dengan memilih “I Accept” pada awal proses instalasi aplikasi.¹⁴⁹

Tipe lisensi yang digunakan hampir semua perangkat lunak. EULA merupakan *legal contract* antara manufaktur dan atau pengarang dan pemakai akhir dari sebuah aplikasi. EULA menjelaskan bagaimana perangkat lunak dapat atau tidak digunakan dan setiap pembatasan oleh pabrik yang bersifat memaksa. (misalnya, semua peranti lunak EULA melarang pengguna dari berbagi perangkat lunak dengan yang lain)

Tidak semua EULA sama. Beberapa kontrak menetapkan adanya penerimaan atau persetujuan hanya dengan membuka paket yang telah terbungkus; beberapa meminta pengguna untuk mengirim kembali surat kepada manufaktur persetujuan yang telah ditanda tangani atau kartu penerimaan; beberapa meminta pengguna untuk menerima perjanjian setelah aplikasi telah di *install* dengan mengklik *form* yang muncul dalam layar. Ini adalah metode terakhir yang merupakan aplikasi khas yang dapat diunduh dari Internet. Dari semua metode itu, pengguna memiliki pilihan untuk tidak menerima EULA, setelah itu menyerahkan hak dan kemampuan untuk menggunakan perangkat lunak.

Sebagai legal kontrak yang khas, EULA melindungi kedua belah pihak dari kewajiban jika perangkat digunakan dengan cara yang tidak diharapkan oleh manufaktur dan pengarang. EULA juga sering ditujukan sebagai lisensi perangkat lunak atau lisensi pengguna.

2) Public License / GPL (*General Public License*)

GPL adalah lisensi dimana semua orang diperbolehkan untuk menyalin dan mendistribusikan salinan sama persis dari dokumen lisensi ini, dan

¹⁴⁹ EULA, <<http://id.wikipedia.org/wiki/EULA>>, diakses tanggal 21 Januari 2011.

mengubahnya diperbolehkan¹⁵⁰. GPL dibuat oleh Richard Matthew Stallman (16 Maret 1953) ialah pendiri gerakan perangkat lunak bebas, proyek GNU dan *Free Software Foundation*. Ia juga seorang hacker terkenal. Ialah yang mengerjakan GNU Emacs, GNU C Compiler, dan GNU Debugger. Stallman juga yang menulis GNU *General Public License* (GNU GPL atau GPL), lisensi perangkat lunak bebas yang terbanyak dipakai, dan memberi *copyleft*.¹⁵¹ Pada tahun 1983 Richard M. Stallman mendirikan proyek GNU dengan tujuan mengadakan sebuah sistem operasi mirip UNIX dan kompatibel dengan POSIX. Dua tahun kemudian ia mendirikan *Free Software Foundation* (FSF) dan menciptakan GNU *General Public License* (GPL) sebagai pondasi hukum guna menjamin penyebaran software secara bebas.¹⁵²

Public license merupakan salah satu bentuk perlisensian yang menuntut adanya kebebasan bagi licensee dalam melakukan penyalinan, pendistribusian, dan pemodifikasian program komputer. *Public license*, pada tulisan ini digunakan GNU *General Public License*, (yang selanjutnya disebut sebagai GNU *public license*) membolehkan program komputer bebas dikembangkan oleh masyarakat atau orang yang mengembangkannya tanpa harus membayar *license fee* kepada GNU selaku pengarang pertama. Oleh karena tidak membayar *license fee*, masyarakat atau orang yang mengembangkannya tidak memperoleh jasa pelayanan (*customer service*) dari GNU, namun boleh untuk memperbaiki sendiri.¹⁵³

Izin yang diberikan kepada *licensee* pun tidak terbatas untuk menggunakan program komputer, tetapi juga membuat penyalinan, melakukan pendistribusian, dan pemodifikasian. Selanjutnya GNU Public License bersifat non-eksklusif, berarti izin-izin tersebut boleh diberikan kepada siapa saja.

Karena izin program bebas biaya, tak ada jaminan tambahan untuk program sampai batasan yang ditentukan oleh hukum yang ada. Kecuali jika ada tulisan yang disebutkan oleh pemegang hak cipta dan atau kelompok lain yang

¹⁵⁰ GNU General Public License Lisensi Publik Umum GNU, <<http://vlsm.org/etc/gpl-unofficial.id.html>>, diakses tanggal 21 Januari 2011.

¹⁵¹ Richard Stallman, *GPL*, <[http://id.wikipedia.org/wiki/Richard M. Stallman](http://id.wikipedia.org/wiki/Richard_M._Stallman)>, diakses tanggal 21 Januari 2011.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ GPL (*General Public License*), <<http://vlsm.org/etc/gplunofficial.id.html>>, diakses tanggal 21 Januari 2011.

menyediakan program sebagai tanpa jaminan jenis apapun, baik secara langsung maupun tidak langsung, termasuk, tapi tak terbatas, jaminan daya jual dan tujuan-tujuan tertentu.

Semua resiko dari kualitas dan kehandalan program ditanggung sendiri, jika terjadi program ternyata cacat atau kurang sempurna, seseorang membuat asumsi dari biaya perbaikan, pembetulan dan koreksi seperlunya.¹⁵⁴

Tidak dalam keadaan apa pun kecuali dibutuhkan oleh hukum yang ada atau disetujui dalam tulisan pemegang hak cipta, atau pihak lain yang memodifikasi dan mendistribusikan program seperti yang diizinkan di atas, seseorang bertanggung jawab atas kerusakan, termasuk secara umum, kerusakan khusus, sengaja maupun tidak disengaja, yang menyebabkan program tak bisa digunakan (termasuk, tapi tak terbatas hanya pada hal tersebut kehilangan data atau data menjadi tidak akurat, disebabkan oleh seseorang atau pihak ketiga, atau kegagalan program untuk bekerjasama dengan program lain), walau bahkan jika pemegang hak cipta atau pihak lain telah diperingatkan tentang kemungkinan kerusakan tersebut.¹⁵⁵

Ada banyak lisensi *open source*, yang masing-masing memberikan seseorang hak yang berbeda. Berikut ini beberapa yang populer:¹⁵⁶

1. GPL: Program yang memakai *program/library* GPL harus memakai lisensi GPL juga.
2. LGPL: Program yang memakai *program/library* GPL boleh software tertutup (tidak disebar source-nya), asalkan source bagian LGPL dalam program tetap diberikan (atau cukup memberi link ke tempat untuk mendownload source code tersebut)
3. BSD License: Boleh dipakai di software komersial, asalkan memberikan keterangan bahwa software ini menggunakan kode dari XXX.

3) Lisensi Creative Commons

Creative Commons adalah :

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Yohanes, *Masalah Lisensi, Hak Cipta, dan Paten*, <<http://blog.compactbyte.com/?p=234>>, diakses tanggal 21 Januari 2011.

*The Creative Commons (CC) is a non-profit organization devoted to expanding the range of creative work available for others legally to build upon and share. The organization has released several copyright licenses known as Creative Commons Licenses. Creative commons corporation is not a law firm and does not provide legal services. Distribution of this license does not create an attorney-client relationship. Creative Commons provides this information on an “as-is” basis. Creative Commons makes no warranties regarding the information provided, and disclaims liability for damages resulting from its use.*¹⁵⁷

Creative Commons terinspirasi dari Free Software Foundation (FSF)¹⁵⁸ yaitu dengan memberikan lisensi hak cipta secara gratis. Creative Commons sepakat bahwa hak cipta adalah hak kebendaan dan memerlukan ijin atas pemanfaatan karya tersebut.

*We stole the basic idea from the Free Software Foundation — give away free copyright licenses. Because copyright is property, the law requires that you get permission before you “use” a copyrighted work, unless that use is a “fair use.” The particular kind of “use” that requires permission is any use within the reach of the exclusive rights that copyright grants. In the physical world, these “exclusive rights” leave lots unregulated by copyright. For example, in the real world, if you read a book, that’s not a “fair use” of the book. It is an unregulated use of the book, as reading does not produce a copy (except in the brain, but don’t tell the lawyers).*¹⁵⁹

Akan tetapi di dunia maya (*cyberspace*) tidak ada cara lain selain membuat salinan “*copy*.” Pada prinsipnya, sehubungan dengan prinsip fair use, pemanfaatan atas karya cipta di dunia maya wajib mendapatkan izin. Perijinan inilah yang ditawarkan oleh Creative Commons.

But in cyberspace, there’s no way to “use” a work without simultaneously making a “copy.” In principle, and again, subject to fair use, any use of a work in cyberspace could be said to require permission first. And it is that feature (or bug, depending upon your

¹⁵⁷ Creative Commons License , <[http://wikipedia.org/wiki/Non-profit organization](http://wikipedia.org/wiki/Non-profit_organization)>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

¹⁵⁸ Free Software Foundation adalah sebuah organisasi non-profit yang dibentuk oleh Richard Stallman pada tanggal 4 Oktober 1985 sebagai sebuah sarana mendukung *gerakan free software*, yang mendukung ide *copyleft*, dengan tujuan mempromosikan kebebasan untuk membuat, mendistribusikan dan memodifikasi perangkat lunak komputer.






¹⁵⁹ Lawrence Lessig, *op.cit.*

*perspective) that was the hook we used to get Creative Commons going.*¹⁶⁰

Creative Commons memiliki 4 (empat) kondisi utama yang ditawarkan kepada Pencipta atas karya cipta mereka, yaitu:¹⁶¹

1. Attribution (Pencipta mewajibkan adanya atribusi/pencantuman namanya sebagai pencipta bagi mereka yang menggunakan karya kreatifnya),
2. Non-Commercial (Pencipta hanya mengizinkan penggunaan non komersial atas karyanya),
3. No Derivatives (Pencipta mewajibkan penggunaan karyanya sebagaimana adanya, tidak untuk dimodifikasi), dan
4. Share Alike (setiap derivatif atau turunan dari karya yang digunakan harus diumumkan dengan sebuah lisensi Share Alike license).

Dari ke-empat kondisi utama tersebut, lahirlah 6 (enam) variasi lisensi Creative Commons dengan logo-logo sebagai berikut:¹⁶²

1. Attribution (anda diberikan kebebasan menggunakan karya tersebut, namun tetap ada atribusi/pencantuman nama Pencipta) 
2. Attribution-ShareAlike (anda diberikan kebebasan menggunakan karya tersebut, namun tetap ada atribusi/pencantuman nama Pencipta dan lisensikan setiap karya derivatif dengan lisensi Share Alike) 
3. Attribution-NoDerivatives (anda boleh menggunakan karya tersebut tetapi tidak untuk dimodifikasi, serta ada atribusi/pencantuman nama Pencipta) 
4. Attribution-NonCommercial (anda tidak boleh menggunakan karya untuk tujuan komersial, ada atribusi/pencantuman nama Pencipta) 
5. Attribution-NonCommercial-NoDerivatives (anda tidak boleh menggunakan karya untuk 

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*

tujuan komersial, tidak untuk dimodifikasi, ada atribusi/pencantuman nama Pencipta)

6. Attribution-NonCommercial-ShareAlike (anda tidak boleh menggunakan karya untuk tujuan komersial, boleh untuk dimodifikasi, serta ada atribusi/pencantuman nama Pencipta).



Pilihan tersebut ditambahkan “*basic template license*”. *Template* tersebut menjamin bahwa “*creator*” (1) Pencipta menguasai penuh hak cipta atas hasil karyanya. (2) Menegaskan bahwa setiap penggunaan yang wajar “*fair use*”, penjualan pertama “*first sale*”, hak kebebasan berekspresi yang tidak dibuat-buat oleh lisensi CC, serta (3) selama pengguna menghormati kondisi yang telah ditentukan oleh pencipta “*creator*”, lisensi memberikan setiap orang dengan empat kebebasan: a. menggandakan pekerjaan “*to copy the work*”, b. membagikan pekerjaan “*to distribute the work*”, untuk menampilkan atau mempublikasikan hasil karya dan d. Membuat pertunjukan digital kepada publik dari hasil karya (misalnya webcasting). Pada akhirnya, lisensi juga membutuhkan pengguna untuk (1) mendapatkan izin untuk penggunaan diluar dari yang diizinkan, (2) mempertahankan pemberitahuan hak cipta secara utuh, (3) terhubung kepada lisensi, (4) tidak mengubah jangka waktu lisensi, dan (5) tidak menggunakan teknologi (seperti DRM) untuk membatasi hak lisensinya dibawah lisensi CC.¹⁶³

a. Kewajiban Pemberi Lisensi

Pemberi lisensi berkewajiban untuk memberikan segala macam informasi yang berhubungan dengan hak atas kekayaan intelektual yang dilisensikan, yang diperlukan, oleh penerima lisensi untuk melaksanakan lisensi yang diberikan tersebut. Memberikan bantuan pada penerima lisensi mengenai cara pemanfaatan dan atau penggunaan Hak atas Kekayaan Intelektual yang dilisensikan tersebut.

¹⁶³ Lawrence Lessig, *Choosing a License*, <<http://creativecommons.org/weblog/entry/5661>>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

b. Konsep Hukum CC (*Legal Concepts Creative Commons*)¹⁶⁴

1. Wilayah Umum (*The Public Domain*)

Kreatifitas dan inovasi bersandar pada suatu warisan terutama tentang kekayaan intelektual. Kita berdiri di pundak raksasa dengan mengunjung kembali, menggunakan kembali, ide dan hasil karya yang tertransformasikan dan hasil karya pendahulu dan panutan kita. Komunikasi digital menjanjikan suatu terobosan dari jenis ini yaitu kolaborasi dari aktifitas kreatif. Tetapi pada saat yang bersamaan perkembangan perlindungan kekayaan intelektual sedikit demi sedikit meninggalkan hasil karya kreatif di “*public domain*” - tubuh dari material kreatif tidak dikekang oleh peraturan dan untuk mengutip Hakim Mahkamah Agung US Louis Brandeis, “bebas seperti udara untuk penggunaan umum.”

Sampai tahun 1976, hasil karya kreatif tidak dilindungi hukum hak cipta US kecuali jika pengarang mereka mengalami kesulitan untuk menerbitkan suatu pesan hak cipta bersama dengan hasil karyanya. Hasil karya tidak dilekatkan suatu pesan yang beralih menjadi *public domain*. Berikut perubahan legislatif di dalam 1976 dan 1988, hasil karya kreatif sekarang secara otomatis terhakciptakan. CC yakin bahwa banyak orang tidak akan memilih ini “*copyright by default*” jika mereka memiliki mekanisme yang mudah untuk memberikan hasil karyanya kepada publik atau mencoba beberapa tetapi tidak semua hak hukum mereka. Adalah *Creative Commons* yang dapat membantu menciptakan mekanisme seperti itu.

Tujuan proyek *Creative Commons* adalah untuk menyiagakan pencipta yang tidak ingin hak cipta atas hasil karya mereka membutuhkan “perlindungan secara berlebihan” dan membantu mereka mematuhi hal tersebut, lalu menolong pencipta melabelkan hasil karya dengan cara yang membuatnya jelas bagi pengguna, bahwa hasil karya tersebut adalah *public domain*.

Creative Commons berniat untuk mengembangkan mekanisme untuk menyertakan label “*public domain*” atas hasil karya digital dengan cara bahwa aplikasi komputer dapat mengenal dan proses menempatkannya menjadi mudah dan perolehan kembali dari hasil karya digital ke dalam *Public Domain*.

¹⁶⁴ *Legal Concepts*, <http://wiki.creativecommons.org/Legal_Concepts> diakses tanggal 11 Januari 2011.

2. Kebersamaan (*The Commons*)

Dihubungkan dengan public domain merupakan ide umum dari “*the commons*” - sumber yang tidak terbagi kedalam *property* individu tetapi lebih kepada setiap orang dapat menggunakan hasil karya orang lain tanpa izin yang khusus. Terinspirasi dari jalan publik, taman, jalan air, ruang angkasa dan hasil karya kreatif pada publik domain - semua itu merupakan bagian dari kebersamaan “*the commons*”

Tragedi kebersamaan “*tragedy of the commons*” merupakan maksud umum bahwa publik secara luas menggunakan kebersamaan yang tak dapat dihindari akan habis. Tetapi beberapa sumber satu tercipta, tidak akan habis. Dalam kutipan kalimat Thomas Jefferson, “ ia yang menerima ide dariku, menerima perintah apa adanya dariku, seperti ia yang menyinari ketajamannya kepadaku menerima cahaya tanpa menggelapkanaku”

“He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine receives light without darkening me “He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine receives light without darkening me.”

Sebuah ide tidak akan berkurang ketika beberapa orang menggunakan ide tersebut. CC menginginkan untuk mempererat kebersamaan dimana seseorang akan merasa bebas untuk menggunakan kembali tidak hanya ide, tetapi juga kata, gambar, dan musik tanpa harus meminta izin karena izin telah diberikan oleh setiap orang.

3. Isi yang terbuka (*Open Content*)

Komunitas Perangkat lunak bebas dan perangkat lunak open source diilhami apa yang disebut isi yang terbuka “*open content*.” Beberapa pemegang hak cipta yang telah membuat buku, musik dan hasil karya kreatif lainnya yang tersedia dibawah lisensi dapat menggunakan untuk mengcopy dan membuat penggunaan lain hasil karya tanpa izin spesifik atau pembayaran royalti. CC ingin membuat perintisan dengan menciptakan menu persyaratan lisensi bahwa setiap orang dapat mengkombinasikan untuk membuat hasil karyanya tersedia untuk

dicopy dan penggunaan kembali hasil karya kreatif.

4. Perlindungan Hak atas kekayaan Intelektual (*Intellectual Property Conservancies*)

CC membantu seseorang membuat hasil karyanya tersedia dengan dedikasi publik domain dan banyak lisensi, CC juga membangun sebuah perlindungan kekayaan intelektual. Seperti tanah kepercayaan dan cagar alam, perlindungan akan disediakan untuk melindungi nilai hasil karya spesial publik dari perluasan kepemilikan pribadi dan dari keusangan hak dari kelalaian dan perubahan teknologi. CC mendorong seseorang untuk memberikan hasil karyanya kepada CC untuk diserahkan kepada publik, yang pada intinya CC dapat membeli hasil karya penting untuk membantu menjamin integritas dan penyebaran luas atas ketersediaan karyanya.

Tujuan akhir adalah untuk mengembangkan tempat penyimpanan hasil karya berkualitas dalam setiap jenis media, dan mempromosikan budaya atau etos berbagi, pembelajaran publik, dan kreatif yang interaktif.

Motif dari Lisensi Kreatifitas Umum adalah cara yang mudah bagi pengarang dan seniman untuk mengekspresikan kebebasan apa yang mereka inginkan. Pembuat yang menginginkan hak cipta penuh "*All Rights Reserved*" tidak perlu menggunakan lisensi ini. Tetapi pembuat yang hanya ingin hak cipta yang tidak penuh "*Some Rights Reserved*" dapat menggunakan lisensi ini untuk mengekspresikan ide - idenya. Individu dan institusi yang mencari hasil kerja mereka yang ditemukan di internet dan menggunakannya tanpa perlu takut dan ragu-ragu menyangkut dengan hak cipta.¹⁶⁵

3.5 Tiga Lapisan Lisensi (*Three Layers of Licenses*) Creative Commons¹⁶⁶

Lisensi publik Creative Commons menggabungkan hak cipta yang unik dan inovatif dengan "tiga-lapisan" konstruksi. Setiap lisensi dimulai sebagai alat

¹⁶⁵ Lawrence Lessig, *Legal Concepts* <<http://creativecommons.org/weblog/entry/5668>>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

¹⁶⁶ Creative Commons, *Three Layers of Licenses*, <<http://creativecommons.org/licenses/>>, diakses tanggal 12 Februari 2011.

hukum tradisional, dalam jenis format bahasa dan teks yang dimengerti praktisi hukum. Creative Commons menyebutnya Legal Code.



Gambar 3 – Three Layers of Licenses

Tapi karena sebagian besar pencipta, pendidik, dan ilmuwan bukanlah ahli hukum, Creative Commons juga membuat lisensi yang tersedia dalam bahasa yang dapat dimengerti orang awam, yang disebut Commons Deed atau yang juga disebut sebagai versi Human Readable. Commons Deed adalah referensi bagi pemberi lisensi dan pemegang lisensi, yang merangkum serta menunjukkan syarat dan ketentuan. Perhatikan gambar di atas, Commons Deed atau Human Readable adalah lapisan yang mewakili Legal Code di bawahnya, namun Commons Deed bukanlah lisensi dan kontennya bukanlah Legal Code.

Lapisan terakhir adalah untuk dibaca oleh perangkat lunak, mulai dari mesin pencari, program produktivitas kantor hingga pengedit musik, di mana perangkat lunak ini memiliki peran penting dalam proses penciptaan, copy, pencarian dan distribusi karya cipta. Untuk memudahkan Web mengenali apakah sebuah karya menggunakan lisensi Creative Commons, maka Creative Commons menciptakan versi lisensi “*machine readable*” (yang dapat dibaca oleh mesin) – sebuah rangkuman yang berisi kebebasan dan kewajiban yang ditulis dalam format yang dapat dibaca oleh sistem perangkat lunak, mesin pencari, dan teknologi lain. Creative Commons mengembangkan CC Rights Expression Language (CC REL) yaitu sebuah standar yang dapat dimengerti oleh perangkat lunak yang menjelaskan lisensi-lisensinya.

Pencarian konten terbuka adalah fungsi penting yang ditawarkan Creative Commons. Anda dapat menggunakan Google dan Yahoo! untuk mencari konten Creative Commons, atau mencari gambar di Flickr, album pada Jamendo, dan media umum di spinxpress. Wikimedia Commons, sebuah multimedia repositori dari Wikipedia, juga menggunakan lisensi Creative Commons.

Gabungan dari ketiga lapisan lisensi ini memastikan bahwa spektrum hak bukan hanya konsep hukum semata. Melalui mekanisme ini diharapkan pencipta karya, pengguna karya dan bahkan Web sendiri dapat mengerti.

3.6 Macam-macam lisensi Creative Commons

1. Enam Lisensi Utama Creative Commons:¹⁶⁷

a. Attribution (CC BY)



Lisensi ini memungkinkan penerima lisensi melakukan distribusi, remix, tweak, dan mencipta kembali sebuah karya atas dasar karya Anda, bahkan untuk tujuan komersial, selama mereka mencantumkan nama Anda sebagai pencipta yang asli (credit). Lisensi ini adalah yang paling mengakomodasi kebebasan berbagi dibandingkan lisensi-lisensi Creative Commons yang lain. Direkomendasikan untuk diseminasi maksimum dan untuk penggunaan material berlisensi.

b. Attribution – Share Alike (CC BY-SA)

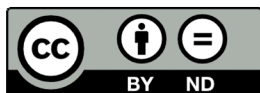


Lisensi ini memungkinkan penerima lisensi melakukan remix, tweak, dan mencipta kembali sebuah karya atas dasar karya Anda bahkan untuk tujuan komersial, selama mereka mencantumkan nama Anda sebagai pencipta yang asli (credit) dan lisensi kreasi baru mereka dengan syarat harus tetap identik. Lisensi ini sering dibandingkan dengan "copyleft" lisensi perangkat lunak bebas dan sumber terbuka (*free and open source software*). Semua karya baru berdasarkan karya Anda wajib menggunakan lisensi yang sama, sehingga setiap karya

¹⁶⁷ Creative Commons, *The Licenses*, <<http://creativecommons.org/licenses/>>, diakses tanggal 12 Februari 2011.

