



Yoga Pratama

ISBN : 978-602-0896-81-6

Kapita Selekt **HUKUM BISNIS**

Sole Proprietorship

Keagenan dan Corporate Secret

Audit HKI

Aspek Hak Kekayaan Intelektual Dalam Format Bisnis Waralaba

Aspek Hukum Online System

Fungsi Sosial Hak Cipta



Budi Santoso



KAPITA SELEKTA HUKUM BISNIS

Sole Proprietorship

Keagenan Dan Corporate Secret

Audit HKI

Aspek Hak Kekayaan Intelektual
Dalam Format Bisnis Waralaba

Aspek Hukum Online System

Fungsi Sosial Hak Cipta

Budi Santoso

Budi Santoso

KAPITA SELEKTA HUKUM BISNIS

ISBN : 978-602-0896-81-6

Penerbit Yoga Pratama

Jl. Puspowarno Selatan No. 53 Semarang 50143

Telp. 024-7625016

e-mail : yogapratama_014@yahoo.co.id

viii, 268 hal, 155 X 230 mm

Lay-out / Setting : Apriya Heri Setiyawan

Cover : Apriya Heri Setiyawan

Image Source : unsplash.com

Hak Cipta dilindungi oleh Undang-Undang

Dilarang mengutip, memperbanyak, dan mengedarkan sebagian atau seluruh isi buku ini tanpa izin tertulis dari penerbit.

Undang undang Nomor 28 Tahun 2014

Pasal 112

Setiap orang yang dengan tanpa hak melakukan perbuatan pasal 7 ayat (3) dan atau pasal 52 untuk penggunaan secara komersial, dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun dan atau pidana denda paling banyak Rp300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah).

Pasal 113

- (1). Setiap orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam pasal 9 ayat (1) huruf i untuk penggunaan secara komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah).
- (2). Setiap orang yang dengan tanpa hak dan atau tanpa izin pencipta atau pemegang hak cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi pencipta sebagaimana dimaksud dalam pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan atau huruf h, untuk penggunaan secara komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah)
- (3). Setiap orang yang dengan tanpa hak dan atau tanpa izin pencipta atau pemegang hak melakukan pelanggaran hak ekonomi pencipta sebagaimana dimaksud dalam pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan atau huruf g, untuk penggunaan secara komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)
- (4). Setiap orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah)

Pasal 114

Setiap orang yang mengelola tempat perdagangan dalam segala bentuknya yang dengan sengaja dan mengetahui membiarkan penjualan dan atau penggandaan barang hasil pelanggaran hak cipta dan atau hak terkait ditempat perdagangan yang dikelolanya sebagaimana dimaksud dalam pasal 10, dipidana dengan pidana denda paling banyak Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah)

Kata Pengantar

Dengan mengucap Alhamdulillah Hirobbil alamin, pada akhirnya buku Kapita Selekta Hukum Bisnis yang merupakan kompilasi beberapa tulisan di bidang hukum bisnis dapat disatukan dalam sebuah buku. Menghimpun dalam sebuah buku agar lebih mudah dipelajari sebagai tambahan informasi akademik dan praktis di bidang hukum, mengingat aktifitas di bidang bisnis begitu cepat berubah yang tentunya menuntut regulasi baru pada bidang tersebut.

Naskah buku ini diupayakan dengan menggunakan bahasa akademik yang tidak terlampau sulit dipahami, dengan harapan dapat mudah dipahami oleh berbagai pihak, baik mahasiswa S1, S2, S3, serta praktisi yang bergerak di bidang hukum. Informasi yang tersaji dalam buku ini juga dapat dijadikan tambahan informasi bagi penegak hukum, baik hakim, jaksa, aparat kepolisian.

Penulis menyadari bahwa perkembangan dunia bisnis begitu cepat terjadi, tidak jarang regulasi datang silih berganti menjadikan beberapa segmen kajian dalam buku ini menjadi tertinggal regulasinya. Namun demikian esensi utamanya tidak banyak terjadi perubahan. Akhirnya buku ini saya dedikasikan pada seluruh pembaca, dengan harapan memperkaya informasi di dunia hukum bisnis.

Semarang Mei 2023
Penulis

Daftar Isi

Kata Pengantar	iii
Daftar Isi	v
Bab 1 Badan Usaha Perorangan (<i>Sole Proprietorship</i>)	
Dalam Aktifitas Bisnis Di Indonesia	1
A. Pendahuluan.....	1
B. Eksistensi dan Karakter Dasar Badan Usaha Perorangan (<i>Sole Proprietorship</i>)	3
C. Keuntungan dan Kerugian Menjalankan Usaha	
Perorangan (<i>Sole Proprietorship</i>).....	8
D. Daftar Referensi.....	12
Bab 2 Keagenan, Distributor, Dan Rahasia Perusahaan	13
A. Konsep Dasar Dan Arti Penting Agen	13
B. Fiduciary Duties.....	34
C. Persoalan Authority Dan Tanggung Jawab Prinsipal...	36
D. Scope/ Lingkup Authority Agen.....	48
E. Terjadinya Keagenan	49
F. Authority Tergantung Pada Peristiwa.....	53
G. Klasifikasi Agen.....	55
H. Kewajiban Para Pihak.....	58
1. Kewajiban Agen pada Prinsipal	58
2. Kewajiban Prinsipal pada Agen	64
I. Tanggung Jawab Terhadap Pihak Ketiga Dalam Keagenan	66