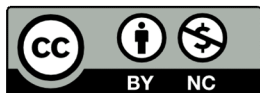
derivatif atau turunan juga mengizinkan penggunaan komersial. Lisensi ini digunakan oleh Wikipedia dan disarankan untuk materi yang akan mendapat manfaat dari menggabungkan konten dari Wikipedia dan proyek serupa berlisensi.

c. Attribution – No Derivatives (CC BY-ND)



Lisensi ini memungkinkan penerima lisensi untuk redistribusi baik komersial ataupun non-komersial, selama karya tidak mengalami perubahan dan dengan mencantumkan nama anda sebagai pencipta (credit).

d. Attribution – Noncommercial (CC BY-NC)



Lisensi ini memungkinkan penerima lisensi melakukan remix, tweak, dan mencipta kembali sebuah karya atas dasar karya Anda untuk tujuan non-komersial, dan meskipun karya-karya baru mereka juga harus mengakui Anda dan menjadi non-komersial, mereka tidak perlu lisensi atas karya turunan mereka dengan persyaratan yang sama dan dengan mencantumkan nama anda sebagai pencipta (credit).

e. Attribution – Noncommercial – Share Alike



Lisensi ini memungkinkan penerima lisensi melakukan remix, tweak, dan mencipta kembali sebuah karya atas dasar karya Anda untuk tujuan non-komersial, selama mereka mencantumkan nama anda sebagai pencipta (credit) dan kreasi baru harus tetap identik dengan karya asli Anda.





f. Attribution – Noncommercial – No Derivatives





Lisensi ini adalah yang paling ketat dari lisensi utama yang ada. Lisensi ini hanya mengizinkan penerima lisensi untuk men-download karya-karya Anda dan membaginya dengan orang lain selama mereka mencantumkan nama anda sebagai pencipta (credit), tetapi mereka tidak dapat mengubahnya dengan cara apapun atau menggunakannya secara komersial.

Untuk lebih mudahnya, perbandingan ke-enam lisensi tersebut di atas dapat dilihat dalam tabel berikut ini:

Tabel 4 – Perbandingan Enam Lisensi Creative Commons

Jenis Lisensi	Simbol	Jenis Penggunaan	Batasan Penggunaan
Attribution (BY)		Komersial dan Non Komersial	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Copy; ✓ Adaptasi atau modifikasi; ✓ Redistribusi (publikasi, pengumuman atau pertunjukkan di depan umum); ✓ Memberikan lisensi pada pihak lain.
Attribution– Share Alike (BY-SA)		Komersial dan Non Komersial	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Copy; ✓ Adaptasi atau modifikasi; ✓ Redistribusi (publikasi, pengumuman atau pertunjukkan di depan umum); ✓ Memberikan lisensi pada pihak lain selama ketentuannya tetap sama dengan karya asli.
Attribution – No Derivative Works (BY-ND)		Komersial dan Non Komersial	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Copy; ✓ Redistribusi (publikasi, pengumuman atau pertunjukkan di depan umum) verbatim copy; ✓ Memberikan lisensi pada pihak lain.
Attribution – Non commercial (BY-NC)		Non Komersial	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Copy; ✓ Adaptasi atau modifikasi; ✓ Redistribusi (publikasi, pengumuman atau pertunjukkan di depan umum); ✓ Memberikan lisensi pada pihak lain.

Jenis Lisensi	Simbol	Jenis Penggunaan	Batasan Penggunaan
Attribution-Non commercial-Share Alike (BY-NC-SA)		Non Komersial	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Copy; ✓ Adaptasi atau modifikasi; ✓ Redistribusi (publikasi, pengumuman atau pertunjukkan di depan umum); ✓ Memberikan lisensi pada pihak lain selama ketentuannya tetap sama dengan karya asli.
Attribution-Non Commercial-No Derivative Works (BY-NC-ND)		Non Komersial	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Copy; ✓ Redistribusi (publikasi, pengumuman atau pertunjukkan di depan umum); ✓ Memberikan lisensi pada pihak lain.

2. CC Developing Nations License¹⁶⁸

Pada tanggal 13 September 2004, Creative Commons meluncurkan lisensi Developing Nations. Pelaksanaan lisensi ini sama dengan lisensi Attribution – yang mengizinkan berbagi dan adaptasi, bahkan untuk kepentingan komersial. Adapun perbedaannya adalah Developing Nations License adalah adanya batasan penggunaan karya di bawah lisensi ini khusus di negara-negara berkembang saja. Lisensi ini mendefinisikan negara berkembang sebagai ‘*any nation that is not classified as a “high-income economy”*’ oleh Bank Dunia. Salah satu laman Bank Dunia mempublikasikan daftar peringkat negara-negara ekonomi tinggi di www.worldbank.org/data/countryclass/classgroups.htm. Creative Commons kemudian ‘mempensiunkan’ lisensi ini pada 4 Juni 2007 karena tidak banyak yang menggunakan lisensi ini sehingga keberadaannya mubazir. Dalam rilisnya, Creative Commons

¹⁶⁸ Rachel Cobcroft, Ed., *op.cit.*, hal. 52.

mengatakan: “*We estimate just 0.01% of our existing licenses are Developing Nations licenses.*” Lebih lanjut Creative Commons menjelaskan:

“*While the license frees creative work in the developing nations, it does not free work in any elsewhere. This means these licenses do not meet the minimum standards of the Open Access Movement.*”

Dengan alasan tersebut, Creative Commons memutuskan untuk tidak mendukung lagi lisensi Developing Nations.

3.7 Unported – Ported License

Creative Commons menawarkan enam lisensi hak cipta yang ditulis sesuai dengan perjanjian internasional mengenai hak cipta. Ke-enam lisensi tersebut dirancang untuk digunakan dan diterapkan di seluruh dunia tanpa perlu dimodifikasi lebih lanjut. Lisensi internasional atau *unported license* yang berbahasa Inggris ini adalah lisensi yang dapat digunakan di semua negara yang telah menandatangani dan meratifikasi perjanjian internasional hak cipta tersebut. Creative Commons juga menawarkan versi “ported” atau adaptasi atas ke-enam lisensi internasional di atas untuk yurisdiksi yang berbeda. Ijin porting diberikan oleh CCI kepada afiliasi didasarkan pada lisensi internasional dan hanya berbeda karena adanya modifikasi untuk mencerminkan nuansa lokal dalam bagaimana istilah hukum dan kondisi yang disajikan, penyusunan protokol dan, tentu saja, bahasa yang digunakan. Lisensi ported dan lisensi internasional, semuanya dimaksudkan untuk digunakan secara efektif di mana saja.¹⁶⁹ Dengan perkataan lain, *Unported License* adalah lisensi yang dibuat oleh CCI dalam bahasa Inggris yang menjadi standar resmi yang berlaku secara internasional. Adapun *Ported License* adalah lisensi terjemahan oleh anggota afiliasi CC dengan menyesuaikan hukum hak cipta yang berlaku di negara afiliasi yang bersangkutan namun harus mendapatkan persetujuan CCI.

¹⁶⁹ Creative Commons, *What are the international (“unported”) CC licenses, and why does CC offer “ported” licenses?*, <<http://wiki.creativecommons.org/FAQ>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.

Pendaftaran hak cipta atas sebuah karya yang menggunakan lisensi Creative Commons bukanlah sebuah kewajiban, karena lisensi Creative Commons mengadopsi perjanjian internasional hak cipta secara universal. Sebagai aturan umum, di kebanyakan yurisdiksi, perlindungan hak cipta secara otomatis lahir atas karya-karya yang memenuhi persyaratan hukum hak cipta. Umumnya, hak cipta melekat pada karya-karya kreatif dan ekspresif yang diwujudkan.

3.8 CC+ (CC Plus)¹⁷⁰



CC+ (dibaca CC Plus) adalah sebuah protokol yang menyediakan cara mudah bagi pengguna untuk mendapatkan hak yang melebihi dari hak yang telah diberikan dalam lisensi Attribution (CC BY-NC), khususnya menawarkan kepada perusahaan sebuah hak komersial untuk menggunakan karya tersebut. CC+ adalah lisensi Creative Commons ditambah kesepakatan lain. Seorang pemegang hak cipta yang telah menggunakan perjanjian lisensi Creative Commons Attribution-Noncommercial (CC BY-NC) dapat menambah perjanjian lisensinya tersebut dengan perjanjian non-eksklusif komersial [+] yang memungkinkan perusahaan untuk mendapatkan lisensi atas karya untuk kepentingan komersial. Dengan CC+, selain lisensi juga dapat disediakan link di mana pengguna selain mendapat hak komersial, tetapi juga hak akses tambahan atau layanan seperti jaminan, izin untuk digunakan tanpa atribusi, atau bahkan akses ke fisik media. Arsitektur CC+ memberikan cara mudah untuk beralih antara ekonomi berbagi dan komersial. CC+ menyediakan standar ringan mengenai cara terbaik dan tersedia untuk dapat diimplementasi segera.

¹⁷⁰ Creative Commons, *CCPlus*, < <http://wiki.creativecommons.org/CCPlus>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.

3.9 CC0 (CC Zero)¹⁷¹

CC0 (dibaca CC Zero) memungkinkan ilmuwan, pendidik, seniman dan pencipta lain dan pemilik konten atau database yang dilindungi hak cipta untuk mengesampingkan kepentingan-kepentingan dalam karya mereka dan dengan demikian menempatkan karya tersebut ke dalam domain publik, sehingga orang lain dapat dengan bebas membangun, meningkatkan dan menggunakan kembali karya yang telah berada di domain publik tersebut untuk tujuan apapun tanpa pembatasan hak cipta. Berbeda dengan lisensi Creative Commons yang lain, yang memungkinkan pemegang hak cipta untuk memilih dari berbagai perizinan dengan tetap mempertahankan hak cipta-nya, CC0 menawarkan pilihan lain – yaitu untuk keluar dari hak cipta dan proteksi database, dan hak-hak eksklusif yang secara otomatis diberikan kepada pencipta – konsep alternatif dari "no rights reserved" dari lisensi Creative Commons.

Permasalahan yang timbul dari ide CC0 ini adalah bahwa sangat sulit bahkan nyaris tidak mungkin untuk menempatkan karya cipta ke domain publik sebelum tenggang waktu perlindungan hak cipta atau database tersebut berakhir. Hanya sedikit yurisdiksi yang memberikan kesempatan untuk melakukan hal tersebut. Hukum hak cipta di setiap negara berbeda-beda mengenai bagaimana hak cipta lahir, serta bagaimana dan kapan hak cipta itu berakhir atau bagaimana mekanisme melepaskan hak cipta secara sukarela. Bahkan banyak sistem hukum yang melarang pemegang hak cipta untuk melepaskan secara sukarela hak ciptanya, khususnya sehubungan dengan hak moral, meskipun pencipta telah memiliki pengetahuan yang cukup mengenai konsekuensi dari tindakannya untuk melepaskan hak cipta tersebut ke domain publik.

CC0 adalah sarana yang memungkinkan pencipta untuk melepaskan secara sukarela hak cipta dan hak terkait atas ciptaannya menurut hukum. CC0 adalah instrumen universal yang tidak diadaptasi oleh hukum dari yurisdiksi

¹⁷¹ Creative Commons, *About CC0 — "No Rights Reserved"*, <<http://creativecommons.org/about/cc0>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.

manapun, seperti halnya lisensi open source software. Akan tetapi perlu diingat bahwa tidak ada satu saranapun, termasuk CC0, yang dapat menjamin pelepasan hak cipta di setiap negara. Creative Commons yakin bahwa CC0 adalah alternatif terbaik dan paling lengkap yang ada untuk menempatkan sebuah karya ke dalam domain publik di tengah kompleksitas dan perbedaan sistem hak cipta di dunia.

Dalam penggunaannya, CC0 tidak boleh digunakan untuk karya yang telah habis masa perlindungan hak cipta dan database-nya. CC0 digunakan untuk melepaskan hak cipta atau hak atas database yang Anda miliki setidaknya dalam sebuah negara. Dengan melakukan hal tersebut, maka Anda menyatakan status karya cipta anda bebas dan dapat digunakan di seluruh dunia. CC0 hanya dapat diaplikasikan Pencipta atas karya aslinya atau jika Anda mempunyai kuasa mengaplikasikan CC0 atas karya cipta orang lain.

3.10 Public Domain Mark¹⁷²

Public Domain Mark (PDM) dari Creative Commons memungkinkan karya yang tidak lagi dibatasi oleh hak cipta untuk ditandai dalam sebuah cara yang terstandarisasi dan mudah, sehingga memungkinkan orang lain melakukan pencarian. Banyak lembaga warisan budaya termasuk museum, perpustakaan dan kurator memiliki pengetahuan tentang status hak cipta atas lukisan, buku dan manuskrip, foto atau karya lain dalam koleksi mereka yang sudah tua dan tidak lagi berada dalam tenggang waktu perlindungan hak cipta. PDM ini adalah sebuah tag atau label, yang memungkinkan lembaga-lembaga tersebut di atas serta pihak lain yang memiliki pengetahuan untuk berkomunikasi atas suatu karya yang tidak lagi dibatasi dalam hak cipta dan dapat secara bebas digunakan oleh orang lain. Tanda ini juga bisa menjadi sumber informasi penting yang memungkinkan orang lain untuk melakukan verifikasi atas status hak cipta sebuah karya dan mempelajari lebih lanjut tentang karya tersebut. PDM direkomendasikan hanya untuk karya yang bebas dari hak cipta di seluruh dunia, di mana karya ini adalah karya yang sangat tua. PDM tidak

¹⁷² Creative Commons, *About the Public Domain Mark — “No Known Copyright”*, <<http://creativecommons.org/about/pdm>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.

dianjurkan untuk digunakan atas karya yang berada dalam domain publik di suatu wilayah hukum jika karya tersebut dibatasi oleh hak cipta di negara lain.

3.11 Penggunaan Lisensi Creative Commons untuk Perangkat Lunak (software)¹⁷³

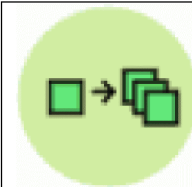
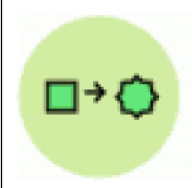

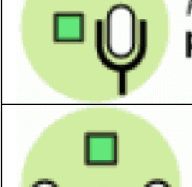
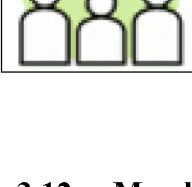
Dalam situs resmi Creative Commons, dengan tegas CC tidak merekomendasikan penggunaan lisensi mereka untuk software. CC sangat menyarankan untuk menggunakan salah satu dari lisensi software yang sangat bagus yang sudah tersedia. CC menyarankan untuk mempertimbangkan lisensi disediakan oleh Free Software Foundation atau yang terdaftar pada Open Source Initiative. Tidak seperti lisensi CC, yang tidak menyebutkan sumber atau kode objek, ijin tersebut ada yang dirancang khusus untuk digunakan perangkat lunak. Selain itu, lisensi CC juga tidak kompatibel dengan GPL, lisensi perangkat lunak bebas yang paling sering digunakan.

“We do not recommend it. Creative Commons licenses should not be used for software. We strongly encourage you to use one of the very good software licenses which are already available. We recommend considering licenses made available by the Free Software Foundation or listed at the Open Source Initiative. Unlike our licenses, which do not make mention of source or object code, these existing licenses were designed specifically for use with software. Furthermore, our licenses are not compatible with the GPL, the most frequently used free software license.”

Adapun perbandingan lisensi Creative Commons dengan EULA, GPL dengan lisensi Creative Commons dapat dilihat dalam tabel berikut:

¹⁷³ Creative Commons, *FAQ: Can I use a Creative Commons license for software?*, <<http://wiki.creativecommons.org/FAQ>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.

Tabel 5 – Perbandingan EULA – GPL – BSD – Enam Lisensi Creative Commons¹⁷⁴

	EULA	GPL	BSD	Creative Commons
 Right to copy	X	✓	✓	✓ Ke-enam Lisensi
 Right to modify	X	✓ semua turunan harus tetap menggunakan GPL	✓	Hanya untuk: ✓ CC BY ✓ CC BY-SA ✓ CC BY-NC
 Right to distribute	X	✓	✓	✓ Ke-enam Lisensi
 Right to perform	✓	~	~	✓ Ke-enam Lisensi
 Right to display	✓	~	~	✓ Ke-enam Lisensi

3.12 Mendapatkan Lisensi Creative Commons

Untuk menerapkan lisensi Creative Commons dapat dilakukan dengan 2 (dua) mekanisme yaitu:¹⁷⁵

1. Online
 - a. Atas karya yang diumumkan di media on-line yang terafiliasi dengan Creative Commons (seperti Flickr, Jamendo, soundclick, blip.tv, Internet Archive, scribid, atau slideshare) dapat dengan mudah membuka halaman situs media on-line tersebut atau dengan mengunjungi <http://wiki.creativecommons.org/Publish>.

¹⁷⁴ Diolah dari artikel *Copyrights Licences and CDDL Illustrated*, <http://blogs.oracle.com/chandan/entry/copyrights_licenses_and_cddl_illustrated>, diakses tanggal 12 Mei 2011.

¹⁷⁵ Creative Commons, *How do I apply a Creative Commons license to my work?*, <<http://wiki.creativecommons.org/FAQ>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.

- b. Atas karya yang diumumkan di halaman situs pribadi maka Anda dapat mengunjungi <http://wiki.creativecommons.org/Marking/Creators> yang akan memberikan tautan atas karya yang ada di halaman situs pribadi Anda.
- c. Bagi pengelola situs media sharing yang ingin mengintegrasikan karya-karya yang telah menggunakan lisensi Creative Commons dapat mengunjungi http://wiki.creativecommons.org/Web_Integration untuk mengintegrasikan karya tersebut dalam halaman situsnya.

Licensed work counts at leading repositories												
Repository	2005-08	2005-11	2005-12	2006-01	2006-04	2006-05	2006-07	2006-09	2006-12	2007-03	2007-06	2008-01
Flickr (graph) (photos)	4.1m		7.1m		10.8m	12.7m		19.7m	25.5m	32.5m	38.7m	57.9m
Soundclick (graph) (audio)	159k			200k	220k		249k		294k	324k	372k	430k
Revver ⁺ (graph) (video)	na	0			19k				119k	214k	296k	417k

Tabel 6 – Jumlah Karya di Flickr, Soundclick dan Revver yang menggunakan Lisensi Creative Commons (Yahoo! Queries)

Sumber: http://wiki.creativecommons.org/Metrics/License_statistics#Software

2. Offline

Bagi pencipta yang tidak mempublikasikan karyanya dalam media on-line, maka terlebih dahulu harus mengidentifikasi lisensi Creative Commons mana yang ingin digunakan dalam situs Creative Commons <http://creativecommons.org/choose/>. Setelah itu anda dapat:

- 1) Memberikan pernyataan tertulis dalam karya anda, seperti: “This work is licensed under the Creative Commons [insert description] License. To view a copy of this license, visit [insert url] or send a letter to Creative Commons, 444 Castro Street, Suite 900, Mountain View, California 94140, USA.”
- 2) Memberikan tanda atau logo dari salah satu lisensi yang telah dipilih ke dalam karya Anda.

Satu-satunya perbedaan antara penerapan lisensi Creative Commons untuk sebuah karya offline dan karya online adalah bahwa dalam lisensi atas karya

offline tidak akan memiliki metadata sehingga tidak akan dapat diidentifikasi melalui mesin pencari Creative Commons.

3.13 Creative Commons Indonesia

Keberadaan Creative Commons Indonesia untuk dapat menjadi anggota afiliasi Creative Commons International (CCi) melalui beberapa tahap. Pertama, lembaga afiliasi Creative Commons di Indonesia yaitu Wikimedia Indonesia (<http://www.wikimedia.web.id>), dengan Pimpinan Proyek (Pimpro) Publik Ivan Lanin dan Pimpro Legal Ari Juliano Gema menandatangani nota kesepahaman dengan CCi pada bulan Desember 2008. Sebelum penandatanganan, perwakilan Indonesia menjelaskan dan mempresentasikan tinjauan adaptasi CC dan hukum hak cipta Indonesia. Menurut Ari Juliano Gema,¹⁷⁶ karena Indonesia termasuk negara yang telah meratifikasi TRIPs, maka pada dasarnya konsep hak cipta yang diharapkan CCi sama dengan yang ada di Indonesia. Creative Commons di Indonesia di bawah naungan Wikimedia Indonesia sama halnya seperti Creative Commons Internasional di Massachussets, yaitu sebuah organisasi nirlaba dan bukanlah sebuah kantor advokat yang memberikan konsultasi hukum. Creative Commons Indonesia tunduk pada aturan umum yang dibuat oleh Creative Commons pusat dan tidak terikat dengan perusahaan atau organisasi apapun di Indonesia. Dalam perkembangan Creative Commons, Ari Juliano Gema mengatakan¹⁷⁷ bahwa ke depan tidak ada lagi lisensi ported atau lokal. Jadi semua lisensi Creative Commons adalah versi internasional karena ketentuan tentang hak cipta di hampir semua negara hampir seragam dengan adanya kewajiban untuk harmonisasi dengan TRIPs. Jadi yang dibutuhkan adalah versi terjemahan bahasa Indonesia dari license CCi. Itulah yang sedang dirintis oleh CC Indonesia.

¹⁷⁶ Berdasarkan wawancara langsung pada saat Pesta Blogger 2010 di Rasuna Epicentrum Walk, Kuningan, tanggal 30 Oktober 2010.

¹⁷⁷ Berdasarkan korespondensi via e-mail tanggal 28 Maret 2011.

3.14 Creative Commons Sebagai Penyelenggara Sistem Elektronik

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik¹⁷⁸ (selanjutnya disebut UU ITE), kegiatan yang dilaksanakan oleh Creative Commons adalah kegiatan penyelenggaraan sistem elektronik, sehingga selain tunduk dengan Undang-Undang Hak Cipta, kegiatan Creative Commons juga wajib mengikuti UU ITE. Dalam pasal 1 angka 5 UU ITE dikatakan bahwa Sistem Elektronik adalah serangkaian perangkat dan prosedur elektronik yang berfungsi mempersiapkan, mengumpulkan, mengolah, menganalisis, menyimpan, menampilkan, mengumumkan, mengirimkan, dan/atau menyebarkan Informasi Elektronik. Oleh karena itu, kegiatan CC tersebut harus tunduk pada UU ITE.

Selanjutnya dalam Pasal 15 diatur bahwa:

- (1) Setiap Penyelenggara Sistem Elektronik harus menyelenggarakan Sistem Elektronik secara andal dan aman serta bertanggung jawab terhadap beroperasinya Sistem Elektronik sebagaimana mestinya.
- (2) Penyelenggara Sistem Elektronik bertanggung jawab terhadap Penyelenggaraan Sistem Elektroniknya.
- (3) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku dalam hal dapat dibuktikan terjadinya keadaan memaksa, kesalahan, dan/atau kelalaian pihak pengguna Sistem Elektronik.

Sehubungan dengan ketentuan di atas, penting untuk diingat bahwa sebagai Penyelenggara Sistem Elektronik, Creative Commons hanya menyediakan perjanjian lisensi secara gratis,¹⁷⁹ bukan sebagai sebuah kantor advokat yang memberikan layanan konsultasi hukum ataupun sebuah lembaga yang melakukan registrasi karya cipta (seperti yang dilakukan oleh Direktorat Hak pada Dirjen HKI, Kemenkumham), sehingga tidak bertanggung jawab atas konten yang diunggah. Atas perjanjian lisensi tersebut, Creative Commons telah melakukan integrasi atas metadata perjanjian lisensi yang digunakan untuk karya yang dipublikasikan secara online maupun data atas perjanjian

¹⁷⁸ Indonesia, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, Lembaran Negara Tahun 2008 Nomor 58, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4843.

¹⁷⁹ Dalam *What is Creative Commons? For Teachers and Students*, dikatakan bahwa *Creative Commons (CC) is an internationally active non-profit organisation that provides free licences for creators to use when making their work available to the public. These licences help the creator to give permission for others to use the work in advance under certain conditions.*

lisensi yang digunakan untuk karya yang dipublikasikan secara *offline*, sehingga karya-karya yang menggunakan perjanjian lisensi Creative Commons dapat diidentifikasi melalui mesin pencari (*search engine*) atau media *on-line* yang terafiliasi dengan Creative Commons (seperti Flickr, Jamendo, soundclick, blip.tv, Internet Archive, scribid, atau slideshare). Sehingga dengan demikian penyelenggaraan sistem elektronik yang dilakukan Creative Commons dalam hal ini telah melaksanakan ketentuan pasal 16 ayat (1) UU ITE, yaitu:

Sepanjang tidak ditentukan lain oleh undang-undang tersendiri, setiap Penyelenggara Sistem Elektronik wajib mengoperasikan Sistem Elektronik yang memenuhi persyaratan minimum sebagai berikut:

- a. dapat menampilkan kembali Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik secara utuh sesuai dengan masa retensi yang ditetapkan dengan Peraturan Perundang-undangan;
- b. dapat melindungi ketersediaan, keutuhan, keotentikan, kerahasiaan, dan keteraksesan Informasi Elektronik dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut;
- c. dapat beroperasi sesuai dengan prosedur atau petunjuk dalam Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut;
- d. dilengkapi dengan prosedur atau petunjuk yang diumumkan dengan bahasa, informasi, atau simbol yang dapat dipahami oleh pihak yang bersangkutan dengan Penyelenggaraan Sistem Elektronik tersebut; dan
- e. memiliki mekanisme yang berkelanjutan untuk menjaga kebaruan, kejelasan, dan kebertanggungjawaban prosedur atau petunjuk.

Sehubungan dengan kegiatan Creative Commons, maka sebagai sebuah *provider* Creative Commons harus dapat melaksanakan kegiatan penyelenggaraan sistem elektronik tersebut secara bertanggung jawab, sehingga tidak hanya sekedar menyediakan perjanjian lisensi secara gratis melalui Internet saja. Dalam Directive 2000/31/EC of The European Parliament And of The Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in The Internal Market ('Directive on Electronic Commerce'), Section 4 Article 12 mengenai "*Mere Conduit*" dikatakan:¹⁸⁰

¹⁸⁰ The European Parliament And of The Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in The Internal Market ('Directive on Electronic Commerce'), Directive 2000/31/EC, <http://www.tourismlaw.eu/documents/tourism_legislation/EU_8june2000_uk.pdf>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

1. *Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:*
 - (a) does not initiate the transmission;*
 - (b) does not select the receiver of the transmission; and*
 - (c) does not select or modify the information contained in the transmission.*
2. *The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.*
3. *This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.*

Sehubungan dengan *mere conduit* di atas, kegiatan Creative Commons sebagai provider tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban atas konten yang menggunakan lisensi Creative Commons karena kegiatan utama Creative Commons hanyalah menyediakan perjanjian lisensi dan melakukan integrasi data atas perjanjian lisensi yang digunakan sehingga tidak berhubungan dengan konten yang menjadi obyek perjanjian lisensi.

BAB IV
ANALISA KASUS
SUSAN CHANG v VIRGIN MOBILE USA, VIRGIN MOBILE PTY LTD
AUSTRALIA and CREATIVE COMMONS CORPORATION

4.1 Kasus Posisi¹⁸¹

Pada bulan Oktober 2007, Susan Chang selaku orang tua dari Alison Chang (16 tahun) dan Justin Ho-Wee Wong, selaku fotografer yang mengambil foto Alison, menggugat Virgin Mobile USA, Virgin Mobile PTY Ltd Australia dan Creative Commons Corporation ke Pengadilan Distrik Dallas County, Texas, atas foto Alison yang digunakan oleh Virgin Mobile untuk sebuah kampanye iklan di Australia. Foto tersebut diambil pada tanggal 21 April 2007 oleh Justin Wong, pembimbing gereja Alison, yang kemudian diunggah di situs Flickr di hari yang sama dengan menggunakan lisensi Attribution dari Creative Commons oleh Justin. Beberapa minggu kemudian, Alison Chang menerima sebuah e-mail dari temannya dengan lampiran foto dirinya menjadi model iklan Virgin Mobile dengan slogan “Dump Your Pen Friend” yang telah di-*superimpose*. Foto tersebut menjadi bahan pembicaraan di beberapa stasiun berita dan laman blog yang dapat dilihat di seluruh dunia karena Alison adalah satu-satunya anak di bawah umur yang dijadikan bagian dari kampanye Virgin Mobile tersebut, sehingga Alison yang semula hanya seorang anak sekolah biasa kemudian mendapat predikat “dump your pen friend girl”¹⁸² jika ditelusur melalui layanan pencarian Google. Walaupun Alison telah berusaha seperti layaknya anak perempuan seusianya, ia tetap harus menghadapi situasi dan tekanan yang sangat memalukan setiap hari karena tindakan oportunistik Virgin Mobile tersebut. Adapun pihak Virgin Mobile bertahan dengan mengklaim telah mencantumkan teks notifikasi pada iklannya tersebut, yaitu: “[f]eaturing Flickr imagery in our communications is part of our ongoing commitment to champion the spontaneous and genuine nature of the

¹⁸¹ Dirangkum dari *Plaintiffs’ Original Petition* (Surat Gugatan) pihak Susan Chang yang diwakili oleh Pengacara Ryan H. Zehl dan Bryant A. Fitts dari Kantor Advokat Fitts Zehl LLP, Houston, Texas, lihat Lampiran.

¹⁸² Terjemahan bebasnya: gadis yang membuang sahabat penanya.

photographs of Flickr. We see Flickr as a vibrant, contemporary, online community and resource and that the spirit of the creative commons agreement matches Virgin's philosophy, as well as the inclusive nature of our "Are you with us or what" campaign."



Gambar 4 – Kiri: Foto asli Alison Chang yang diambil oleh Justin Ho-Wee Wong pada tanggal 21 April 2007 dan diunggah ke situs Flickr. Kanan: Iklan Virgin Mobile dengan teks notifikasi penggunaan gambar dari Flickr yang telah diedit (*cropping & mirror*, serta penghapusan logo pada topi model).

Dalam surat gugatan, Susan Chang menggugat Virgin Mobile atas pelanggaran privasi, pencemaran nama baik (*libel per se* dan *libel per quad*) sedangkan Justin Wong menggugat Virgin Mobile atas pelanggaran lisensi Creative Commons Attribution dan Creative Commons Corporation karena kelalaiannya (*negligence*) dengan tidak memberikan edukasi dan peringatan pada dirinya sebagai pengguna lisensi Creative Commons Attribution atas pengertian penggunaan komersial serta konsekuensi atas penggunaan lisensi tersebut.

4.2 Pemeriksaan Pengadilan

Setelah gugatan didaftarkan, pada tanggal 30 Oktober 2007 Creative Commons Corporation mengajukan eksepsi meminta pengadilan untuk tidak menetapkannya sebagai Tergugat karena dalil penggugat Justin Wong yang mengatakan bahwa Creative Commons telah lalai (*negligence*) dengan tidak memberikan edukasi dan peringatan pada dirinya sebagai pengguna lisensi Creative Commons Attribution (CC BY) atas pengertian penggunaan komersial

serta konsekuensi atas penggunaan lisensi tersebut adalah tidak tepat. Alasan pertama yang diajukan adalah sehubungan dengan kewenangan relatif pengadilan Texas (*there is no personal jurisdiction over Creative Commons in Texas*), Creative Commons mengatakan bahwa dalam gugatannya, pihak penggugat mengakui bahwa Creative Commons adalah sebuah organisasi non-profit, yang berkedudukan di Massachusetts, di mana pegawai dan arsipnya berada di California. Sehubungan dengan pokok gugatan Justin Wong, Creative Commons mengatakan kesalahan justru ada di pihak penggugat Justin Wong yang tidak secara cermat dan teliti membaca perjanjian lisensi yang telah ia pilih, yaitu Attribution. Dalam Legal Code dari Lisensi Attribution dengan tegas dikatakan bahwa:

CREATIVE COMMONS CORPORATION IS NOT A LAW FIRM AND DOES NOT PROVIDE LEGAL SERVICES. DISTRIBUTION OF THIS LICENSE DOES NOT CREATE AN ATTORNEY-CLIENT RELATIONSHIP. CREATIVE COMMONS PROVIDES THIS INFORMATION ON AN “AS-IS” BASIS. CREATIVE COMMONS MAKES NO WARRANTIES REGARDING THE INFORMATION PROVIDED, AND DISCLAIMS LIABILITY FOR DAMAGES RESULTING FROM ITS USE. (Cetak huruf kapital oleh Creative Commons)

Kemudian dalam paragraf terakhir Legal Code tersebut dikatakan bahwa:

Creative Commons is not a party to this License, and makes no warranty whatsoever in connection with the Work. Creative Commons will not be liable to You or any party on any legal theory for any damages whatsoever, including without limitation any general, special, incidental or consequential damages arising in connection to this license.

Adapun konsekuensi dari pemberian lisensi Attribution tersebut dengan tegas telah diatur dalam Section 3 License Grant, yaitu:

“Subject to the terms and conditions of this License, Licensor hereby grants You a worldwide, royalty-free, non-exclusive, perpetual (for the duration of the applicable copyright) license to exercise the rights in the Work as stated below:

- a. to reproduce the Work...*
- c. to distribute the copies... of, display publicly ... the Work...*

The above rights may be exercised in all media and formats whether now known or hereafter devised...”

Bahwa batasan dari lisensi Attribution yang telah dipilih Wong, diatur dalam Section 4 Restriction, adalah bahwa penerima lisensi wajib mencantumkan nama Pencipta Asli (Original Author) dalam setiap kegiatan distribusi atau pertunjukan di muka umum, Karya Kolektif (Collective Work) atau Karya Turunan (Derivative Work). Bahwa Creative Commons telah sedemikian rupa melakukan upaya untuk membuat perjanjian lisensi untuk dapat dimengerti oleh orang awam tidak hanya dengan memberikan Legal Code tersebut namun juga dengan memberikan logo/ikon atas setiap lisensi yang ada sehingga dengan melihat logo/ikon tersebut dapat dengan mudah dimengerti batasan dari lisensi-lisensi tersebut.¹⁸³

Kemudian, Penggugat mengeluarkan Plaintiff's Notice of Voluntary Dismissal Without Prejudice¹⁸⁴ di mana mereka dengan sukarela membebaskan Creative Commons dari gugatan. Sehingga kemudian para pihak yang bersengketa hanyalah Susan Chang v Virgin Mobile.

4.3 Putusan Pengadilan

Pada akhirnya, Pengadilan Texas memutuskan menerima permohonan Tergugat Virgin Australia untuk tidak mengabulkan gugatan Penggugat dengan alasan-alasan yang pada pokoknya adalah sebagai berikut:¹⁸⁵

1. Bahwa fotografer John Wong mengabadikan foto Alison Chang dan mengunggah foto tersebut melalui Flickr dengan memilih perjanjian lisensi Creative Commons Attribution yang merupakan tipe lisensi Creative Commons yang paling memberikan kebebasan bagi pengguna di seluruh dunia (termasuk penggunaan komersial dan tanpa kewajiban pembayaran royalti).
2. Bahwa pihak Penggugat tidak dapat membuktikan *personal jurisdiction* Tergugat Virgin Australia yang berkedudukan di Australia yang telah

¹⁸³ Dirangkul dari *Creative Commons Corporation's Amended Motion to Dismiss and Memorandum in Support* tertanggal 30 Oktober 2007 dari pihak Creative Commons Corporation yang diwakili oleh Pengacara John L. Ross dan Derrick G Parker dari Kantor Advokat Thompson, Coe, Cousins & Irons LLP, Dallas, Texas, lihat Lampiran.

¹⁸⁴ Lihat Lampiran, *Plaintiff's Notice of Voluntary Dismissal Without Prejudice* pihak Penggugat tertanggal 27 November 2007.

¹⁸⁵ Dirangkul dari *Memorandum Opinion and Order Susan Chang v Virgin Mobile USA, et. all, CA No. 3: 07-CV-1767-D, The United States District Court for the Northern District of Texas, Dallas Division*, tanggal 16 Januari 2009. Lihat Lampiran.

mengunduh fotonya melalui sebuah situs berbagi-foto publik, Flickr, di mana dalam perjanjian lisensi Creative Commons Attribution yang berlaku di seluruh dunia, Virgin Australia hanya menggunakan foto tersebut untuk kampanye iklan khusus di Australia saja karena Virgin Australia beroperasi di Australia, sehingga jika ada pelanggaran perjanjian sehubungan dengan tuduhan penggugat bahwa tergugat tidak memberikan ‘credit’ (pencantuman nama) Wong sebagai fotografer, maka pelanggaran tersebut terjadi di Australia, bukan Texas.

4.4 Analisa Kasus Susan Chang v Virgin Mobile USA, et.all. Sehubungan Dengan Hukum Hak Cipta di Indonesia

1. Berdasarkan kasus posisi di atas, berikut adalah hal-hal yang harus diperhatikan sehubungan dengan permasalahan hak cipta:
 - 1) Para Penggugat berkedudukan di Texas, sedangkan Virgin Mobile USA, LLC berada di New Jersey; Virgin Mobile Pty Ltd di New South Wales, Australia; Creative Commons Corporation di Massachusetts.
 - 2) Virgin Mobile USA, LLC dan Virgin Mobile Pty Ltd adalah badan hukum perseroan terbatas yang berorientasi untuk mencari keuntungan, sedangkan Creative Commons Corporation adalah badan usaha non-profit dan bukan sebuah konsultan hukum.
 - 3) Pengambilan foto Alison Chang (anak di bawah umur) oleh Justin Ho-Wee Wong dilakukan di Texas.
 - 4) Pengunggahan foto Alison Chang oleh Justin Ho-Wee Wong ke situs Flickr dilakukan di Texas.
 - 5) Lisensi yang dipilih oleh Justin Ho-Wee Wong atas foto Alison adalah Creative Commons Attribution (CC-BY) yang merupakan tipe lisensi CC yang paling memberikan kebebasan bagi pengguna di seluruh dunia (termasuk penggunaan komersial dan tanpa kewajiban pembayaran royalti).
 - 6) Virgin Mobile Pty Ltd Australia mengunduh foto Alison dari Flickr untuk kampanye “Are You With Us or What?” yang bertujuan komersial dan hanya berlaku di Australia.

- 7) Virgin Mobile Pty Ltd Australia telah memberikan text caption:

“[f]eaturing Flickr imagery in our communications is part of our ongoing commitment to champion the spontaneous and genuine nature of the photographs of Flickr. We see Flickr as a vibrant, contemporary, online community and resource and that the spirit of the creative commons agreement matches Virgin’s philosophy, as well as the inclusive nature of our “Are you with us or what” campaign.”
 - 8) Penggugat Susan Chang (Ibu dari Alison Chang) menggugat Virgin Mobile USA dan Virgin Mobile Pty atas *invasion of privacy, libel per se* dan *libel per quad*.
 - 9) Sedangkan Penggugat Justin Ho-Wee Wong menggugat Virgin Mobile atas dasar *breach of contract* (wanprestasi) dari lisensi Creative Commons Attribution karena menggunakan fotonya tanpa mencantumkan namanya sebagai fotografer dan pemberi lisensi. Justin Wong juga menggugat Creative Commons Corporation atas *negligence* (kelalaian)-nya tidak memberikan edukasi dan peringatan pada dirinya sebagai pengguna lisensi Creative Commons Attribution atas pengertian penggunaan komersial serta konsekuensi atas penggunaan lisensi tersebut.
 - 10) Tergugat Creative Commons Corporation meminta pengadilan membebaskan dari gugatan karena alasan yurisdiksi pengadilan serta karena adanya kesalahan dari Penggugat Justin Ho-Wee Wang yang tidak secara teliti dan cermat membaca dokumen perjanjian lisensi Attribution (CC-BY).
 - 11) Atas argumentasi yang diajukan Creative Commons, Penggugat membebaskan Creative Commons dari gugatannya secara sukarela.
2. Sehubungan dengan permasalahan hak cipta, maka gugatan Justin Wong dapat dianalisa sebagai berikut:

Dalam Pasal 1 angka 14 dikatakan bahwa Lisensi adalah izin yang diberikan oleh Pemegang Hak Cipta atau Pemegang Hak Terkait kepada pihak lain untuk mengumumkan dan/atau memperbanyak Ciptaannya atau produk Hak Terkaitnya dengan persyaratan tertentu. Sehubungan dengan

itu, maka peristiwa pemberian lisensi didasarkan pada sebuah perjanjian. Perjanjian, menurut rumusan pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, didefinisikan sebagai: “suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.” Jika kita perhatikan, rumusan yang diberikan dalam pasal 1313 KUHPer tersebut menyiratkan bahwa sesungguhnya dari suatu perjanjian lahirnya kewajiban atau prestasi dari satu orang atau lebih orang (pihak) kepada satu atau lebih orang (pihak) lainnya, yang berhak atas prestasi tersebut. Rumusan tersebut menyiratkan bahwa konsekuensi hukum bahwa dalam suatu perjanjian akan selalu ada dua pihak, di mana satu pihak adalah pihak yang wajib berprestasi (debitor) dan pihak lainnya adalah pihak yang berhak atas prestasi tersebut (kreditor). Masing-masing pihak tersebut dapat terdiri dari satu atau lebih orang, bahkan dengan berkembangnya ilmu hukum, pihak tersebut dapat juga terdiri dari satu atau lebih badan hukum.¹⁸⁶

Sehingga dengan demikian, perjanjian lisensi wajib memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian agar suatu perbuatan hukum dapat disebut dengan perjanjian yang sah. Keempat unsur tersebut selanjutnya oleh ilmu hukum digolongkan ke dalam dua unsur pokok yang menyangkut subyek (pihak) yang mengadakan perjanjian (unsur subyektif), dan dua unsur pokok lainnya yang berhubungan langsung dengan obyek perjanjian (unsur obyektif). Unsur subyektif mencakup adanya unsur kesepakatan secara bebas dari para pihak yang berjanji, dan kecakapan dari pihak yang melaksanakan perjanjian. Sedangkan unsur obyektif meliputi keberadaan obyek yang diperjanjikan, dan obyek tersebut haruslah sesuatu yang diperkenankan menurut hukum. Tidak terpenuhinya salah satu unsur dari keempat unsur tersebut menyebabkan cacat dalam perjanjian, dan perjanjian tersebut diancam dengan kebatalan jika terhadap pelanggaran terhadap unsur subyektif), maupun batal demi hukum (dalam hal tidak terpenuhinya unsur obyektif).¹⁸⁷

1) Syarat Subyektif

¹⁸⁶ Gunawan Widjaja, *op.cit.*, hal. 64.

¹⁸⁷ *Ibid.*, hal. 65.

Seperti telah dikatakan di atas bahwa syarat subyektif sahnya perjanjian, digantungkan pada dua macam keadaan:

a) Terjadinya kesepakatan secara bebas antara para pihak

Kesepakatan di antara para pihak diatur dalam ketentuan pasal 1321 sampai dengan pasal 1328 KUHPer. Menurut ketentuan yang diatur dalam KUHPer tersebut, pada dasarnya kesepakatan bebas dianggap terjadi pada saat perjanjian dibuat oleh para pihak, kecuali dapat dibuktikan bahwa kesepakatan terjadi karena adanya kekhilafan, paksaan maupun penipuan.¹⁸⁸

b) Kecakapan Untuk Bertindak

Adanya kecakapan untuk bertindak merupakan syarat subyektif kedua terbentuknya perjanjian yang sah diantara para pihak. Kecakapan ini dalam ilmu hukum dapat dibedakan lagi ke dalam :

i) Kecakapan dalam rangka tindakan pribadi orang-perorangan (pasal 1329 sampai dengan pasal 1331 KUHPer)

Untuk itu KUHPer menyatakan bahwa prinsipnya semua orang dianggap cakap untuk melakukan tindakan hukum, kecuali mereka yang masih berada dibawah umur, yang berada dibawah pengampuan dan mereka yang dinyatakan pailit (Pasal 1330 KUHPer). Ketentuan selanjutnya mengenai kedewasaan dan pengampuan dapat kita lihat dari ketentuan yang berlaku umum dalam KUHPer, maupun peraturan perundang-undangan lainnya yang berlaku, dalam lapangan hukum perorangan.¹⁸⁹

ii) Kecakapan dalam hubungan dengan pemberian kuasa

Dalam hal ini, yang harus diperhatikan adalah kecakapan bertindak dalam hukum, tidak hanya dari pihak yang memberi kuasa, melainkan juga dari pihak yang menerima kuasa secara bersama-sama. Khusus untuk orang-perorangan, maka berlakulah persyaratan yang ditentukan dalam KUHPer dan

¹⁸⁸ *Ibid.*, hal. 66.

¹⁸⁹ *Ibid.*, hal. 67.

ketentuan hukum perorangan yang berlaku, sebagaimana disebutkan di atas.¹⁹⁰

iii) Kecakapan dalam hubungannya dengan sifat perwalian dan perwakilan

Dalam perwalian (dan atau pengampunan), maka harus diperhatikan kewenangan bertindak yang diberikan oleh hukum, peraturan perundang-undangan yang berlaku, serta keputusan-keputusan hukum tertentu yang berlaku secara khusus untuk tiap-tiap tindakan tertentu. Dalam hal perwakilan, maka harus diperhatikan ketentuan yang diatur dalam anggaran dasar dari suatu perkumpulan, perusahaan, perserikatan, persatuan yayasan, atau badan-badan dan lembaga-lembaga yang diwakilinya, serta tidak lupa juga berbagai aturan hukum yang berlaku bagi perkumpulan, perusahaan, perserikatan, persatuan yayasan, badan-badan dan lembaga-lembaga tersebut.¹⁹¹

Permintaan pembatalan atas perjanjian yang dibuat dalam rangka ketidakcakapan salah satu atau lebih pihak dalam perjanjian hanya dapat diajukan dan karenanya hanya diberikan kepada pihak yang dianggap tidak cakap dalam hukum tersebut. Hak untuk meminta pembatalan tersebut tidaklah diberikan kepada lawan pihak dari pihak yang dianggap tidak cakap untuk bertindak dalam hukum tersebut. Dengan konsekuensi hukum ini, maka berarti setiap pihak yang akan berhubungan hukum, termasuk untuk membuat kesepakatan atau perjanjian haruslah terlebih dahulu atau berkewajiban untuk memastikan bahwa lawan pihak terhadap siapa perbuatan hukum atau perjanjian akan disepakati adalah cakap untuk bertindak dalam hukum.¹⁹²

2) Syarat Obyektif

Syarat obyektif perjanjian diatur dalam :

¹⁹⁰ *Ibid.*, hal. 68.

¹⁹¹ *Ibid.*, hal. 68.

¹⁹² *Ibid.*, hal. 67.

- a) Pasal 1332 sampai dengan pasal 1334 KUHPer mengenai keharusan adanya suatu obyek dalam perjanjian. Hal ini adalah konsekuensi logis dari perjanjian itu sendiri. Tanpa adanya suatu obyek, yang merupakan tujuan dari para pihak yang berisikan hak dan kewajiban dari salah satu atau para pihak dalam perjanjian, maka perjanjian itu absurd adanya.¹⁹³
- b) Pasal 1335 sampai dengan pasal 1337 KUHPer mengatur mengenai keharusan adanya suatu causa yang halal dalam setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak. Pasal 1337 KUHPer memberikan perumusan secara negatif, dengan menyatakan bahwa suatu causa tersebut dilarang oleh undang-undang, kesusilaan maupun ketertiban umum yang berlaku dalam masyarakat dari waktu ke waktu.¹⁹⁴

Selain kedua syarat subyektif dan obyektif di atas, maka perjanjian memiliki empat asas, yaitu

1) Asas Kebebasan Berkontrak

KUHPer memberikan hak kepada para pihak untuk membuat dan melakukan kesepakatan apa saja dengan siapa saja, selama mereka memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam buku III KUHPer tersebut. Setiap perjanjian yang dibuat dengan sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka pembuatnya. Rumusan ini dapat kita temukan dalam pasal 1338 ayat 1 KUHPer, yang dipertegas kembali dengan ketentuan pasal 1338 ayat 2 KUHPer yang menyatakan bahwa perjanjian yang telah disepakati tersebut tidak dapat ditarik kembali secara sepihak oleh salah satu pihak dalam perjanjian tanpa adanya persetujuan dari lawan pihaknya dalam perjanjian, atau dalam hal-hal dimana oleh undang-undang dinyatakan cukup adanya alasan untuk itu. Secara umum, kalangan ilmuwan hukum menghubungkan dan memperlakukan ketentuan sebagaimana

¹⁹³ *Ibid.*, hal. 69.

¹⁹⁴ *Ibid.*, hal. 69.

diatur dalam pasal 1320 KUHPer jo pasal 1338 ayat 1 KUHPer sebagai asas kebebasan berkontrak dalam hukum perjanjian.¹⁹⁵

2) Asas Konsensualitas

Asas konsensualitas merupakan pengejawantahan dari sistem terbuka Buku III KUHPer. Dengan sistem terbuka yang dianut oleh Buku III KUHPer, hukum perjanjian memberikan kesempatan seluas-luasnya kepada para pihak untuk membuat perjanjian yang akan mengikat mereka sebagai undang-undang, selama dan sepanjang dapat dicapai kesepakatan lisan diantara para pihak telah mengikat para pihak yang bersepakat secara lisan tersebut. Dan oleh karena ketentuan umum mengenai kesepakatan lisan diatur dalam pasal 1320 KUHPer dianggap sebagai dasar asas konsensualitas dalam hukum perjanjian.¹⁹⁶

3) Asas Personalia

Selain kedua asas tersebut (asas kebebasan berkontrak dan asas konsensualitas), yang merupakan dasar yang utama dari hukum perjanjian, dalam ilmu hukum, berdasarkan pada sifat perorangan dari Buku III KUHPer, juga dikenal asas personalia. Asas personalia dapat kita temui dalam rumusan pasal 1315 KUHPer yang dipertegas lagi oleh ketentuan pasal 1340 KUHPer. Dari kedua rumusan tersebut dapat kita ketahui bahwa pada dasarnya perjanjian hanya akan melahirkan hak dan kewajiban-kewajiban diantara para pihak yang membuatnya. Pada dasarnya seseorang tidak dapat mengikatkan dirinya untuk kepentingan maupun kerugian bagi pihak ketiga, kecuali dalam hal terjadinya peristiwa penanggungan (dalam hal yang demikianpun penanggung tetap berkewajiban untuk membentuk perjanjian dengan siapa penanggungan tersebut akan diberikan dan dalam hal yang demikian maka perjanjian penanggungan akan mengikat penanggung dengan pihak yang ditanggung dalam perjanjian penanggungan). Ini berarti perjanjian yang dibuat oleh para pihak

¹⁹⁵ *Ibid.*, hal. 70.

¹⁹⁶ *Ibid.*, hal. 70.

tersebut, demi hukum hanya akan mengikat para pihak yang membuatnya.¹⁹⁷

4) Asas Itikad Baik

Asas itikad baik ini dapat kita temukan dalam rumusan pasal 1338 ayat (3) KUHPer. Ketentuan ini pada dasarnya merupakan penegasan lebih lanjut, sebagai pelaksanaan dari suatu perjanjian yang telah dibuat secara sah. Terpenuhinya syarat sah perjanjian tidak dengan begitu saja menghilangkan hak dari salah satu pihak dalam perjanjian untuk tetap meminta pembatalan dalam hal perjanjian telah dilaksanakan tidak dengan itikad baik oleh pihak lainnya dalam perjanjian.¹⁹⁸

Seperti dijelaskan pada uraian di atas pada dasarnya perjanjian bersifat konsensual, namun demikian ada perjanjian-perjanjian tertentu yang mewajibkan dilakukannya sesuai tindakan yang lebih dari hanya sekedar kesepakatan, sebelum pada akhirnya perjanjian tersebut dapat dianggap sah. Berdasarkan hal tersebut secara umum ilmu hukum membedakan perjanjian menjadi:¹⁹⁹

1) Perjanjian konsensual adalah bentuk perjanjian yang paling sederhana, karena hanya mensyaratkan adanya kesepakatan anatar mereka yang membuatnya. Perjanjian konsensual ini, adalah perjanjian yang sebagaimana ditentukan dalam pasal 1320 KUHPer, yang harus memenuhi persyaratan :

- (1) Terdapat kata sepakat diantara mereka yang berjanji;
- (2) Mereka yang berjanji tersebut haruslah cakap menurut hukum;
- (3) Adanya obyek yang diperjanjikan;
- (4) Obyek yang diperjanjikan tersebut adalah sesuatu yang diperbolehkan oleh hukum (merupakan *causa* yang halal).

Ke-empat syarat tersebut merupakan syarat yang mutlak harus dipenuhi agar suatu perjanjian dapat dianggap sah. Di samping ke-empat syarat tersebut, untuk perjanjian-perjanjian tertentu, Undang-undang mensyaratkan pula dipenuhinya suatu formalitas tertentu agar

¹⁹⁷ *Ibid.*, hal. 70.

¹⁹⁸ *Ibid.*, hal. 71.

¹⁹⁹ *Ibid.*, hal. 72.

perjanjian yang dibuat itu sah adanya (pada perjanjian formil). Ini berarti perjanjian riil dan perjanjian formil adalah perjanjian dari berlakunya perjanjian konsensual.²⁰⁰

Dari penjelasan yang telah diberikan di atas, dan dihubungkan dengan ketentuan mengenai pengatuaran lisensi dalam UU No. 30 Tahun 2000 tentang rahasia dagang, UU No. 31 Tahun 2001 tentang Desain Industri, dan UU No. 32 Tahun 2000 tentang Desain Tata Letak sirkuit terpadu, UU No. 14 Tahun 2001 tentang Paten, UU No. 15 Tahun 2001 tentang Merek, UU No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta dapat kita ketahui bahwa perjanjian pemberian lisensi adalah perjanjian formil oleh karena ke-enam Undang-undang tersebut secara tegas mensyaratkan bahwa perjanjian lisensi harus dibuat secara tertulis. Kewajiban perjanjian lisensi untuk dibuat secara tertulis bukanlah tanpa sebab oleh karena keenam Undang-undang tersebut secara eksplisit menyatakan bahwa perjanjian lisensi hanya akan membawa akibat hukum bagi pihak ketiga jika telah didaftarkan dan hanya perjanjian tertulis saja yang dapat didaftarkan.²⁰¹

Dalam pembuatan perjanjian setiap perjanjian selalu berlangsung dengan berlandaskan pada asas: konsensualisme, *pact sunt servanda* dan kebebasan berkontrak sebagai asas hukum perjanjian. Pembuat perjanjian atau kontrak yang semata-mata hanya diserahkan kepada bekerjanya mekanisme asas kebebasan berkontrak, akan selalu menjadi ajang perebutan dominasi antara para pihak dalam perjanjian tersebut.²⁰²

Bila hal tersebut dikaitkan dengan keadaan di Indonesia yang ketentuan-ketentuan mengenai perjanjiannya diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata, Buku III khususnya pasal 1320 sampai dengan pasal 1864. Hukum perjanjian dalam BW mengikuti apa yang disebut dengan “sistem terbuka” (*open system*). Dengan sistem terbuka ini dimaksudkan bahwa setiap orang bebas untuk membuat segala jenis kontrak, sedangkan kontrak-kontrak khusus yang secara eksplisit telah diatur dalam BW berupa kontrak jual beli, barter atau pertukaran, jaminan, pinjam meminjam dan lain sebagainya.

²⁰⁰ *Ibid.*, hal. 72.

²⁰¹ *Ibid.*, hal. 72.

²⁰² Dewi Astuti Mochtar, *Perjanjian Lisensi Alih Teknologi Dalam Pengembangan Teknologi Indonesia*, (Bandung : Alumni, 2001), hal 7.

Selain itu, sistem terbuka BW bisa juga diartikan bahwa melalui sistem ini memang membuka pintu lebar-lebar untuk berbagai inovasi dan penerimaan melalui praktek hukum. Atas dasar kebebasan berkontrak bisa terjadi beragam masalah kontrak timbul di dalam praktek hukum, khusus dalam mengatasi masalah kontrak.²⁰³

Perjanjian lisensi *Creative Commons* dikaitkan dengan KUHPer jelas tidak melanggar peraturan perundang-undang Indonesia karena KUHPer menganut sistem terbuka, yang mengandung suatu asas kebebasan membuat perjanjian, dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata lazimnya disimpulkan dalam pasal 1338 ayat (1), yang berbunyi demikian:²⁰⁴ ”Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.”

Dalam hukum perjanjian berlaku suatu asas, yang dinamakan konsensualisme. Perkataan ini berasal dari perkataan latin *consensus* yang berarti sepakat. Asas konsensualisme bukanlah berarti untuk suatu perjanjian diisyaratkan adanya kesepakatan. Ini sudah semestinya suatu perjanjian juga dinamakan persetujuan, berarti dua pihak sudah setuju atau bersepakat mengenai sesuatu hal.

Arti asas konsensualisme ialah pada dasarnya perjanjian dan perikatan yang timbul karenanya itu sudah dilahirkan sejak detik tercapainya kesepakatan. Dengan perkataan lain, perjanjian itu sudah sah apabila sudah sepakat mengenai hal-hal yang pokok dan tidaklah diperlukan sesuatu formalitas. Asas konsensualisme tersebut lazimnya disimpulkan dari pasal 1320 KUHPer, yang berbunyi: untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat: 1. sepakat mereka yang mengikat dirinya; 2. kecakapan untuk membuat suatu perjanjian; 3. suatu hal tertentu; 4. suatu sebab yang halal.

Oleh karena itu dalam pasal tersebut tidak disebutkan suatu formalitas tertentu di samping kesepakatan yang telah tercapai itu, maka disimpulkan bahwa setiap perjanjian itu sudahlah sah dalam arti “mengikat” apabila sudah tercapai kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok dalam perjanjian itu.

Dalam Undang-Undang No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta, perjanjian lisensi diatur dalam Pasal 45, yaitu:

²⁰³ Dewi Astuti Mochtar, *Ibid.*, hal. 88 – 90.

²⁰⁴ Subekti, *op.cit.*, hal 13.

- (1) Pemegang Hak Cipta berhak memberikan Lisensi kepada pihak lain berdasarkan surat perjanjian lisensi untuk melaksanakan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2.
- (2) Kecuali diperjanjikan lain, lingkup Lisensi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi semua perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 berlangsung selama jangka waktu Lisensi diberikan dan berlaku untuk seluruh wilayah Negara Republik Indonesia.
- (3) Kecuali diperjanjikan lain, pelaksanaan perbuatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) disertai dengan kewajiban pemberian royalti kepada Pemegang Hak Cipta oleh penerima Lisensi.
- (4) Jumlah royalti yang wajib dibayarkan kepada Pemegang Hak Cipta oleh penerima Lisensi adalah berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak dengan berpedoman kepada kesepakatan organisasi profesi.

Kecuali diperjanjikan lain, Pemegang Hak Cipta tetap boleh melaksanakan sendiri atau memberikan Lisensi kepada pihak ketiga untuk melaksanakan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 (Pasal 46 UU No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta).

Sehubungan dengan ketentuan tersebut, Kepala Seksi Pelayanan Hukum Direktorat Hak Cipta Agung Damar Sasongko, S.H., M.H.,²⁰⁵ mengatakan bahwa pada dasarnya tidak ada ketentuan hukum hak cipta yang dilanggar dari lisensi Creative Commons di Indonesia. Keberadaan Creative Commons menurut beliau adalah sebagai sebuah sarana yang memfasilitasi insan kreatif dalam rangka saling berbagi dengan tetap mengacu pada hukum hak cipta. Setiap perjanjian lisensi tidak boleh melanggar pasal 47 ayat (1) yaitu: “Perjanjian Lisensi dilarang memuat ketentuan yang dapat menimbulkan akibat yang merugikan perekonomian Indonesia atau memuat ketentuan yang mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan”. Adapun ketentuan dalam pasal 47 ayat (2) yaitu: “Agar dapat mempunyai akibat hukum terhadap pihak ketiga, perjanjian Lisensi wajib dicatatkan di Direktorat Jenderal”, menurut beliau ketentuan tersebut belum dapat dilaksanakan karena belum ada Peraturan Pemerintah sebagai aturan pelaksanaannya. Akan tetapi dalam kenyataannya ada masyarakat yang mengajukan pendaftaran perjanjian lisensi, namun Direktorat Hak Cipta tetap menerima sebagai bagian dari pelayanan masyarakat.

²⁰⁵ Berdasarkan wawancara langsung yang dilakukan pada tanggal 11 Pebruari 2011 di Gedung Direktorat Hak Cipta, Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual Kementerian Hukum dan HAM, Jln Daan Mogot Km 24, Tangerang.

3. Sehubungan dengan lisensi Creative Commons Attribution yang dipilih oleh Justin Wong dapat dianalisa sebagai berikut:

1) Creative Commons telah memberikan informasi dalam bahasa Inggris dan logo yang mudah dimengerti.

2) Adapun Section 3 License Grant, yaitu:

“Subject to the terms and conditions of this License, Licensor hereby grants You a worldwide, royalty-free, non-exclusive, perpetual (for the duration of the applicable copyright) license to exercise the rights in the Work as stated below:

a. to reproduce the Work...

c. to distribute the copies... of, display publicly ... the Work...

The above rights may be exercised in all media and formats whether now known or hereafter devised...”

Dengan tegas telah membebaskan penerima lisensi di seluruh dunia dari kewajiban royalty dan sifat eksklusifitas, serta kebebasan mereproduksi, mendistribusi dan mempertunjukkan karya tersebut di berbagai media dan format apapun, tentunya dengan kewajiban mencantumkan nama pemberi lisensi sebagai Pencipta. Sehubungan dengan itu, tindakan Virgin Mobile Australia yang mengunduh foto Alison dari situs Flickr, melakukan editing dari foto asli dan menjadikannya hasil editing tersebut menjadi sebuah iklan yang memiliki nilai ekonomis tentunya tidak melanggar Section 3 ini.

3) Bahwa sehubungan dengan Section 4 Restriction dari perjanjian lisensi Attribution, yaitu penerima lisensi wajib mencantumkan nama Pencipta Asli (Original Author) dalam setiap kegiatan distribusi atau pertunjukan di muka umum, Karya Kolektif (Collective Work) atau Karya Turunan (Derivative Work), tindakan dari Virgin Mobile Australia yang memberikan notifikasi: *“[f]eaturing Flickr imagery in our communications is part of our ongoing commitment to champion the spontaneous and genuine nature of the photographs of Flickr. We see Flickr as a vibrant, contemporary, online community and resource*

and that the spirit of the creative commons agreement matches Virgin's philosophy, as well as the inclusive nature of our "Are you with us or what" campaign" ini tentunya tidak sesuai dengan apa yang diatur dalam Section 4 ini karena Virgin Mobile dalam iklannya tersebut tidak menyebutkan atau memberi kredit bahwa Justin Wong sebagai Pemegang Lisensi dari karya foto yang digunakan dalam iklan "Are You With Us or What?" Dalam hal ini, penulis sependapat dengan putusan pengadilan Texas bahwa tidak ada yurisdiksi pengadilan untuk memeriksa dan memutus pelanggaran ini.

- 4) Bahwa penulis sependapat dengan argumentasi Creative Commons yang meminta pengadilan untuk membebaskannya dari gugatan karena Creative Commons adalah sebuah organisasi nirlaba, bukan sebuah kantor advokat dan tidak memberikan konsultasi hukum. Apa yang dilakukan oleh Creative Commons yaitu menyediakan beberapa jenis perjanjian lisensi secara gratis adalah untuk memudahkan para pihak saling berbagi namun tetap berpedoman pada aturan hukum hak cipta yang berlaku. Adapun perjanjian lisensi Creative Commons baik *unported* (versi Internasional dalam bahasa Inggris) serta *ported* (versi lokal yang telah diadaptasi dan diterjemahkan sehingga sesuai dengan hukum hak cipta yang berlaku di negara afiliasi) dibuat dengan tetap mengacu pada perjanjian TRIPs yang juga telah diratifikasi di Indonesia.

BAB VI

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. a. Creative Commons sebagai sebuah organisasi nirlaba yang menyediakan secara gratis beberapa perjanjian lisensi adalah sarana yang berupaya mempertemukan dua *legal culture* yang sangat bertentangan dalam hak cipta yaitu *read-only* dan *read-write*, dengan tetap menjaga agar kreatifitas dan budaya berbagi (*sharing*) on-line dapat berjalan bersama dengan aturan hukum hak cipta, kepentingan ekonomi dan pesatnya perkembangan teknologi informasi.
- b. Lisensi hak cipta dan sarana yang ditawarkan oleh Creative Commons menyeimbangkan “all rights reserved” tradisional yang diciptakan oleh hukum hak cipta. Sarana yang ditawarkan Creative Commons memungkinkan setiap orang baik Pencipta individual hingga perusahaan besar dan institusi, sebuah cara yang mudah dan terstandardisasi untuk memberikan izin hak cipta atas karya kreatif mereka. Kombinasi dari sarana dan pengguna Creative Commons adalah kebersamaan digital yang besar dan terus berkembang, sebuah kolam penuh dengan konten yang semuanya dapat di-*copy*, didistribusikan, di-*edit*, di-*remix* dan dibangun sesuai dengan konsep hukum hak cipta dan perjanjian TRIPs. Sehubungan dengan itu, kedudukan lisensi Creative Commons adalah sesuai dengan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.
2. a. Lisensi Creative Commons tidak menghilangkan hak eksklusif pencipta karena pencipta tetap memiliki hak penuh atas karya ciptanya tersebut baik atas terjemahan, pertunjukkan di depan publik, karya drama dan karya musik, hak menyiarkan, hak reproduksi dalam bentuk apapun, hak untuk membuat gambar hidup dari karya, hak untuk mengadaptasi atas hasil karya dalam segala media atau format apapun yang telah dilisensikan dalam perjanjian lisensi Creative Commons.

- b. Creative Commons sebagai Penyelenggara Sistem Elektronik juga telah menyelenggarakan sistem elektronik sesuai dengan ketentuan yang dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.
3. a. Mekanisme penyelesaian sengketa hak cipta dapat diselesaikan melalui alternatif penyelesaian sengketa (ADR), gugatan perdata di Pengadilan Niaga atau menggunakan mekanisme pidana.
- b. Creative Commons untuk pertama kalinya digugat dalam kasus Susan Chang v Virgin Mobile di pengadilan distrik Texas. Akan tetapi pihak penggugat kemudian menyadari ketidakcermatan surat gugatannya, dan membebaskan Creative Commons dari gugatannya karena adanya *error in persona* penggugat dalam menyusun surat gugatannya.

B. Saran

1. Hukum adalah sebuah sistem yang memiliki tiga elemen, yaitu *structure*, *substance* dan *legal culture*. Dalam rangka menciptakan harmonisasi atas ketiga elemen tersebut, maka perlu adanya peran aktif Pemerintah dalam membuat struktur dan substansi yang efektif dalam menjembatani perkembangan budaya hukum hak cipta yaitu *read-only* dan *read-write* sehubungan dengan kreatifitas, kepentingan ekonomi dan pesatnya perkembangan teknologi.
2. Pemerintah melalui Kementerian Hukum dan HAM, khususnya Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual, seyogyanya memperhatikan dan mengantisipasi perkembangan wacana hak cipta di dunia internasional, khususnya yang menggunakan sarana teknologi informasi.
3. Perlu segera dibuat Peraturan Pemerintah yang mengatur secara khusus mengenai perjanjian lisensi hak cipta, agar dapat memberikan kepastian dan perlindungan hukum bagi semua pihak yang berkepentingan.
4. Keberadaan Creative Commons sebagai sebuah organisasi nirlaba yang menawarkan perjanjian lisensi secara gratis seyogyanya dijadikan sebagai sarana bagi upaya Pemerintah menekan tingginya pelanggaran hak cipta, khususnya mekanisme saling berbagi (*sharing*) melalui Internet.

DAFTAR REFERENSI

A. Perundang-Undangan dan Konvensi Internasional

Indonesia. Undang-undang Nomor 7 Tahun 1994 tentang Pengesahan Agreement Establishing The World Trade Organization (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia).

_____. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 138, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3872.

_____. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta, Lembaran Negara Tahun 2002 Nomor 85, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4220.

_____. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, Lembaran Negara Tahun 2008 Nomor 58, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4843.

_____. Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 2004 tentang Sarana Produksi Berteknologi Tinggi untuk Cakram Optik (*Optical Disk*).

WIPO. *Berne Convention for the Protection of Artistic and Literary Works* (Konvensi Berne tentang Perlindungan Karya Seni dan Sastra).

_____. *World Intellectual Property Organization Copyrights Treaty* (Perjanjian Hak Cipta WIPO).

B. Buku

Bagby, John W. *Cyber Law Handbook For E-Commerce*. Ohio: South-western West Thomson, 2003.

Cobcroft, Rachel, Ed., *Building the Australasian Commons*. Australia: Creative Commons Clinic - Australian Research Council Centre of Excellence for Creative Industries And Innovation: 2010.

Colston, Catherine. *Principles of Intellectual Property Law*. London: Candevis Publishing Limited, 1999.

Damian, Eddy. *Hukum Hak Cipta*, Cetakan ke-3. Bandung: PT Alumni, 2003.

Djumhana, Muhammad & R. Djubaedillah. *Hak Milik Intelektual – Sejarah, Teori dan Prakteknya di Indonesia*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003.

- Friedman, Lawrence M. *American Law: An Introduction*. New York: W.W. Norton and Company, 1984.
- Ferrera, Gerard R., *et.all*, *Cyber Law: Text and Cases*. Ohio: South-Western College Publishing, 2001.
- Gautama, Sudargo. *Hak Mi lik Intelektual Indonesia dan Perjanjian Internasional . TRIPs, GATT, Putaran Uruguay*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1994.
- Lessig, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.
- _____. *The Future of Ideas: The Fate of The Commons in a Connected World*. Toronto: Random House, 2001.
- _____. *Free Culture : How Big Media Uses Technology and The Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: The Penguin Press, 2004.
- _____. *Remix, Making Art and Commerce Thrive in The Hybrid Economy*, London: Bloomsbury Publishing, 2008.
- Lindsey, Tim, *et.all*. *Hak Kekayaan Intelektual: Suatu Pengantar*. Bandung: Alumni, 2002.
- Makarim, Edmon. *Kompilasi Hukum Telematika*. Jakarta: Rajawali Pers, 2003.
- _____. *Pengantar Hukum Telematika: Suatu Kompilasi Kajian*. Jakarta: Rajawali Pers dan Badan Penerbit FHUI, 2005.
- _____. *Tanggung Jawab Hukum Penyelenggara Sistem Elektronik*. Jakarta: Rajawali Pers dan Badan Penerbit FHUI, 2010.
- Mustopo, M. Habib. *Ilmu Budaya Dasar – Kumpulan Essay Manusia dan Budaya*. Surabaya: Usaha Nasional, 1983.
- Mochtar, Dewi Astuti. *Perjanjian Lisensi Alih Teknologi Dalam Pengembangan Teknologi Indonesia*. Bandung : Alumni, 2001.
- Philip, Jeremy. *Introduction to Intellectual Property Rights*. London: Butterworths, 1976.
- Priapantja, Cita Citrawinda. *Hak Kekayaan Intelektual Tantangan Masa Depan*. Jakarta: Badan Penerbit FHUI, 2003.
- Soekanto, Soerjono. *Tata Cara Penyusunan Karya Tulis Ilmiah Bidang Hukum*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1987.
- Subekti, R., *Hukum Perjanjian*. Jakarta : Intermasa, 1979.
- Widjaja, Gunawan. *Lisensi*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2001.

Subekti, R dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijke Wetboek)*, Cet. 25. Jakarta : Pradnya Paramita, 2001.

Universitas Indonesia, Keputusan Rektor Universitas Indonesia Nomor: 628/SK/R/UI/2008 tentang Pedoman Penulisan Tugas Akhir Mahasiswa Universitas Indonesia.

Widjaja, Gunawan. *Lisensi atau Waralaba: Suatu Panduan Praktis*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2004.

C. Makalah / Presentasi

Kresnarini, Ir. Hesti Indah, M.P.M., *Industri Kreatif*, presentasi disampaikan pada Intensive Course On The Management Of Creative Enterprises And The Role Of Intellectual Property, di Bandung tanggal 18 s.d. 20 Mei 2009.

D. Wawancara & Korespondensi

Ari Juliano Gema, Pimpro Legal Creative Commons Indonesia, wawancara langsung pada saat Pesta Blogger 2010 di Rasuna Epicentrum Walk, Kuningan, tanggal 30 Oktober 2010.

Agung Damar Sasongko, SH, MH, Kepala Seksi Pelayanan Hukum Direktorat Hak Cipta pada Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual Kementerian Hukum dan HAM, wawancara langsung pada tanggal 11 Pebruari 2011.

Ari Juliano Gema, Pimpro Legal Creative Commons Indonesia, korespondensi via e-mail, tanggal 28 Maret 2011.

E. Internet

Creative Commons. "*Some Rights Reserved*": *Building a Layer of Reasonable Copyright*, <http://wiki.creativecommons.org/History>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

_____. *Home*. <<http://creativecommons.org/>>, diakses tanggal 12 Februari 2011.

_____. *About*. <<http://creativecommons.org/about>>, diakses tanggal 12 Februari 2011.

_____. *The Licenses*, <<http://creativecommons.org/licenses/>>, diakses tanggal 12 Februari 2011.

- _____. *Three Layers of Licenses*, <<http://creativecommons.org/licenses/>>, diakses tanggal 12 Februari 2011.
- _____. *What are the international ("unported") CC licenses, and why does CC offer "ported" licenses?*, <<http://wiki.creativecommons.org/FAQ>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.
- _____. *CCPlus*, <<http://wiki.creativecommons.org/CCPlus>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.
- _____. *About the Public Domain Mark — "No Known Copyright"*, <<http://creativecommons.org/about/pdm>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.
- _____. *FAQ: Can I use a Creative Commons license for software?*, <<http://wiki.creativecommons.org/FAQ>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.
- _____. *How do I apply a Creative Commons license to my work?*, <<http://wiki.creativecommons.org/FAQ>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.
- _____. *About CC0 — "No Rights Reserved"*, <<http://creativecommons.org/about/cc0>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.
- _____. *What is Creative Commons? For Teachers and Students*, <<http://creativecommons.org/>>, diakses tanggal 16 Februari 2011.
- _____. *Approximate Minimum CC Licensed Works (millions)*. <<http://wiki.creativecommons.org/Metrics>>, diakses tanggal 12 Februari 2011.
- _____. *Licensed Work Counted at Leading Repositories*, <http://wiki.creativecommons.org/Metrics/License_statistics#Software>, diakses tanggal 16 Februari 2011.
- _____. *CC Affiliate Network*, <<http://creativecommons.org/affiliates>>, diakses tanggal 12 Februari 2011.
- Chandan. *Copyrights Licences and CDDL Illustrated*, <http://blogs.oracle.com/chandan/entry/copyrights_licenses_and_cddl_illustrated>, diakses tanggal 12 Mei 2011.
- Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual. *Statistik Pendaftaran Ciptaan 2010*, <<http://www.dgip.go.id/ebhtml/hki/filecontent.php?fid=22019>>, diakses tanggal 2 Februari 2011.
- _____. *Prosedur Pendaftaran Ciptaan*. <<http://www.dgip.go.id/ebscript/publicportal.cgi?ucid=376&ctid=4&type=0&id=127>>, diakses tanggal 2 Februari 2011.

_____. *Tarif Hak Cipta*, <<http://www.dgip.go.id/ebscript/publicportal.cgi?ucid=376&ctid=4&type=0&id=20>>, diakses tanggal 2 Februari 2011.

EULA, <<http://id.wikipedia.org/wiki/EULA>>, diakses pada tanggal 21 Januari 2011.

<<http://www.detikinet.com/read/2008/08/11/103523/986280/399/pelanggaran-hakcipta-di-indonesia-naik-turun>>, *Pelanggaran Hak Cipta di Indonesia Naik Turun*, diakses tanggal 11 Januari 2011.

Lessig, Lawrence. *CC in Review: Lawrence Lessig on Supporting the Commons*, <<https://creativecommons.org/weblog/entry/5661>>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

_____. *Choosing a License*, <<http://creativecommons.org/weblog/entry/5661>>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

_____. *Legal Concepts* <<http://creativecommons.org/weblog/entry/5668>>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

The European Parliament and of The Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in The Internal Market ('Directive on Electronic Commerce), Directive 2000/31/EC, <http://www.tourismlaw.eu/documents/tourism_legislation/EU_8june2000_uk.pdf>, diakses tanggal 11 Januari 2011

UNESCO. <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=15381&language=E&order=alpha>>, diakses tanggal 2 Februari 2011.

UNESCO. <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=15241&language=E&order=alpha>>, diakses tanggal 2 Februari 2011.

Wikipedia. *Creative Commons License*, <http://wikipedia.org/wiki/Non-profit_organization>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

_____. *Legal Concepts*, <http://wiki.creativecommons.org/Legal_Concepts> diakses tanggal 11 Januari 2011.

World Trade Organization, Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf>, diakses tanggal 2 Februari 2011.

World Intellectual Property Organization, WIPO Database of Intellectual Property Legislative Texts, Paris Convention for the Protection of Industrial Property, <http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/paris/pdf/trtdocs_wo020.pdf>, diakses tanggal 2 Februari 2011.

_____. *Members*, <<http://www.wipo.int/members/en/>> diakses tanggal 2 Februari 2011.

Yohanes. *Masalah Lisensi, Hak Cipta, dan Paten (Anti Virus PCMAV dari Majalah PC Media melanggar GPL)*, <<http://blog.compactbyte.com/?p=234>>, diakses tanggal 21 Januari 2011.

F. Kamus

Balai Pustaka. *Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Ketiga*. Jakarta: Balai Pustaka, 2005.

Merriam-Webster. *Merriam Webster's Ninth New Collegiate Dictionary*. Massachusetts: Merriam-Webster, Inc., 1991.

Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary, Eighth Edition*. Minnesota: Thomson West Publishing Co., 2004.

No. _____

SUSAN CHANG, as Next Friend
of ALISON CHANG, a Minor, AND
JUSTIN HO-WEE WONG

Plaintiffs,

v.

VIRGIN MOBILE USA, LLC,
VIRGIN MOBILE PTY LTD., AND
CREATIVE COMMONS CORPORATION
Defendants.

§
§
§
§
§
§
§
§
§
§
§

IN THE DISTRICT COURT

DALLAS COUNTY, TEXAS

_____ JUDICIAL DISTRICT

PLAINTIFFS’ ORIGINAL PETITION

Susan Chang, as parent and next friend of Alison Chang, and Justin Ho-Wee Wong (“Justin Wong”) file their Original Petition, complaining of Defendants, Virgin Mobile USA, LLC, Virgin Mobile Pty Ltd (“Virgin Mobile”), and Creative Commons Corporation respectfully showing the Court as follows:

DISCOVERY PLAN

Plaintiffs intend to conduct discovery in this case under Level 2 pursuant to Rule 190.2 of the Texas Rules of Civil Procedure.

PARTIES

1. Plaintiff, Susan Chang, an individual residing in Dallas, Texas, brings this action as parent and next friend of Alison Chang, a minor, who resides in Dallas, Texas.
2. Plaintiff, Justin Ho-Wee Wong, is an individual residing in Dallas, Texas.

3. Virgin Mobile USA, LLC is a Delaware corporation with its principal place of business in Warren, New Jersey. It may be served with process through its registered agent, CT Corporation Systems, 350 N. St. Paul Street, Dallas, Texas 75201.

4. Virgin Mobile Pty Ltd. is an Australian company with its principal office in Sydney, New South Wales, Australia. As this lawsuit arises from Defendant's business in Texas, and it neither designated nor maintains a registered agent for service of process in Texas, it is deemed to have appointed the Secretary of State as its agent. The Secretary of State, after receiving service of process through mail or otherwise, may forward a copy of the citation and petition to Defendant's Secretary, Paul Gerard O'Brien at Defendant's home office, Level 29 Optus Centre, 101-103 Miller Street, North Sydney, NSW 2060.

5. Creative Commons Corporation is a Massachusetts Nonprofit Corporation with its principle office in Cambridge, Massachusetts. As this lawsuit arises from Defendant's business in Texas, and it neither designated nor maintains a registered agent for service of process in Texas, it is deemed to have appointed the Secretary of State as its agent. The Secretary of State, after receiving service of process through mail or otherwise, may forward a copy of the citation and petition to Defendant's registered agent, Lawrence Lessig, at 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, CA 94105.

JURISDICTION

6. Personal jurisdiction is proper because the photograph serving as the basis of this suit depicts a Texas resident and was created in and licensed to Defendants in Texas.

7. Subject matter jurisdiction is proper because the amount in controversy exceeds the minimum jurisdictional limits of this Court.

VENUE

8. Dallas County is the proper venue because Virgin Mobile agreed to perform the contractual obligations that make the basis of this suit in Dallas County and because it is where a substantial part of the events and omissions giving rise to Plaintiffs' claims occurred. TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE § 15.035.

FACTS

9. This case arises from Virgin Mobile's unauthorized and exploitative use of Alison's Chang's image in an advertising campaign launched in June 2007 to promote free text messaging and other mobile services.

10. The campaign, titled "Are You With Us or What," features a collection of over one-hundred images downloaded from Yahoo's photo-sharing website, Flickr. The photos are displayed on billboards, newspaper ads, and Virgin's website, accompanied by trenchant, and often disparaging, slogans that expand upon the underlying image—*e.g.*, the caption "Monks are Boring" is superimposed over a group of monks, and "People who talk in lifts have bad breath" appears above an image of six adults in an elevator.

11. What distinguishes this campaign from most if not all others, however, is the fact that the images are being used under the Creative Commons “Attribution” licenses without the knowledge or consent of the persons depicted in the photos. The license was designed to provide a less restrictive alternative to the full copyright protections that immediately attach to an “original work of authorship”—*e.g.*, a photograph—by enabling the creator to authorize uses that would otherwise violate a standard copyright.

12. It does not, however, eviscerate or supplant a person’s independent right of privacy. The license dictates the manner in which third parties may use the protected work, while privacy rights protect the images and likenesses of the people depicted in the work (*i.e.*, the subject of a photograph).

13. Alison Chang is a sixteen year old high school student who, like many other Flickr users, recently discovered that Virgin Mobile has been using an image of her obtained from a photograph posted on Flickr to promote free text messaging on a billboard in Australia. Superimposed over an image of Alison holding a peace sign is the slogan “Dump Your Pen Friend.” A photograph of the billboard is attached hereto as Exhibit “A.” The photograph was taken on April 21, 2007 by Alison’s youth counselor, Justin Wong, who, using a creative commons attribution license, published the photo on his Flickr page that same day. Several weeks later, Alison received an email from one of her friends with an image of the billboard attached.

14. The photograph immediately incited the interest of news stations, legal commentators, and website bloggers across the world—primarily because Alison is the only minor depicted in the campaign. And in a matter of months, Alison was transformed from a

normal high school student to the “dump your pen friend girl” whose name generates over a hundred responsive links on Google. Although Alison, like most teenage girls her age, tried at all costs to avoid humiliating and embarrassing situations, because of Virgin Mobile’s opportunistic conduct, she now faces them every day.

15. Virgin Mobile continues, nonetheless, to defend its unauthorized use of the images by offering mere subterfuge and pretext: “[f]eaturing Flickr imagery in our communications is part of our ongoing commitment to champion the spontaneous and genuine nature of the photographs of Flickr. We see Flickr as a vibrant, contemporary, online community and resource and that the spirit of the creative commons agreement matches Virgin’s philosophy, as well as the inclusive nature of our “Are you with us or what?” campaign.”

COUNT I
INVASION OF PRIVACY

16. All preceding paragraphs are incorporated as if set forth fully herein.

17. Virgin Mobile willfully misappropriated Alison’s name and likeness without her consent by using a photograph of her holding a peace sign in connection with its “Are you with us or what” campaign. In using this photograph, Virgin Mobile implicitly represented to the public that Alison consented to the use of her likeness to endorse Virgin Mobile’s products, when, in fact, she had no knowledge that her image was being used.

18. Virgin Mobile intentionally misappropriated Alison’s likeness and image for its own use and benefit. More specifically, Alison’s image enhanced the advertising campaign because she possesses certain immutable characteristics—such as her age and appearance—that appeal to and attract Virgin Mobile’s target demographic.

19. As a direct and proximate result of Virgin Mobile's opportunistic and unauthorized misappropriation of Alison's photograph, she has permanently lost the exclusive right of control over her image and likeness. Virgin Mobile's actions have also caused her to experience and suffer humiliation, severe embarrassment, frustration, grief, and general mental anguish damages, all of which, in reasonable probability, will subsist in the future. Furthermore, Alison has sustained damage and injury to her reputation and good name in the community, which exposes her to contempt and ridicule among her peers, neighbors, relatives and friends, and impairs, among other things, her ability to gain acceptance to universities of her choice.

20. Moreover, Virgin Mobile has been unjustly enriched by Alison, as her image and likeness promoted and enhanced Virgin Mobile's business activities, including its "Are you with us or what" campaign, by appealing to its target demographic, entitling her to recover the amount by which Virgin Mobile has been unjustly enriched.

21. As Virgin Mobile intentionally and maliciously violated Alison's right of privacy through misappropriating her image and likeness without the necessary consent, she seeks exemplary damages in a sum within the jurisdictional limits of this Court.

COUNT II
LIBEL PER SE

22. All preceding paragraphs are incorporated as if set forth fully herein.

23. The publication of Alison's image along with the caption "Dump your pen friend" is libelous, injuring Alison's reputation and, thereby, subjecting her to public contempt, embarrassment, humiliation, and disgrace.

24. Virgin Mobile's defamation of Alison through this graphic and insulting form was so obviously hurtful on its face that it constitutes libel per se and could reasonably be calculated

to cause injury to her reputation and good name, for which she seeks actual damages within the jurisdictional limits of this Court.

25. In publishing her photograph under the caption “Dump your pen friend,” Virgin Mobile acted with malice, intending to subject Alison to public humiliation, disgrace and embarrassment. As a result of Virgin Mobile’s false and libelous statements, Alison is also entitled to exemplary damages pursuant to Tex. Civ. Prac. & Rem. Code §41.001(7) and §41.003(a)(2).

COUNT III
LIBEL PER QUAD

26. All preceding paragraphs are incorporated as if set forth fully herein.

27. Virgin Mobile further defamed Alison by encouraging, through innuendo, those who viewed the campaign to end their friendship with anyone that bears a resemblance to Alison. The statement “Dump your pen friend,” is particularly harmful given that Alison is a sixteen year old high school student, who is highly influenced by and susceptible to peer ridicule and opinion.

28. Virgin Mobile acted with malice in publishing Alison’s photograph and, as a result, caused her to experience public humiliation, embarrassment and damage to her reputation and good name in the community.

COUNT IV
BREACH OF CONTRACT

29. All preceding paragraphs are incorporated as if set forth fully herein.

30. Justin Wong entered into a valid and enforceable license contract with Virgin Mobile when the latter downloaded the photograph of Alison Chang from Flickr. The contractual license agreement is entitled “Creative Commons Attribution 2.0.” A copy of the license is attached hereto as Exhibit “B.” Because Justin Wong entered into a valid and

enforceable contract with Virgin Mobile, he has standing to bring this breach of contract action against Virgin Mobile.

31. Under the express terms of the license contract, Virgin Mobile was obligated, *inter alia*, to attribute Justin Wong as the photographer of the picture. Virgin Mobile failed to comply with this obligation, thereby breaching the terms of the contract.

32. Section 7(a) of the contract specifically states that “[t]his License and the rights granted hereunder will terminate automatically upon any breach by You of the terms of this License.” It therefore follows that when Virgin Mobile breached the contract by posting the photograph of Alison Chang without properly attributing the photographer and licensor, Justin Wong, the contract terminated, which thereby abrogated any rights that were otherwise granted to Virgin Mobile under the terms of the license.

33. As a result of Virgin Mobile’s breach of the license agreement, Justin Wong has suffered injury and damages, entitling him to an award of compensatory, consequential and other damages, along with his attorney’s fees and costs.

COUNT V
NEGLIGENCE

34. All preceding paragraphs are incorporated as if set forth fully herein.

35. Creative Commons owed a duty to Justin Wong, as a user and beneficiary of its license. Creative Commons breached this duty by failing, among other things, to adequately educate and warn him, as a user of the Creative Commons Attribution license, of the meaning of commercial use and the ramifications and effects of entering into a license allowing such use. As a result, Justin Wong has suffered damages proximately caused by Creative Commons’s acts and omissions.

CONDITIONS PRECEDENT

36. Any conditions precedent to Plaintiff's right to recover have been performed or occurred

JURY DEMAND


37. Plaintiffs request a trial by jury.

PRAYER

38. WHEREFORE, Plaintiff respectfully requests the following relief:

1. That Defendant be cited to appear and answer herein;
2. That upon final trial hereof, Plaintiffs recover judgment against Defendant for all damages incurred as a result of Defendant's wrongful conduct, as alleged herein;
3. That upon a final trial hereof, costs be taxed against Defendant;
4. That upon a final trial hereof, Plaintiffs recover all pre and post judgment interest allowed by law;
5. That upon a final trial hereof, Plaintiff recover such other and further relief, general or special, legal or equitable, to which it may justly be entitled.

Respectfully submitted,



Ryan H. Zehl
Texas State Bar No. 24047166
Bryant A. Fitts
Texas State Bar No. 24040904
FITTS ZEHL LLP
5065 Westheimer Rd., Suite 700
Houston, Texas 77056
Telephone 713.491.6064
Facsimile 713-583-1492

Attorneys for Plaintiff Susan Chang, next
friend of Alison Chang, a Minor, and Justin
Ho-Wee Wong

EXHIBIT “A”

Exhibit A

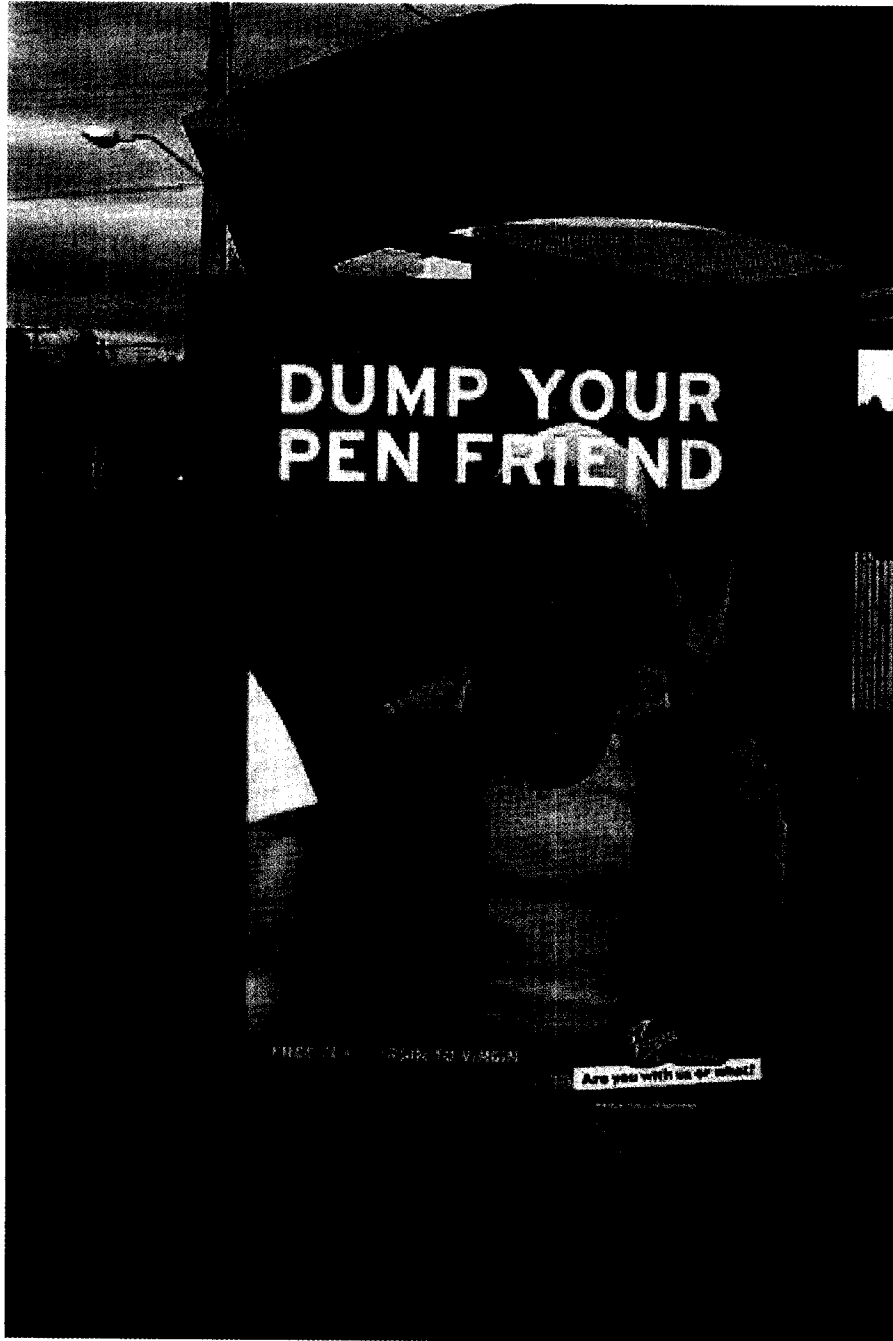


EXHIBIT “B”



Attribution 2.0

CREATIVE COMMONS CORPORATION IS NOT A LAW FIRM AND DOES NOT PROVIDE LEGAL SERVICES. DISTRIBUTION OF THIS LICENSE DOES NOT CREATE AN ATTORNEY-CLIENT RELATIONSHIP. CREATIVE COMMONS PROVIDES THIS INFORMATION ON AN "AS-IS" BASIS. CREATIVE COMMONS MAKES NO WARRANTIES REGARDING THE INFORMATION PROVIDED, AND DISCLAIMS LIABILITY FOR DAMAGES RESULTING FROM ITS USE.

License

THE WORK (AS DEFINED BELOW) IS PROVIDED UNDER THE TERMS OF THIS CREATIVE COMMONS PUBLIC LICENSE ("CCPL" OR "LICENSE"). THE WORK IS PROTECTED BY COPYRIGHT AND/OR OTHER APPLICABLE LAW. ANY USE OF THE WORK OTHER THAN AS AUTHORIZED UNDER THIS LICENSE OR COPYRIGHT LAW IS PROHIBITED.

BY EXERCISING ANY RIGHTS TO THE WORK PROVIDED HERE, YOU ACCEPT AND AGREE TO BE BOUND BY THE TERMS OF THIS LICENSE. THE LICENSOR GRANTS YOU THE RIGHTS CONTAINED HERE IN CONSIDERATION OF YOUR ACCEPTANCE OF SUCH TERMS AND CONDITIONS.

1. Definitions

- a. **"Collective Work"** means a work, such as a periodical issue, anthology or encyclopedia, in which the Work in its entirety in unmodified form, along with a number of other contributions, constituting separate and independent works in themselves, are assembled into a collective whole. A work that constitutes a Collective Work will not be considered a Derivative Work (as defined below) for the purposes of this License.
- b. **"Derivative Work"** means a work based upon the Work or upon the Work and other pre-existing works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which the Work may be recast, transformed, or adapted, except that a work that constitutes a Collective Work will not be considered a Derivative Work for the purpose of this License. For the avoidance of doubt, where the Work is a musical composition or sound recording, the synchronization of the Work in timed-relation with a moving image ("synching") will be considered a Derivative Work for the purpose of this License.
- c. **"Licensor"** means the individual or entity that offers the Work under the terms of this License.
- d. **"Original Author"** means the individual or entity who created the Work.
- e. **"Work"** means the copyrightable work of authorship offered under the terms of this License.

- f. **"You"** means an individual or entity exercising rights under this License who has not previously violated the terms of this License with respect to the Work, or who has received express permission from the Licensor to exercise rights under this License despite a previous violation.

2. Fair Use Rights. Nothing in this license is intended to reduce, limit, or restrict any rights arising from fair use, first sale or other limitations on the exclusive rights of the copyright owner under copyright law or other applicable laws.

3. License Grant. Subject to the terms and conditions of this License, Licensor hereby grants You a worldwide, royalty-free, non-exclusive, perpetual (for the duration of the applicable copyright) license to exercise the rights in the Work as stated below:

- a. to reproduce the Work, to incorporate the Work into one or more Collective Works, and to reproduce the Work as incorporated in the Collective Works;
- b. to create and reproduce Derivative Works;
- c. to distribute copies or phonorecords of, display publicly, perform publicly, and perform publicly by means of a digital audio transmission the Work including as incorporated in Collective Works;
- d. to distribute copies or phonorecords of, display publicly, perform publicly, and perform publicly by means of a digital audio transmission Derivative Works.
- e. For the avoidance of doubt, where the work is a musical composition:
 - i. **Performance Royalties Under Blanket Licenses.** Licensor waives the exclusive right to collect, whether individually or via a performance rights society (e.g. ASCAP, BMI, SESAC), royalties for the public performance or public digital performance (e.g. webcast) of the Work.
 - ii. **Mechanical Rights and Statutory Royalties.** Licensor waives the exclusive right to collect, whether individually or via a music rights agency or designated agent (e.g. Harry Fox Agency), royalties for any phonorecord You create from the Work ("cover version") and distribute, subject to the compulsory license created by 17 USC Section 115 of the US Copyright Act (or the equivalent in other jurisdictions).
- f. **Webcasting Rights and Statutory Royalties.** For the avoidance of doubt, where the Work is a sound recording, Licensor waives the exclusive right to collect, whether individually or via a performance-rights society (e.g. SoundExchange), royalties for the public digital performance (e.g. webcast) of the Work, subject to the compulsory license created by 17 USC Section 114 of the US Copyright Act (or the equivalent in other jurisdictions).

The above rights may be exercised in all media and formats whether now known or hereafter devised. The above rights include the right to make such modifications as are technically necessary to exercise the rights in other media and formats. All rights not expressly granted by Licensor are hereby reserved.

4. Restrictions. The license granted in Section 3 above is expressly made subject to and limited by the following restrictions:

- a. You may distribute, publicly display, publicly perform, or publicly digitally perform

the Work only under the terms of this License, and You must include a copy of, or the Uniform Resource Identifier for, this License with every copy or phonorecord of the Work You distribute, publicly display, publicly perform, or publicly digitally perform. You may not offer or impose any terms on the Work that alter or restrict the terms of this License or the recipients' exercise of the rights granted hereunder. You may not sublicense the Work. You must keep intact all notices that refer to this License and to the disclaimer of warranties. You may not distribute, publicly display, publicly perform, or publicly digitally perform the Work with any technological measures that control access or use of the Work in a manner inconsistent with the terms of this License Agreement. The above applies to the Work as incorporated in a Collective Work, but this does not require the Collective Work apart from the Work itself to be made subject to the terms of this License. If You create a Collective Work, upon notice from any Licensor You must, to the extent practicable, remove from the Collective Work any reference to such Licensor or the Original Author, as requested. If You create a Derivative Work, upon notice from any Licensor You must, to the extent practicable, remove from the Derivative Work any reference to such Licensor or the Original Author, as requested.

- b. If you distribute, publicly display, publicly perform, or publicly digitally perform the Work or any Derivative Works or Collective Works, You must keep intact all copyright notices for the Work and give the Original Author credit reasonable to the medium or means You are utilizing by conveying the name (or pseudonym if applicable) of the Original Author if supplied; the title of the Work if supplied; to the extent reasonably practicable, the Uniform Resource Identifier, if any, that Licensor specifies to be associated with the Work, unless such URI does not refer to the copyright notice or licensing information for the Work; and in the case of a Derivative Work, a credit identifying the use of the Work in the Derivative Work (e.g., "French translation of the Work by Original Author," or "Screenplay based on original Work by Original Author"). Such credit may be implemented in any reasonable manner; provided, however, that in the case of a Derivative Work or Collective Work, at a minimum such credit will appear where any other comparable authorship credit appears and in a manner at least as prominent as such other comparable authorship credit.

5. Representations, Warranties and Disclaimer

UNLESS OTHERWISE MUTUALLY AGREED TO BY THE PARTIES IN WRITING, LICENSOR OFFERS THE WORK AS-IS AND MAKES NO REPRESENTATIONS OR WARRANTIES OF ANY KIND CONCERNING THE WORK, EXPRESS, IMPLIED, STATUTORY OR OTHERWISE, INCLUDING, WITHOUT LIMITATION, WARRANTIES OF TITLE, MERCHANTABILITY, FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE, NONINFRINGEMENT, OR THE ABSENCE OF LATENT OR OTHER DEFECTS, ACCURACY, OR THE PRESENCE OF ABSENCE OF ERRORS, WHETHER OR NOT DISCOVERABLE. SOME JURISDICTIONS DO NOT ALLOW THE EXCLUSION OF IMPLIED WARRANTIES, SO SUCH EXCLUSION MAY NOT APPLY TO YOU.

6. Limitation on Liability. EXCEPT TO THE EXTENT REQUIRED BY APPLICABLE LAW, IN NO EVENT WILL LICENSOR BE LIABLE TO YOU ON ANY LEGAL THEORY FOR ANY SPECIAL, INCIDENTAL, CONSEQUENTIAL, PUNITIVE OR EXEMPLARY DAMAGES ARISING OUT OF THIS LICENSE OR THE USE OF THE WORK, EVEN IF LICENSOR HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.

7. Termination

- a. This License and the rights granted hereunder will terminate automatically upon any breach by You of the terms of this License. Individuals or entities who have

received Derivative Works or Collective Works from You under this License, however, will not have their licenses terminated provided such individuals or entities remain in full compliance with those licenses. Sections 1, 2, 5, 6, 7, and 8 will survive any termination of this License.

- b. Subject to the above terms and conditions, the license granted here is perpetual (for the duration of the applicable copyright in the Work). Notwithstanding the above, Licensor reserves the right to release the Work under different license terms or to stop distributing the Work at any time; provided, however that any such election will not serve to withdraw this License (or any other license that has been, or is required to be, granted under the terms of this License), and this License will continue in full force and effect unless terminated as stated above.

8. Miscellaneous

- a. Each time You distribute or publicly digitally perform the Work or a Collective Work, the Licensor offers to the recipient a license to the Work on the same terms and conditions as the license granted to You under this License.
- b. Each time You distribute or publicly digitally perform a Derivative Work, Licensor offers to the recipient a license to the original Work on the same terms and conditions as the license granted to You under this License.
- c. If any provision of this License is invalid or unenforceable under applicable law, it shall not affect the validity or enforceability of the remainder of the terms of this License, and without further action by the parties to this agreement, such provision shall be reformed to the minimum extent necessary to make such provision valid and enforceable.
- d. No term or provision of this License shall be deemed waived and no breach consented to unless such waiver or consent shall be in writing and signed by the party to be charged with such waiver or consent.
- e. This License constitutes the entire agreement between the parties with respect to the Work licensed here. There are no understandings, agreements or representations with respect to the Work not specified here. Licensor shall not be bound by any additional provisions that may appear in any communication from You. This License may not be modified without the mutual written agreement of the Licensor and You.

Creative Commons is not a party to this License, and makes no warranty whatsoever in connection with the Work. Creative Commons will not be liable to You or any party on any legal theory for any damages whatsoever, including without limitation any general, special, incidental or consequential damages arising in connection to this license. Notwithstanding the foregoing two (2) sentences, if Creative Commons has expressly identified itself as the Licensor hereunder, it shall have all rights and obligations of Licensor.

Except for the limited purpose of indicating to the public that the Work is licensed under the CCPL, neither party will use the trademark "Creative Commons" or any related trademark or logo of Creative Commons without the prior written consent of Creative Commons. Any permitted use will be in compliance with Creative Commons' then-current trademark usage guidelines, as may be published on its website or otherwise made available upon request from time to time.

Creative Commons may be contacted at <http://creativecommons.org/>.

b. The successor to Virgin Mobile USA, LLC, Virgin Mobile USA, L.P., is a Delaware limited partnership with its principle place of business in New Jersey. Each of the partners of Virgin Mobile USA, L.P., were and remain entities possessing a citizenship other than Texas.

(1) The general partner of Virgin Mobile USA, L.P., is VMU GP1, LLC, a Delaware limited liability company with its principle place of business in New Jersey.

(2) The limited partners of Virgin Mobile USA, L.P., are Virgin Mobile, Inc., and Sprint Nextel Corporation. Virgin Mobile, Inc., is a Delaware corporation with its principle place of business in New Jersey. Sprint Nextel Corporation is a Kansas corporation with its principle place of business in Virginia.

c. Creative Commons Corporation is a Massachusetts non-profit corporation with its principal place of business in Massachusetts.

d. Virgin Mobile PTY, Ltd., is an Australian company, with its principal place of business in Australia.

3. This is a civil action. The original petition filed in the State court, a true copy of which has previously been filed in this Court by Virgin Mobile USA, L.P., alleges defendants are liable under various causes of action for actual, punitive damages and other relief. Although plaintiff's pleading does not allege a dollar amount of damages, the amount in controversy for each plaintiff exceeds \$75,000 per plaintiff. Virgin Mobile USA, L.P.'s Notice of Removal reflects a pre-suit demand by plaintiff in excess of \$75,000. *See also Allen v. R & H Oil & Gas Co.*, 63 F.3rd 1326, 1336 (5th Cir. 1995) (affirming the district court's denial of motion to remand, holding the Court may examine plaintiff's pleading and determine from the face of the pleading alone that it is "more likely than not" that damages will exceed the jurisdictional amount); *HWJ, Inc. v. Burling-*

ton Ins. Co., 926 F.Supp. 593, 595 (E.D. Tex. 1996) (court must first determine whether it is facially apparent from State court pleading that amount in controversy exceeds jurisdictional minimum). The Court may also determine the amount in controversy by examining the damage claims made, and the verdicts awarded, in similar cases. *E.g.*, *De Aguilar v. Boeing Co.*, 11 F.3rd 55, 58 (5th Cir. 1993); *Monticello Ins. Co. v. Patriot Security, Inc.*, 926 F.Supp. 97, 99 n. 9 (E.D. Tex. 1996) (court may draw upon damage awards in similar cases); *Carnahan v. Southern Pacific Railroad Trans. Co.*, 914 F.Supp. 1430, 1431 (E.D. Tex. 1995).

4. By virtue of diversity of citizenship and the amount in controversy the United States district courts have original jurisdiction over this case.

5. Cause No. 07-11386, in the 134th Judicial District Court, Dallas County, Texas, was served on defendant, or the original petition setting forth the claim for relief upon which this notice is based was otherwise first received by defendant, not more than thirty (30) days before the filing of this *Notice of Removal/Concurrence in Removal*, and this *Notice of Removal/Concurrence in Removal* is being filed within one year of the date suit was first filed in State court.

6. Virgin Mobile USA, L.P., has already filed a notice of removal, consenting to removal of the case to this Court.

7. Virgin Mobile PTY, Ltd., has not been served.

8. Copies of all process, pleadings and orders filed and served in the State court have previously been filed in this Court by Virgin Mobile USA, L.P. Similarly, notice of the removal has also previously been filed in the state court by Virgin Mobile USA, L.P.

CERTIFICATE OF SERVICE

I certify that one true and correct copy of the foregoing instrument was served on the following lead counsel of record by fax and by first class mail, postage prepaid, this 22nd day of October, 2007:

COUNSEL FOR PLAINTIFFS:

Ryan H. Zehl
Bryant A. Fitts
Fitts Zehl, L.L.P.
5065 Westheimer Rd.
Suite 700
Houston, Texas 77056

COUNSEL FOR VIRGIN MOBILE USA, L.P.

Michelle Davis
Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom, L.L.P.
2521 Springer Road
Midlothian, Texas 75065

_____/s/John L. Ross
John L. Ross

graph at a church social event² and posted it on an Internet photo-sharing Web site known as Flickr.³

B. CHANG’S CLAIMS AGAINST THE VIRGIN MOBILE DEFENDANTS:

Chang claims Virgin Mobile USA, LLC (“VM USA”)⁴ and Virgin Mobile PTY, Ltd. (“VM Australia”) misappropriated the photograph by downloading it from Flickr incorporating it into an advertising campaign for cellular telephone service⁵ and did so in a manner which Chang claims disparaged her.⁶ Chang alleges the actions of the Virgin Mobile defendants constitute (1) invasion of Chang’s privacy;⁷ (2) libel *per se*;⁸ and (3) libel *per quad*.⁹ ***Chang has not pleaded any claims against Creative Commons.***

C. THE PHOTOGRAPHER’S CLAIMS:

Creative Commons is a non-profit corporation which seeks to facilitate the sharing of scientific, creative, and intellectual works within and among the general public through such means as making available to the public free of charge various licensing agreements.¹⁰ The photographer, Wong, claims he

² Wong describes himself in the *Petition* as the girl’s “youth counselor.” *Petition*, ¶13.

³ See <http://www.flickr.com/>

⁴ As reflected in its *Notice of Removal* filed in this case, Virgin Mobile USA, L.P., is the successor to Virgin Mobile USA, LLC.

⁵ See “Dump Your Pen Friend” http://www.flickr.com/photo_exif.gne?id=515961023

⁶ Chang claims advertising slogans superimposed over the photograph were defamatory.

⁷ *Petition*, Count I.

⁸ *Petition*, Count II.

⁹ *Petition*, Count III.

¹⁰ See <http://creativecommons.org/about/license/>

posted Chang's photograph on Flickr subject to one of these licenses, *i.e.*, an "attribution license," which required users of the photograph to credit Wong for his "creation." See *Petition*, ¶¶11 and 12. Wong alleges the Virgin Mobile defendants entered into a binding licensing contract with him when they allegedly downloaded Chang's photograph from Flickr and claims they violated the licensing agreement by using the photograph in the advertising campaign "without properly attributing [*sic*] the photographer and licensor, Justin Wong." *Petition*, Count IV, p. 8.¹¹

Wong claims Creative Commons was "negligent" by:

failing, among other things, to adequately educate and warn him, as a user of the Creative Commons Attribution license, of the meaning of commercial use and the ramifications and effects of entering into a license allowing¹² such use.¹³

He summarily claims he suffered damage from his allegedly "inadequate education," but fails to specify in what manner or amount.

Wong's "negligence" claim is the only cause of action alleged by either plaintiff against Creative Commons.

Other facts necessary to disposition of the motion are incorporated in the *Argument*, below, where appropriate.

¹¹ Creative Commons disagrees with Wong's contention that use of its license created any contract between Wong and Virgin Mobile or any other user of materials posted by Wong to Flickr. However, resolution of that issue is immaterial to disposition of Creative Commons' motion to dismiss.

¹² Corrected from the original motion to read "allowing such use" rather than "without such use."

¹³ *Petition*, Count V, p. 8.

I.

AS A MATTER OF LAW, PERSONAL JURISDICTION IS LACKING OVER CREATIVE COMMONS.

A. APPLICABLE LAW—MINIMUM CONTACTS NECESSARY:

Sitting in diversity, this Court may only exercise jurisdiction over a foreign corporation to the same extent as would Texas courts under the Texas long arm statute. See *Mark Trucks, Inc. v. Arrow Aluminum Castings Co.*, 510 F.2nd 1029, 1031 (5th Cir. 1975); CIV. PRAC. & REM. CODE §17.042. Consequently, jurisdiction may be exercised over Creative Commons only if (1) the exercise of jurisdiction is authorized by the Texas long-arm statute; and (2) if so, if the exercise of jurisdiction comports with due process. *E.g.*, *Omni Capital Int'l v. Rudolf Wolff & Co.*, 484 U.S. 97, 103-111 (1987); *Dalton v. R & W Marine, Inc.*, 897 F.2nd 1359, 1361 (5th Cir. 1993); *G&H Partners v. Boer Goats Intern.*, 896 F.Supp. 660, 663 (W.D. Tex. 1995); *Schlobohm v. Schapiro*, 784 S.W.2nd 355, 356 (Tex. 1990); FED. R. CIV. P. TEX. 4; CIV. PRAC. & REM. CODE §17.042.

Because the Texas long-arm statute is construed to reach as broadly as due process permits, *e.g.*, *Docutel Corp. v. S.A. Matra*, 464 F.Supp. 1209, 1217 (N.D. Tex. 1979); *U-Anchor Adver. Inc. v. Burt*, 553 S.W.2nd 760, 762 (Tex. 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 1063 (1978), the two issues merge into a single due process inquiry. *E.g.*, *Ham v. La Cienega Music Co.*, 4 F.3rd 413 (5th Cir. 1993).

The due process question is, in turn, itself a two-part inquiry. First, the Court must determine whether the defendant has engaged in “certain minimum contacts with [the forum state] such that the maintenance of the suit does not offend ‘traditional notions of fair play and substantial justice.’” *Villar*, 990 F.2nd at 1496, *citing International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945). Second, “[e]ven where such ‘minimum contacts’ exist, we also inquire whether requiring a defendant to litigate in the forum state would be un-

fair.” *Dalton v. R&W Marine, Inc.*, 897 F.2nd 1359, 1361 (5th Cir. 1990). The burden is on plaintiff to make a *prima facie* showing of personal jurisdiction. *E.g.*, *Rittenhouse v. Mabry*, 832 F.2nd 1380, 1382 (5th Cir. 1987); *G&H Partners*, 896 F.Supp. at 665.

B. “SPECIFIC” VS. “GENERAL” JURISDICTION:

“The minimum contacts the Constitution requires depend on whether the court is asserting specific or general jurisdiction over the defendant.” *Villar*, 990 F.2nd at 1496. When a cause of action arises out of a defendant’s purposeful contacts with the forum state, the jurisdiction is “specific.” *E.g.*, *Dalton*, 897 F.2nd at 1361; *Conner v. ContiCarriers and Terminals, Inc.*, 944 S.W.2nd 405, 410 (Tex. App.—Houston [14th Dist.] 1997, *no writ*). “For specific jurisdiction, the defendant must have purposely directed his activities at the resident of the forum and, the litigation must result from the alleged injuries that arise out of or relate to the defendant’s activities directed at the forum.” *Coats v. Penrod Drilling Corp.*, 5 F.3rd 877, 884 (5th Cir. 1993); *accord ContiCarriers*, 944 S.W.2nd at 410. “The focus is on the relationship between the defendant, the forum, and the litigation.” *Coats*, 5 F.3rd at 884.

“Where a cause of action does not arise out of a foreign defendant’s purposeful contacts with the forum, however, due process requires that the defendant have engaged in ‘continuous and systematic contacts’ in the forum to support the exercise of ‘general’ jurisdiction.” *Dalton*, 897 F.2nd at 1361-62, *citing Helicopteros Nacionales de Columbia, S.A. v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984). Because general jurisdiction involves the exercise of jurisdiction over a claim unrelated to the defendant’s contacts with the forum, “contacts of a more extensive quality and nature are required.” *Dalton*, 897 F.2nd at 1362.

C. PLAINTIFF’S CLAIM AGAINST CREATIVE COMMONS DEPENDS ON GENERAL JURISDICTION, AND AS A MATTER OF LAW PERSONAL JURISDICTION IS LACKING:

Creative Commons, a non-profit corporation, conducts no business in Texas. It has no facilities nor any employees located in Texas. Accordingly, the sole negligence claim alleged in this case does not arise out of any purposeful contact of Creative Commons with the State of Texas. No contractual or any other relationship exists—or is alleged to exist—between Creative Commons and either plaintiff. Jurisdiction is predicated *solely* on the existence the fact Creative Commons’ passive, informational Internet Web site is accessible from Texas—as it is from anywhere else in the world. As a matter of law, the mere fact a passive Internet Web site is accessible from Texas is insufficient to support jurisdiction. *E.g., Carpenter v. Exelon Corp.*, ___ S.W.3rd ___, 2007 WL 3071998 (Tex. App.—Houston [14th] Oct. 23, 2007, *n.p.h.*); *Weldon Francke v. Fisher*, 2007 WL 2592990 (Tex. App.—Houston [14th] Sept. 11, 2007, *n.p.h.*).

D. REQUIRING CREATIVE COMMONS TO LITIGATE IN TEXAS WOULD BE CONSTITUTIONALLY UNFAIR:

Even assuming, *arguendo*, sufficient contacts with Texas to meet the first part of the due process analysis, the Court must “also inquire whether requiring a defendant to litigate in the forum state would be unfair.” *Dalton*, 897 F.2nd at 1361. In this case, requiring Creative Commons to litigate in Texas would offend traditional notions of fair play and substantial justice.

Plaintiff judicially admits Creative Commons is a Massachusetts non-profit corporation with its principal place of business in Massachusetts, *Petition*, ¶5. Creative Commons’ employees and records are located in California. Accordingly, forcing Creative Commons—a non-profit corporation—to incur the expense and inconvenience of litigating Wong’s claim in Texas would not comport with due process.

II.

AS A MATTER OF LAW, COUNT V OF THE *PETITION* FAILS TO STATE A CLAIM ON WHICH RELIEF CAN BE GRANTED:

A. APPLICABLE LAW—FED. R. CIV. P. 12(B)(6) MOTIONS:

The Fifth Circuit recently succinctly stated the standards for evaluating a Rule 12(b)(6) motion in light of the Supreme Court's decision in *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, ___ U.S. ___, 127 S.Ct. 1955, 167 L.Ed.2nd 929 (2007). See *Cuvillier v. Taylor*, ___ F.3rd ___, 2007 WL 2892970 (5th Cir. Oct. 5, 2007) at 2:

To survive a Rule 12(b)(6) motion to dismiss, a complaint “does not need detailed factual allegations,” but must provide the plaintiff's grounds for entitlement to relief—including factual allegations that when assumed to be true “raise a right to relief above the speculative level.” *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, ___ U.S. ___, 127 S.Ct. 1955, 1964-65, 167 L.Ed.2nd 929 (2007).¹⁴ Conversely, “when the allegations in a complaint, however true, could not raise a claim of entitlement to relief, ‘this basic deficiency should . . . be exposed at the point of minimum expenditure of time and money by the parties and the court.’” *Twombly*, 127 S.Ct. at 1966 (quoting 5 CHARLES ALAN WRIGHT & ARTHUR R. MILLER, *Federal Practice and Procedure* §1216, at 234) (quoting *Daves v. Hawaiian Dredging Co.*, 114 F.Supp. 643, 645 (D. Ha. 1953) (internal quotation marks omitted)).

“[A] plaintiff's obligation to provide the ‘grounds’ of his ‘entitle[ment] to relief’ requires more than labels and conclusions, and a formalistic recitation of the elements of a cause of action will not do.” *Twombly*, 127 S.Ct. at 1964-65.

In this case, Wong's allegations are no more than a formalistic recitation of the elements of negligence and are insufficient as a matter of law.

¹⁴ In *Twombly*, the Supreme Court disapproved of the long-used test for Rule 12(b)(6) motions, *i.e.*, whether the plaintiff could “prove no set of facts in support of his claim which would entitle him to relief,” contained in *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 45-46, 78 S.Ct. 99, 2 L.Ed.2nd 80 (1957), stating “[t]he phrase is best forgotten as an incomplete, negative gloss on an accepted pleading standard.” *Id.*

B. APPLICABLE LAW—NEGLIGENCE CLAIMS REQUIRE EXISTENCE OF A DUTY:

A cause of action for negligence has three elements under Texas law: (1) a legal duty owed by the defendant to the plaintiff; (2) a breach of that duty; and (3) damages proximately caused by the breach. *E.g.*, *Van Horn v. Chambers*, 970 S.W.2nd 542, 544 (Tex. 1998). “The threshold inquiry in a negligence case is duty.” *Greater Houston Transp. Co. v. Phillips*, 801 S.W.2nd 523, 525 (Tex. 1990). The existence of a duty is a question of law for the trial court. *Id.*

C. AS A MATTER OF LAW, WONG’S ALLEGATIONS FAIL TO STATE A CLAIM FOR NEGLIGENCE:

As a matter of law, Count V of the *Petition* fails to allege any basis for imposing any legal duty on Creative Commons. The sole basis claimed by Wong for creation of any “duty” allegedly owed by Creative Commons to Wong is the wholly conclusory, formalistic contention in ¶35 of the *Petition*: “Creative Commons owed a duty to Justin Wong, as a user and beneficiary of its license.” As a matter of law, Wong’s contention is nothing more than a wholly insufficient “formalistic recitation of the [duty] element[]” of negligence.” *Twombly, supra*. *See also Papasan v. Allain*, 478 U.S. 265, 286, 106 S.Ct. 2932, 92 L.Ed.2nd 209 (1986) (on a motion to dismiss, courts “are not bound to accept as true a legal conclusion couched as a factual allegation”). In fact, Wong’s pleading specifically **negates** the existence of any duty.

First, the license used by Wong—which the photographer has attached to and incorporated into his pleading (*see Petition*, ¶30)—expressly *disclaims* any duties at the very outset of the document. *See Petition*, Exhibit B (caps original):

CREATIVE COMMONS CORPORATION IS NOT A LAW FIRM AND DOES NOT PROVIDE LEGAL SERVICES. DISTRIBUTION OF THIS LICENSE DOES NOT CREATE AN ATTORNEY-CLIENT RELATIONSHIP. CREATIVE COMMONS PROVIDES THIS INFORMATION ON AN “AS-IS” BA-

SIS. CREATIVE COMMONS MAKES NO WARRANTIES REGARDING THE INFORMATION PROVIDED, AND DISCLAIMS LIABILITY FOR DAMAGES RESULTING FROM ITS USE.

Second, there is *no* contractual or other relationship whatsoever between Wong and Creative Commons. Indeed, the license expressly *negates* any contractual relationship and expressly excludes all liability. *Id.*, Exhibit B, p.5:

Creative Commons is not a party to this License, and makes no warranty whatsoever in connection with the Work. Creative Commons will not be liable to You or any party on any legal theory for any damages whatsoever, including without limitation any general, special, incidental or consequential damages arising in connection to this license.

As an attachment to Wong's pleading, the license is a part of the *Petition* for all purposes, *e.g.*, *Fed. R. Civ. P.* 10(c),¹⁵ and Wong is, therefore, judicially bound by its terms. *E.g.*, *Johnson v. Houston's Restaurant, Inc.*, 167 Fed. Appx. 393, 395 (5th Cir. 2006); *White v. ARCO/Polymers, Inc.*, 710 F.2nd 1391, 1396 (5th Cir. 1983) ("Normally, factual assertions in pleadings and pretrial orders are considered to be judicial admissions, conclusively binding on the party who made them."); *Bank One, Texas, N.A. v. Prudential Ins. Co. of America*, 939 F.2nd 533, 541 (N.D. Tex. 1996) (Fitzwater, J.; same).

Plaintiff cannot cite any authority whatsoever to support the proposition Creative Commons had any legal duty to "educate and warn" Wong regarding the "meaning" of the license he chose to use; particularly so, in light of the express disclaimers contained in the document. Taken to its logical conclusion, Wong's conclusory "duty" contention would mean a local public library has a duty to "educate" Wong concerning the meaning of a book he might check out of the library. No such duty exists. To the contrary, under Texas law, Wong had a duty to *read* the license—including the disclaimers—and is conclusively pre-

¹⁵ "A copy of any written instrument which is an exhibit to a pleading is a part thereof for all purposes."

sumed to have knowledge of, and to have consented to, its terms and conditions, including the disclaimers and limitations on liability.

CONCLUSIONS AND REQUESTED RELIEF

For all of the foregoing reasons, the motion to dismiss should be granted and Creative Commons should be dismissed as a party to this lawsuit.

Respectfully Submitted,

_____/s/_____

JOHN L. ROSS

Texas State Bar No. 17303020

DERRICK G. PARKER

Texas State Bar No. 24044928

THOMPSON, COE, COUSINS, & IRONS, L.L.P.

700 North Pearl Street

Suite 2500

Dallas, Texas 75201

Telephone: (214) 871-8206

Fax: (214) 871-8209

ATTORNEYS FOR DEFENDANT

CERTIFICATE OF SERVICE

I certify that one true and correct copy of the foregoing instrument was served on the following lead counsel of record by fax and by first class mail, postage prepaid, this 30th day of October, 2007:

COUNSEL FOR PLAINTIFFS:

Ryan H. Zehl
Bryant A. Fitts
Fitts Zehl, L.L.P.
5065 Westheimer Rd.
Suite 700
Houston, Texas 77056

COUNSEL FOR VIRGIN MOBILE USA, L.P.

Michelle Davis
Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom, L.L.P.
2521 Springer Road
Midlothian, Texas 75065

_____/s/_____
DERRICK G. PARKER

UNITED STATES DISTRICT COURT
NORTHERN DISTRICT OF TEXAS
DALLAS DIVISION

SUSAN CHANG, AS NEXT FRIEND OF	§	
A.C., A MINOR, AND	§	
JUSTIN HO-WEE WONG,	§	
	§	
Plaintiffs,	§	
	§	
v.	§	No. 3:07-CV-1767-D
	§	
VIRGIN MOBILE USA, LLC.,	§	
VIRGIN MOBILE PTY LTD., AND	§	
CREATIVE COMMONS CORPORATION,	§	
	§	
Defendants.	§	

**STIPULATION OF PLAINTIFFS AND
DEFENDANT VIRGIN MOBILE USA, L.P.**

Defendant Virgin Mobile USA, L.P. ("Virgin Mobile USA")¹ and Plaintiffs Susan Chang, as Next Friend of A. C., a Minor, and Justin Ho-Wee Wong ("Plaintiffs") stipulate as follows:

1. In order to give Plaintiffs' counsel a further opportunity to comply with the obligations imposed under FED. R. CIV. P. 11 concerning the maintenance of this lawsuit against Virgin Mobile USA the parties have agreed to allow limited discovery and extend the time for which Virgin Mobile USA must answer or otherwise plead in response to Plaintiffs' Petition herein.

2. Plaintiffs shall have until November 9, 2007 to serve written interrogatories on Virgin Mobile USA concerning its activities with respect to Plaintiffs'

¹ Plaintiff named as defendant Virgin Mobile USA, LLC. On October 11, 2007, Virgin Mobile USA, LLC merged into a new entity known as Virgin Mobile USA, L.P.

claims and the nature of its relationship with Virgin Mobile Pty Ltd., which discovery shall be answered by November 23, 2007.

3. Virgin Mobile USA shall not be required to answer or otherwise plead in response to Plaintiffs' Petition herein until no sooner than December 7, 2007.

Dated: October 30, 2007

Respectfully submitted,

/s/ Noelle M. Reed

Noelle M. Reed
nreed@skadden.com
State Bar of Texas 24044211
SKADDEN, ARPS, SLATE,
MEAGHER & FLOM LLP
1000 Louisiana, Suite 6800
Houston, TX 77002
(713) 655-5160 (Telephone)
(888) 329-2286 (Facsimile)

Michelle L. Davis*
State Bar No. 24038854
midavis@skadden.com
SKADDEN, ARPS, SLATE,
MEAGHER & FLOM LLP
2521 Springer Road
Midlothian, Texas 76065
(972) 723-6370 (Telephone)
(888) 329-3350 (Facsimile)
*A resident of the Dallas Division of the
Northern District of Texas and a member
of the Bar of this Court.

OF COUNSEL:

Anthony J. Dreyer
Court ID No. 3571
(*Pro hac vice* motion forthcoming)
SKADDEN, ARPS, SLATE,
MEAGHER & FLOM LLP
Four Times Square
New York, NY 10036
(212) 735-3000 (Telephone)
(212) 735-2000 (Facsimile)

**ATTORNEYS FOR DEFENDANT
VIRGIN MOBILE USA, L.P.**

/s/ Ryan H. Zehl

Ryan H. Zehl
Bryant A. Fitts
FITTS ZEHL LLP
5065 Westheimer Rd., Suite 700
Houston, Texas 77056
(713) 491-6064 (Telephone)
(713) 583-1492 (Facsimile)

ATTORNEYS FOR PLAINTIFFS

SO ORDERED this _____ day of October, 2007.

JUDGE SIDNEY A. FITZWATER

CERTIFICATE OF SERVICE

I hereby certify that on October 30, 2007, I electronically filed the foregoing document with the Clerk of Court for the U.S. District Court, Northern District of Texas, Dallas Division using the electronic case filing system of the Court. The electronic case filing system sent a “Notice of Electronic Filing” to the following attorneys of record who have consented in writing to accept this Notice as service of this document by electronic means. All others were served a copy via U.S. mail:

John L. Ross
Derrick G. Parker
THOMPSON, COE, COUSINS & IRONS, L.L.P.
700 North Pearl Stret
Suite 2500
Dallas, Texas 75201

/s/ Noelle M. Reed

Noelle M. Reed

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT
FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS
DALLAS DIVISION

SUSAN CHANG, AS NEXT FRIEND OF §
A. C., A MINOR, AND §
JUSTIN HO-WEE WONG, §

PLAINTIFFS, §

VS. §

No. 3:07-CV-01767

VIRGIN MOBILE USA, LLC, §
VIRGIN MOBILE PTY, LTD., AND §
CREATIVE COMMONS CORPORATION, §

DEFENDANTS. §

**CREATIVE COMMONS CORPORATION'S AMENDED MOTION FOR
RULE 11 SANCTIONS AND MEMORANDUM IN SUPPORT**

MOTION FOR RULE 11 SANCTIONS

Pursuant to *Fed. R. Civ. P.* 11(c)(1)(A), Creative Commons Corporation (“Creative Commons”), files the following *Amended Motion for Rule 11 Sanctions and Memorandum in Support*. The motion is being made because plaintiffs’ counsel have (1) included Creative Commons as a defendant in this lawsuit (a) despite the clear absence of personal jurisdiction and (b) based on a claim which, as a matter of law, was not warranted by a good faith basis in law or fact; and (2) persisted in pursuing the claim, refusing to voluntarily dismiss Creative Commons, despite having been afforded the opportunity to take advantage of Rule 11’s “safe harbor.” The motion is based on the following grounds:

1. For the reasons articulated in Creative Commons’ separately file *Amended [sic] Motion to Dismiss*:

- a. there is no personal jurisdiction over Creative Commons in Texas; or
- b. no good faith basis existed in law or fact for Count V of plaintiffs' pleading.

2. For the reasons articulated in Creative Commons' separately filed *Amended [sic] Motion to Dismiss*, no good faith basis exists for persisting in:

- a. asserting personal jurisdiction over Creative Commons in Texas; or
- b. prosecution of Count V of plaintiffs' pleading.

MEMORANDUM IN SUPPORT OF THE MOTION FOR SANCTIONS

NO BASIS EXISTED FOR NAMING CREATIVE COMMONS IN THIS LAWSUIT, AND ANY REASONABLE INVESTIGATION BY PLAINTIFFS' COUNSEL WOULD HAVE DISCLOSED THE ABSENCE OF A BASIS FOR SUIT. WORSE, HOWEVER, IS THE CONTINUING RECALCITRANCE OF PLAINTIFF, WONG, AND HIS COUNSEL TO DISMISS CREATIVE COMMONS FROM THIS LAWSUIT.

A. RULE 11 STANDARDS:

Rule 11 (b), *Fed. R. Civ. P.*, states in relevant part (emphasis added):

By presenting to the court (***whether by signing, filing, submitting, or later advocating***) a pleading, written motion, or other paper, an attorney . . . is certifying that to the best of the person's knowledge, information, and belief, ***formed after an inquiry*** reasonable under the circumstances—

(1) ***it is not being presented for any improper purpose, such as to harass or to cause unnecessary delay or needless increase in the cost of litigation;***

(2) ***the claims . . . and other legal contentions therein are warranted by existing law*** or by a nonfrivolous argument for the extension, modification, or reversal of existing law or the establishment of new law;

(3) ***the allegations and other factual contentions have evidentiary support***

Three pre-filing duties are imposed on a party or its counsel by the certification made when signing, filing, or submitting a pleading, motion, or other

paper: (1) a *reasonable inquiry into the facts* which support the document; (2) a *reasonable inquiry into the law* such that the document embodies existing legal principles or a good faith argument for extension, modification, or reversal of existing law; and (3) refusal to interpose a motion for the purpose of delay, harassment, or increasing costs of litigation. *See, e.g., Thomas v. Capital Sec. Services, Inc.*, 836 F.2nd 866, 870 (5th Cir. 1988).

B. SANCTIONS ARE APPROPRIATE:

Two separate violations of Rule 11 have occurred.

The first was naming Creative Commons as a defendant in the suit, *ab initio*, when:

a. no basis existed for asserting personal jurisdiction over Creative Commons;

b. plaintiffs' counsel, *necessarily*, had to know no basis existed for Wong's negligence claim. Specifically, plaintiffs' pleading included as an exhibit and incorporated by reference the specimen license. Accordingly, plaintiffs' counsel *had* to know at the time suit was filed: (1) no contractual relationship existed between Wong and Creative Commons; (2) the license expressly disclaims all duties, warranties and liabilities; (3) the license is expressly made available "as-is;" and (4) any reasonable investigation of the law would have revealed no basis for contending Creative Commons owed Wong any legal duty.

c. Indeed, during a telephone conference between plaintiffs' counsel and Creative Commons' counsel on November 6, 2007, *Mr. Zehl expressly **admitted** he could not cite a single Texas case to support the existence of any duty owed by Creative Commons to Mr. Wong under the circumstances of this case.*

Second, plaintiffs' counsel have persisted in prosecuting Wong's baseless claim against Creative Commons despite having been provided with Creative Commons' *Amended [sic] Motion to Dismiss*, this motion for sanctions, and failing to dismiss Creative Commons as a party within twenty-one (21) days.

CONCLUSION AND REQUESTED RELIEF

For all of the foregoing reasons, defendant respectfully requests recovery of all attorney fees and expenses incurred in (a) filing the motion for sanctions, and (b) otherwise responding to plaintiffs' lawsuit.

Respectfully Submitted,

s/Derrick G. Parker

DERRICK G. PARKER

JOHN L. ROSS

Texas State Bar No. 17303020

DERRICK G. PARKER

Texas State Bar No. 24044928

THOMPSON, COE, COUSINS, & IRONS, L.L.P.

700 North Pearl Street

Suite 2500

Dallas, Texas 75201

Telephone: (214) 871-8206

Fax: (214) 871-8209

ATTORNEYS FOR DEFENDANT

CERTIFICATE OF CONFERENCE

I certify one true and correct copy of the foregoing instrument was served on plaintiffs' lead counsel of record, by fax and first-class mail, postage pre-paid, on the 6th day of November, 2007. The Rule 12(b) motion on which the foregoing motion is predicated was served on plaintiffs' counsel on October 29, 2007. Nevertheless, plaintiffs' counsel have failed to take advantage of Rule 11's "safe harbor" and dismiss Creative Commons as a party to this lawsuit.

s/Derrick G. Parker

DERRICK G. PARKER

CERTIFICATE OF SERVICE

I certify that one true and correct copy of the foregoing instrument was served on the following lead counsel of record by fax and by first class mail, postage prepaid, on the 6th day of November, 2007:

COUNSEL FOR PLAINTIFFS:

Ryan H. Zehl
Bryant A. Fitts
Fitts Zehl, L.L.P.
5065 Westheimer Rd.
Suite 700
Houston, Texas 77056

COUNSEL FOR VIRGIN MOBILE USA, L.P.

Michelle Davis
Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom, L.L.P.
2521 Springer Road
Midlothian, Texas 75065

More than twenty-one days having expired since the date of that service.

s/Derrick G. Parker
DERRICK G. PARKER

dum in Support and allowed to re-file said motion pursuant to the “safe harbor” provision.

Respectfully submitted,

s/Derrick G. Parker

JOHN L. ROSS

Texas State Bar No. 17303020

DERRICK G. PARKER

Texas State Bar No. 24044928

THOMPSON, COE, COUSINS, & IRONS, L.L.P.

700 North Pearl Street, Suite 2500

Dallas, Texas 75201

Telephone: (214) 871-8206

Facsimile: (214) 871-8209

ATTORNEYS FOR DEFENDANT

CERTIFICATE OF SERVICE

I hereby certify that, on the 15th day of November 2007, the foregoing document was electronically filed with the Clerk of the Court for the U.S. District Court, Northern District of Texas, using the electronic case filing system of the Court. The electronic case filing system sent a "Notice of Electronic Filing" to the following attorneys of record:

Ryan H. Zehl
Bryant A. Fitts
Fitts Zehl, L.L.P.
5065 Westheimer Road
Suite 700
Houston, Texas 77056

Michelle Davis
Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom, L.L.P.
2521 Springer Road
Midlothian, Texas 75065

Noelle M. Reed
Skadden Arps Slate Meagher & Flom, L.L.P.
1000 Louisiana Street, Suite 6800
Houston, Texas 77002-5026

Mark W. Romney
Shannon Gracey Ratliff & Miller
500 N. Akard, Suite 2575
Dallas, Texas 75201

Lisa H. Meyerhoff
Baker & McKenzie
Pennzoil Place
11 Louisiana, Suite 3400
Houston, Texas 77002

s/Derrick G. Parker
DERRICK G. PARKER

Mark W. Romney
State Bar No. 17225750
Shannon, Gracey, Ratliff
& Miller, LLP
500 N. Akard Street, Suite 2500
Dallas, Texas 75201
(214) 245-3062 (telephone)
(214) 245-3097 (facsimile)
mromney@shannongracey.com

ATTORNEYS FOR PLAINTIFFS

CERTIFICATE OF SERVICE

I hereby certify that a true and correct copy of the foregoing document has been served on the following counsel by certified mail, return receipt requested, on this 27 day of November, 2007.

Counsel for Defendant Virgin Mobile USA, L.P.

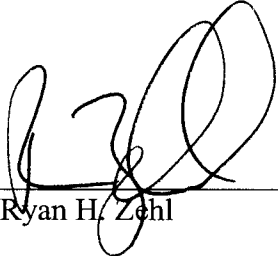
Noelle M. Reed
Skadden, Arps, Meagher & Flom
1000 Louisiana Street, Suite 6800
Houston, Texas 77002

Counsel for Defendant Creative Commons Corp.

John L. Ross
Thompson, Coe, Cousins & Irons, L.L.P.
700 N. Pearl Street, Twenty-fifth floor
Dallas, Texas 75201

Counsel for Defendant Virgin Mobile Pty Ltd.

Lisa H. Meyerhoff
Baker & McKenzie LLP
2001 Ross Ave.
Dallas, Texas 75201



Ryan H. Zehl

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT
FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS
DALLAS DIVISION

SUSAN CHANG, as Next Friend of §
ALISON CHANG, a Minor, et al., §
§
Plaintiffs, §
§ Civil Action No. 3:07-CV-1767-D
VS. §
§
VIRGIN MOBILE USA, LLC, et al., §
§
Defendants. §

MEMORANDUM OPINION
AND ORDER

Defendant's motion to dismiss presents questions concerning the court's constitutional power to exercise personal jurisdiction over an Australian defendant arising from its use in Australia of a photograph downloaded from a public photo-sharing website. Concluding that plaintiffs have failed to make the required prima facie showing of personal jurisdiction, the court grants defendant's motion and dismisses this action without prejudice.

I

Plaintiffs Susan Chang ("Chang"), as next friend of Alison Chang ("Alison"), a minor,¹ and Justin Ho-Wee Wong ("Wong") sued defendant Virgin Mobile Pty Ltd. ("Virgin Australia"), an Australian-based company, in Texas state court on claims for invasion of privacy, libel, breach of contract, and copyright

¹The parties have used Alison's name in publicly-available pleadings filed before and after the December 1, 2007 effective date of Fed. R. Civ. P. 5.2(a)(3), which prescribes the use of a minor's initials rather than her full name. The court will therefore do so as well.

infringement² based on Virgin Australia's use of an image of Alison ("the photograph") in its "Are You With Us or What" advertising campaign (the "Campaign").³ The case was removed to this court based on diversity jurisdiction, and Virgin Australia now moves to dismiss for lack of personal jurisdiction and insufficient service of process.⁴

Virgin Australia is an Australian company with its principal place of business in Sydney, New South Wales, Australia. Virgin Australia provides a range of mobile phone products and services, including prepaid and postpaid mobile phones. Its geographical area of operation is limited to the area of domestic Australia

²Plaintiffs also originally sued Virgin Mobile USA, LLC ("Virgin USA"), alleging the same claims alleged against Virgin Australia, and Creative Commons Corporation, alleging negligence in the creation of the licenses that governed the photographs placed on Flickr. Plaintiffs later voluntarily dismissed the actions against these defendants, and only Virgin Australia remains as a defendant.

³As the court explains below, *see infra* § II(B), the court accepts as true the uncontroverted allegations of plaintiffs' first amended petition and resolves in their favor any factual conflicts posed by the parties' affidavits. "When a court rules on a motion to dismiss for lack of personal jurisdiction without holding an evidentiary hearing, it must accept as true the uncontroverted allegations in the complaint and resolve in favor of the plaintiff any factual conflicts posed by the affidavits." *Latshaw v. Johnston*, 167 F.3d 208, 211 (5th Cir. 1999).

⁴Because the court grants Virgin Australia's motion to dismiss based on lack of personal jurisdiction, it need not address whether there was insufficient service of process.

covered by the Optus telecommunications network.⁵

In 2007 Virgin Australia launched the Campaign in select Australian cities, such as Sydney and Adelaide. The Campaign featured a collection of over 100 photographs downloaded at no cost to Virgin Australia from Yahoo!'s ("Yahoo's") public photo-sharing website, Flickr. Alison's photograph was taken by her church counselor, Wong, a resident of Fort Worth, Texas, who then published the photograph on Flickr under a Creative Commons Attribution 2.0 license agreement that provides for the most unrestricted use available to any worldwide user (including commercial use and no monetary payment).⁶ Virgin Australia used

⁵Virgin USA and Virgin Australia are distinct legal entities that are separately organized and operated. They have no connections, either by business relationship or by parent company ownership.

⁶The Creative Commons Attribution 2.0 license agreement provides, in relevant part:

Subject to the terms and conditions of this License, Licensor hereby grants You a worldwide, royalty-free, non-exclusive, perpetual (for the duration of the applicable copyright) license to exercise the rights in the Work as stated below:

- a. to reproduce the Work . . .
- c. to distribute copies . . . of,
display publicly . . . the Work
. . . .

The above rights may be exercised in all media and formats whether now known or hereafter devised

D. App. 42-43.

the photograph in an advertisement encouraging viewers to "DUMP YOUR PEN FRIEND" and advertising "FREE VIRGIN TO VIRGIN TEXTING." The advertisement was placed on bus shelter ad shells in major metropolitan areas in Australia. Virgin Australia never distributed the advertisement incorporating Alison's image in the United States, including Texas, and it never posted the photograph on its website or on any other website.

Several weeks after Wong uploaded the photograph onto Flickr, Alison received an email from one of her friends with a picture of her on a billboard affixed to a bus shelter in Adelaide, Australia. A member of the Flickr online blogger community then posted the picture of the billboard to the World Wide Web. The advertisement eventually garnered the interest of news stations, legal commentators, and website bloggers.

Virgin Australia moves to dismiss, contending that it lacks minimum contacts with the state of Texas and that it was not properly served. Plaintiffs respond that they have re-served Virgin Australia and that the court has personal jurisdiction because of Virgin Australia's purposeful contacts with Flickr's Texas servers, its contract with Wong, and the intrastate effect of its conduct.

II

A

The determination whether a federal district court has personal jurisdiction over a nonresident defendant is bipartite. The court first decides whether the long-arm statute of the state in which it sits confers personal jurisdiction over the defendant. If it does, the court then resolves whether the exercise of jurisdiction is consistent with the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. See *Mink v. AAAA Dev. LLC*, 190 F.3d 333, 335 (5th Cir. 1999). Because the Texas long-arm statute extends to the limits of due process, the court's statutory and constitutional inquiries are identical. See, e.g., *Kelly v. Syria Shell Petroleum Dev. B.V.*, 213 F.3d 841, 854 (5th Cir. 2000).

The Due Process Clause permits a court to exercise personal jurisdiction over a nonresident defendant if

(1) that defendant has purposefully availed himself of the benefits and protections of the forum state by establishing "minimum contacts" with the forum state; and (2) the exercise of jurisdiction over that defendant does not offend "traditional notions of fair play and substantial justice." To comport with due process, the defendant's conduct in connection with the forum state must be such that he "should reasonably anticipate being haled into court" in the forum state.

Latshaw v. Johnston, 167 F.3d 208, 211 (5th Cir. 1999) (footnotes omitted). Minimum contacts include either "contacts sufficient to assert specific jurisdiction, or contacts sufficient to assert

general jurisdiction." *Alpine View Co. v. Atlas Copco AB*, 205 F.3d 208, 215 (5th Cir. 2000). Specific jurisdiction is appropriate when a nonresident corporation "has purposefully directed its activities at the forum state and the 'litigation results from alleged injuries that "arise out of or relate to" those activities.'" *Id.* (quoting *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 472 (1985); *Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A. v. Hall*, 466 U.S. 408, 414 (1984)). "General jurisdiction, on the other hand, will attach where the nonresident defendant's contacts with the forum state, although not related to the plaintiff's cause of action, are 'continuous and systematic.'" *Id.* (quoting *Helicopteros*, 466 U.S. at 415-16).

To determine whether exercising jurisdiction would satisfy traditional notions of fair play and substantial justice, the court examines "(1) the defendant's burden; (2) the forum state's interests; (3) the plaintiffs' interest in convenient and effective relief; (4) the judicial system's interest in efficient resolution of controversies; and (5) the state's shared interest in furthering fundamental social policies." *Ruston Gas Turbines, Inc. v. Donaldson Co.*, 9 F.3d 415, 421 (5th Cir. 1993).

B

Plaintiffs are not required to "establish personal jurisdiction by a preponderance of the evidence; prima facie evidence of personal jurisdiction is sufficient." *Kelly*, 213 F.3d

at 854 (quoting *Wyatt v. Kaplan*, 686 F.2d 276, 280 (5th Cir. 1982)). Where, as here, the court decides the motion to dismiss without holding an evidentiary hearing, plaintiffs need only present sufficient facts to make out a prima facie case supporting personal jurisdiction. *Alpine View*, 205 F.3d at 215. To decide whether a prima facie case exists, the court must accept as true plaintiffs' "uncontroverted allegations, and resolve in their favor all conflicts between the facts contained in the parties' affidavits and other documentation." *Kelly*, 213 F.3d at 854 (quoting *Alpine View*, 205 F.3d at 215); see *Wien Air Alaska, Inc. v. Brandt*, 195 F.3d 208, 212-13 (5th Cir. 1999) (holding that defendant's evidence disputing truth of plaintiff's jurisdictional proof could not overcome plaintiff's prima facie case because evidence must be construed in plaintiff's favor). "This liberal standard, however, does not require the court to credit conclusory allegations, even if they remain uncontradicted." *Panda Brandywine Corp. v. Potomac Elec. Power Co.*, 2000 WL 35615925, at *2 (N.D. Tex. Sept. 15, 2000) (Fitzwater, J.) (citing *Felch v. Transportes Lar-Mex SA DE CV*, 92 F.3d 320, 326 n. 16 (5th Cir. 1996)), *aff'd*, 253 F.3d 865, 869 (5th Cir. 2001) (per curiam) (affirming, *inter alia*, this conclusion).

III

Plaintiffs do not contend that the court has general jurisdiction over Virgin Australia. They maintain instead that the sole determinative issue is whether specific jurisdiction extends to a nonresident defendant who uses a website owned by a United States company to contract with a Texas resident and obtain from a Texas server a picture of a Texas resident via a computer located in Australia. Plaintiffs essentially argue that Virgin Australia is amenable to personal jurisdiction in Texas based on three contacts with the state: (1) Virgin Australia's accessing a Flickr server located in Texas; (2) Virgin Australia's contract with a Texas resident; and (3) the intrastate effects of Virgin Australia's use of Alison's photograph in the Campaign.

A

Plaintiffs maintain that Virgin Australia had contact with a Flickr server⁷ located in Texas, and they argue that this constitutes sufficient minimum contact to satisfy due process. Assuming *arguendo* that contact with a computer server fortuitously located in the state of Texas can establish personal jurisdiction

⁷Virgin Australia disputes plaintiffs' agency argument, contending that the vendors who found Alison's photograph on Flickr and incorporated it into a final product that was pitched to Virgin Australia are independent contractors, not agents of Virgin Australia, and therefore their conduct and contacts with the state of Texas cannot be attributed to Virgin Australia. Because the court holds that there is no personal jurisdiction even if the actions of Virgin Australia's vendors are attributed to Virgin Australia, it need not address plaintiffs' agency argument.

here, plaintiffs have failed to make a prima facie showing that the server in this case was in fact located in Texas. Plaintiffs have only shown (through an affidavit from Yahoo's Compliance Paralegal) that Flickr's parent company, Yahoo, maintains servers in Texas that are used to process, transmit, or store images for Flickr users. Plaintiffs have not made a prima facie showing that the Texas servers were actually or necessarily used to process, transmit, or store images for Flickr users at the time Virgin Australia acquired the photograph. Plaintiffs recognize that Yahoo maintains servers in California and Virginia, yet they have failed to show that these were not the servers used to process, transmit, or store images for Flickr at the time Virgin Australia acquired the photograph. Especially after having granted plaintiffs *three* extensions to conduct jurisdictional discovery,⁸ the court is not required to credit plaintiffs' conclusory assertion that the photograph was stored on a server located in Texas.⁹ *See Panda Brandywine Corp.*, 2000 WL 35615925, at *2. Consequently, because plaintiffs have not made a prima facie showing that Virgin Australia's alleged contact with the server storing Alison's

⁸In particular, plaintiffs subpoenaed Yahoo for all records relating to the location of the Flickr server that stored the photograph at issue.

⁹Plaintiffs do not contend that they should be excused from making the prima facie showing that Virgin Australia actually or necessarily contacted a server located in Texas because such a showing would be impossible for them to make.

photograph actually represents a contact with the state of Texas, this contact is insufficient to establish personal jurisdiction. *Cf. TravelJungle v. Am. Airlines, Inc.*, 212 S.W.3d 841, 848 (Tex. App. 2006, no pet.) (holding that plaintiff showed that accessed website servers were located in forum state); *Internet Doorway, Inc. v. Parks*, 138 F.Supp.2d 773, 777 (S.D. Miss. 2001) (concluding there was no question that spam email allegedly sent by defendant was received, opened, and read by residents in forum state).

B

Alternatively, even if the court assumes that plaintiffs made the prima facie showing of contact with a Texas server, they cannot rely on the fortuitous location of Flickr's servers to establish personal jurisdiction over Virgin Australia. *See Ray v. Experian*, 2007 WL 4245459, at *3 (N.D. Tex. Nov. 30, 2007) (Buchmeyer, J.) (holding that defendant's "accessing or sending data . . . to or from a database which happens to be headquartered in Texas is not *purposeful* availment by [defendant] of the benefits and protections of Texas' laws"); *Laughlin v. Perot*, 1997 WL 135676, at *6-*7 (N.D. Tex. Mar. 12, 1997) (Buchmeyer, C.J.) (finding that foreign corporation's electronically accessing consumer report in Texas could not give rise to jurisdiction in Texas).

Citing *TravelJungle* and spam-email cases, plaintiffs contend that, by virtue of the fact that Virgin Australia (through its vendors) deliberately directed its activity toward Flickr.com

(i.e., by visiting the website and downloading the photograph from Flickr.com), Virgin Australia can be haled into any forum where Flickr.com's servers are located. The cases plaintiffs cite, however, are readily distinguishable, either because they arise in the context of spam-email¹⁰ or because the harm alleged in the complaint was directed toward the plaintiff's server. See *TravelJungle*, 212 S.W.3d at 850 (defendant allegedly sent electronic spiders to plaintiff's website, accessing the site 2,972 times in one day and using valuable computer capacity); *Verizon Online Servs., Inc. v. Ralsky*, 203 F.Supp.2d 601, 604 (E.D. Va. 2002) (defendant allegedly bombarded plaintiff's servers with spam, overwhelming the servers and causing delays in processing legitimate emails); *D.C. Micro Dev., Inc. v. Lange*, 246 F.Supp.2d 705, 710 (W.D. Ky. 2003) (defendant allegedly hacked into a database of a Kentucky server, stole client information, and used

¹⁰See *Internet Doorway*, 138 F.Supp.2d at 777, 779 (holding that jurisdiction existed under tort prong of state long-arm statute because tort was complete when email was opened in Mississippi and that defendant's act of sending spam email to Mississippi resident constituted "minimum contacts"); *Marycle, LLC v. First Choice Internet, Inc.*, 890 A.2d 818, 833-34 (Md. Ct. Spec. App. 2006) (holding that jurisdiction existed wherever spammer's emails were received because it had purposefully sent its product into another jurisdiction for purposes of sale).

Plaintiffs also cite *State v. Heckel*, 93 P.3d 189, 193 (Wash. Ct. App. 2004) (affirming summary judgment against defendant for violating state law prohibiting transmission of deceptive and misleading commercial spam emails), which does not even address the issue of personal jurisdiction.

the information to send spam-emails).¹¹ Therefore, even if plaintiffs had made a prima facie showing that Virgin Australia made contact with a Flickr server located in Texas, such contact would be insufficient to establish minimum contacts.¹²

C

Assuming *arguendo* that Virgin Australia contracted with Wong (a Texas resident) to use Alison's photograph under the terms of the license agreement and then breached the contract,¹³ this conduct does not establish specific personal jurisdiction over Virgin Australia. "[M]erely contracting with a resident of the forum state does not establish minimum contacts." *Moncrief Oil Int'l Inc. v. Oao Gazprom*, 481 F.3d 309, 311 (5th Cir. 2007) (citing cases). Furthermore, "a plaintiff's unilateral activities in Texas do not

¹¹Although plaintiffs discuss *Internet Doorway*, see *supra* note 10, as a case in which personal jurisdiction was established by defendant's contact with the plaintiff's server in the forum state (even though the server was not damaged by the defendant), *Internet Doorway* involves no discussion of a server.

¹²Plaintiffs also argue that a "but-for" connection between Virgin Australia's contact with a Texas server and all of plaintiffs' claims necessitates a finding of personal jurisdiction. The case that plaintiffs cite to support this but-for analysis, however, actually rejects it. See *Moki Mac Rivers Expeditions v. Drugg*, 221 S.W.3d 569, 581 (Tex. 2007, no pet.) ("We agree with those courts and commentators who view the but-for test as too broad and judicially unmoored to satisfy due-process concerns."). Moreover, as the Fifth Circuit has signaled a movement away from such a broad test, *id.* at 581 & n.3 (citing cases), the court will not apply the but-for analysis here.

¹³Virgin Australia disputes plaintiffs' assertion that it entered into a contract with Wong and breached it.

constitute minimum contacts [in a breach of contract case] where the defendant did not perform any of its obligations in Texas, the contract did not require performance in Texas, and the contract is centered outside of Texas." *Id.* at 312 (citing *Hydrokinetics, Inc. v. Alaska Mech., Inc.*, 700 F.2d 1026 (5th Cir. 1983)).

Here, the license agreement did not require Virgin Australia to perform any of its obligations in Texas; on the contrary, the license permitted Alison's photograph to be used anywhere in the world. *See supra* note 6. Furthermore, plaintiffs have failed to show that Virgin Australia performed any of its obligations in Texas. It used the photograph solely in Australia, the one place that, according to Virgin Australia's evidence, it is authorized to sell its products and services. Finally, because Virgin Australia only used the photograph in Australia, the contract that permits the use of the photograph is centered in Australia, not Texas.¹⁴ *See Holt Oil & Gas Corp. v. Harvey*, 801 F.2d 773, 778 (5th Cir. 1986) (holding that performance of contract regarding oil and gas drilling venture in Oklahoma was centered in Oklahoma); *Moncrief*,

¹⁴According to the record, Virgin Australia's performance under the alleged contract took place only in Australia. Alison's photograph was downloaded from Flickr to a computer located in Australia. The finished advertisement incorporating Alison's image was presented to Virgin Australia in Australia, and Virgin Australia used the advertisement in the Campaign in Australia. Moreover, because Virgin Australia's use of the photograph was limited to Australia, Virgin Australia only invoked the license agreement in Australia. And if Virgin Australia in fact breached the agreement, as plaintiffs allege, by failing to credit Wong as the photographer, the breach occurred in Australia.

481 F.3d at 312-13 (concluding that contract to develop Russian gas field was centered in Russia). Consequently, the unilateral activity of Wong—i.e., taking the photograph and publishing it in Texas on Flickr under the Creative Commons Attribution 2.0 license agreement—does not satisfy the requirement of contact between Virgin Australia and the state of Texas. See *Hydrokinetics*, 700 F.2d at 1029. Because the only contact with Texas that remains is the mere act of contracting with Wong, this is insufficient to establish minimum contacts. See *Moncrief*, 481 F.3d at 312 (“[M]erely contracting with a resident of Texas is not enough to establish minimum contacts.”).¹⁵

Virgin Australia’s vendor searched through hundreds of millions of Flickr photographs publicly available on the Internet and fortuitously selected Alison’s photograph. Neither the

¹⁵Plaintiffs cite *Stewart v. Hennesey*, 214 F.Supp.2d 1198, 1203 (D. Utah 2002), for the proposition that “[o]nce a defendant knowingly enters into a contract [with a plaintiff in the forum state] through a website, whether by email or through electronic commerce, that defendant has purposefully availed him or herself of the privileges of the forum state.” The quoted statement, however, was made in the context of analyzing whether the defendant’s website activities established minimum contacts with the forum state. Reasoning that “an interactive website can establish jurisdiction when a defendant clearly conducts business through its website,” the *Stewart* court held that by freely choosing to enter into a contract with the plaintiff for a “substantial purchase” through its “exceptionally interactive” website, the defendant had purposefully availed itself of the forum state’s jurisdiction. *Id.* at 1203-04. Virgin Australia’s conduct in the present case, however, is unlike that in *Stewart* and distinguishes this case factually. There has been no showing that Virgin Australia used an interactive website like the one in *Stewart* to enter into a contract with Wong.

nationality or residence of the photographed individual nor the location where the photograph was taken are clear from the image itself, and even if Virgin Australia should have known, based on Wong's Flickr profile, that Wong was a Texas resident, Wong's Texas location was irrelevant to the contract. See *id.* at 313 (holding that plaintiff's Texas location was "irrelevant" and did not establish minimum contacts where there was "no indication that the location of [plaintiff's] performance mattered"); *Renoir v. Hantman's Assocs., Inc.*, 230 Fed. Appx. 357, 360 (5th Cir. 2007) (holding that plaintiffs' Texas location was "irrelevant" to contract requiring defendant to sell plaintiffs' art collection, which was primarily located in Florida, at an auction held in Maryland). The mere fortuity that a party to a contract happens to be a Texas resident, coupled with that party's unilateral performance in the forum state, is not enough to confer jurisdiction. See *Holt Oil*, 801 F.2d at 778 (holding that in a contract to drill for oil and gas in Oklahoma, it was a "mere fortuity" that defendant happened to be a resident of Texas); *Renoir*, 230 Fed. Appx. at 360 ("[Defendant's] only contact with Texas came about by the fortuity that [the] collection [it contracted to auction in Maryland] happened to be owned by the [plaintiffs] in Texas."). Thus the facts of plaintiffs' breach of

contract claim¹⁶ will not support a finding of specific personal jurisdiction over Virgin Australia.

D

Plaintiffs invoke the effects test articulated by the Supreme Court in *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984), contending that, with respect to plaintiffs' intentional tort claims,¹⁷ personal jurisdiction is established by the intrastate effects of Virgin Australia's conduct. "In *Calder*, the Supreme Court held that when an alleged tort-feasor's intentional actions are expressly aimed at the forum state, and the tort-feasor knows that the brunt of the injury will be felt by a particular resident in the forum, the tort-feasor must reasonably anticipate being haled into court there to answer for its tortious actions." *Southmark Corp. v. Life Investors, Inc.*, 851 F.2d 763, 772 (5th Cir. 1988) (citing *Calder*, 465 U.S. at 789-790). This holds true even if the tortfeasor's conduct occurred in a state other than the forum state. See *id.*

In *Noonan v. Winston Co.*, 135 F.3d 85 (1st Cir. 1998), the *Calder* effects test was applied to a substantially analogous case. Noonan, a Massachusetts resident, brought an action alleging

¹⁶The facts of plaintiffs' copyright infringement claim likewise do not support a finding of specific personal jurisdiction because that claim is based on the same facts as their breach of contract claim. Plaintiffs allege that Virgin Australia infringed Wong's copyright by continuing to use Alison's photograph without Wong's consent, after breaching the terms of the license agreement.

¹⁷Plaintiffs allege intentional tort claims of invasion of privacy, libel, and copyright infringement.

misappropriation, defamation, invasion of privacy, and related claims against French advertising agency Lintas:Paris, French cigarette manufacturer RJR France, and others based on the unauthorized use of his photograph¹⁸ in a cigarette advertising campaign in France. The advertisement pictured Noonan in his Boston Police uniform on horseback at Faneuil Hall in Boston. Without the knowledge of Lintas:Paris, several hundred copies of various French magazines containing the advertisement were distributed to, and sold from, retail magazine outlets in the Boston area. Noonan became aware of the advertisement when several of his acquaintances, some of whom had seen the advertisement in France and some of whom had seen it in Boston, told Noonan about it. After some people denounced him for supporting the cigarette industry, Noonan filed suit.

Holding that the exercise of personal jurisdiction over Lintas:Paris and RJR France would offend due process, the First Circuit reasoned that while Noonan had satisfied the injurious-effects part of the *Calder* test, Lintas:Paris and RJR France had not acted with "sufficient intent to make them reasonably

¹⁸The offending photograph was taken without Noonan's permission by an employee of the English book packaging house Colour Library Books ("CLB"). The photograph remained in CLB's files until CLB published it in *An American Moment*. Two years later, CLB sold the photograph to Lintas:Paris with no restrictions on its use and without advising Lintas:Paris that Noonan had not granted a release. Linta:Paris then used the photograph in the advertising campaign for client RJ France. *Noonan*, 135 F.3d 87.

anticipate being haled into court [in Massachusetts]." *Id.* at 90 (internal quotation marks omitted).

Like [the plaintiff in *Calder*], [Noonan] felt a tortious effect in the forum state where [he] lived and worked. Moreover, the content of the picture—a Boston Police Officer in uniform, sitting on a saddle blanket decorated with the Boston Police insignia, in front of a distinctive Boston landmark—indicated where any injury would be felt.

For the first part of *Calder*'s framework to be satisfied, however, the defendants must have acted toward the forum state with sufficient intent to make them "reasonably anticipate being haled into court there." In *Calder*, the court found that the defendants' intentional conduct was "calculated to cause injury to respondent in California." There is no analogous intentional behavior here

The defendants did not direct their actions toward Massachusetts. That the advertisement contains French text and a French phone number suggests Lintas:Paris created it for a French audience. This interpretation is corroborated, without contradiction, by a Lintas:Paris representative who stated that "[t]he advertisement was aimed solely at the French consumer market." Furthermore, Lintas:Paris "was not aware that some copies of the magazines bearing the advertisement" would reach Massachusetts.

Id. at 90-91 (citations omitted; emphasis and brackets in original).

Here, as in *Noonan*, plaintiffs have satisfied the injurious-effects part of the *Calder* test but have failed to make a prima facie showing of intent. Although Alison felt a tortious effect in Texas after the advertisement incorporating her picture garnered

the interest of news stations, legal commentators, and website bloggers, Virgin Australia did not direct its actions toward Texas. Like the defendants in *Noonan*, who aimed their advertisement solely at the French consumer market and did not intentionally target Massachusetts, Virgin Australia aimed the Campaign solely at Australia and did not intentionally target Texas.

If anything, the lack of intentional behavior aimed at the forum state is even more pronounced here than in *Noonan*. The advertisement in *Noonan* was placed in publications with international circulations, and although the defendants in *Noonan* claimed ignorance of the distribution, 305 copies of various French magazines containing the advertisement were distributed to retailers in the Boston area. Here, by contrast, Alison's photograph was only used on billboards at bus stations in Australian cities, and Alison only learned about the use of her image in Virgin Australia's Campaign after a third party saw the billboard at a bus station in Adelaide, Australia, took a picture of it, and then posted it on the Internet. The nondescript content of Alison's photograph, moreover, unlike the picture in *Noonan*, did not clearly indicate where any injury would be felt.

Alison's Texas injury—i.e., her distress at seeing her image used in an allegedly disparaging way—is insufficient to support personal jurisdiction in the state of Texas over Virgin Australia. See *id.* at 92; *Revell v. Lidov*, 317 F.3d 467, 473 (5th Cir. 2002)

("[P]laintiff's residence in the forum, and suffering of harm there, will not alone support jurisdiction under *Calder*."); *Archer & White, Inc. v. Tishler*, 2003 WL 22456806, at *3 (N.D. Tex. Oct. 23, 2003) (Fitzwater, J.) (holding that tortious effects felt in forum state were insufficient to establish personal jurisdiction where there is no evidence that defendant intended to target forum state). "To find otherwise would inappropriately credit random, isolated, or fortuitous contacts and negate the reason for the purposeful availment requirement." *Noonan*, 135 F.3d at 92.

E


Because none of the three contacts on which plaintiffs rely establishes sufficient minimum contacts between Virgin Australia and the state of Texas, the court cannot constitutionally exercise personal jurisdiction over Virgin Australia. "Because [the court] find[s] that the first due process condition of minimum contacts was not satisfied, [the court] need not address whether the exercise of personal jurisdiction in this case would offend traditional notions of fair play and substantial justice." *S. Cooper, Inc. v. Specialloy, Inc.*, 245 F.3d 791, 2000 WL 1910176, at *4 (5th Cir. 2000) (unpublished table decision).

* * *

The court grants Virgin Australia's December 20, 2007 motion to dismiss and dismisses this action without prejudice by judgment filed today.

SO ORDERED.

January 16, 2009.



SIDNEY A. FITZWATER
CHIEF JUDGE