J.	Tanggung Jawab Prinsipal Terhadap Pihak Ketiga.....	71
K.	Persoalan Etika Bisnis Dalam Hubungan Keagenan	72
L.	Persoalan Ratification Dalam Keagenan	76
M.	Pengakhiran Hubungan Keagenan.....	78
N.	Agency / Keagenan Di Indonesia	81
	1. Agen.....	83
	2. Kewajiban Pendaftaran	91
	3. Bentuk-Bentuk Prinsipal.....	94
	4. Hak Dan Kewajiban Para Pihak	95
	5. Kewajiban Menjaga Rahasia Perusahaan	96
	6. Perjanjian Keagenan	131
	7. Distributor	132
O.	Keagenan Berdasarkan Peraturan Menteri Perdagangan RI No. 24 Tahun 2021 tentang Perikatan Untuk Pendistribusian Barang dan Oleh Dsitributor Atau Agen	134
P.	Muatan Pokok Pengaturan Undang-Undang Keagenan	136
Bab 3	Audit HKI (Hak Kekayaan Intelektual) Bagi Perusahaan ..	149
A.	Lingkup Hak Kekayaan Intelektual menurut Konvensi-konvensi Internasional	149
B.	Lingkup Hak Milik Intelektual menurut Pandangan Pakar Hak Milik Intelektual.....	155
C.	Aspek Pengaturan Hak Milik Intelektual	164
	1. Pengaturan Hak Milik Intelektual secara Internasional	164
	2. Pengaturan Hak Milik Intelektual Nasional	170
D.	Langkah Audit HKI Perusahaan	176
	1. Pengantar Umum	176
E.	Langkah Awal Audit	180
	1. Bagian <i>Sales and Marketing</i>	180
	2. Human Resources	181
	3. Contracts and Administrative.....	182

4. Graphics, Production, and Information Services	183
5. Research, Engineering, and Development.....	184
6. All Departments.....	184
1. Merek	185
2. Copyrights / Hak Cipta	187
3. Patents	187
4. Rahasia Dagang (Trade Secrets).....	188
5.Contracts and Miscellaneous	188
 Bab 4 Aspek Hak Kekayaan Intelektual (HKI) Dalam Format Bisnis Waralaba (<i>Franchise</i>).....	 193
A. Pengantar	193
B. Permasalahan	195
C. Pembahasan	195
1. korelasi Aspek Hak Kekayaan Intelektual dengan format bisnis franchise	195
2. Aspek HKI dalam Bisnis Franchise	198
C. Daftar Pustaka.....	219
 Bab 5 Aspek Hukum Pelayanan Publik Dengan <i>Online System</i> Pada Direktorat Jenderal Administrasi Hukum Umum (AHU) Kementrian Hukum dan HAM	 221
A. Pengantar	221
B. Dasar Hukum	223
1. Pendaftaran Perseroan Terbatas	223
2. Pendaftaran Jaminan Fidusia.....	224
3. Pendaftaran Yayasan	226
C. Apakah Pendaftaran Online System Pada Ditjen AHU Tunduk Pada UUTE.....	226
D. Masalah Fungibility	229

Bab 6	Fungsi Sosial Hak Cipta : Dinamika Menseimbangkan Kepentingan Pencipta Dengan Kepentingan Masyarakat Pengguna Ciptaan	233
A.	Pendahuluan.....	233
B.	Falsafah Hak Cipta Perancis	234
C.	C.Falsafah Hak Cipta Amerika Serikat.....	241
D.	Fungsi Sosial Hak cipta	246
E.	<i>Fair Use</i> dan <i>Fair Dealing</i>	255
F.	Simpulan	263
G.	Bibliografi	264
INDEX		265

BAB I.

BADAN USAHA PERORANGAN (*SOLE PROPRIETORSHIP*) DALAM AKTIFITAS BISNIS DI INDONESIA

A. Pendahuluan

Tidak dapat dipungkiri bahwa peran seorang wirausaha (*entrepreneur*¹) bagi dunia bisnis begitu besar. Di banyak negara *entrepreneur* telah mampu mendorong aktifitas bisnis dengan menciptakan dan menyediakan produk-produk serta layanan jasa-jasa baru. *Entrepreneur* telah mampu menyediakan lapangan kerja bagi banyak orang dengan menggajinya sebagai karyawan ataupun agen, secara makro perannya telah mampu mendorong pertumbuhan ekonomi negara. Namun demikian, *entrepreneur* yang memutuskan untuk melakukan aktifitas bisnis baik domestik maupun skala internasional, haruslah memutuskan untuk menentukan bentuk organisasi bisnis seperti apa yang akan dipilih dalam memulai sebuah aktifitas bisnis. Beberapa pilihan bentuk organisasi bisnis adalah *sole proprietorship*, *general partnership*,

¹ *Entrepreneur*, a person who forms and operates a new business either by him or herself or with others.

limited partnership, corporation, and limited liability company, atau dalam bentuk organisasi bisnis lain yang tersedia, misalnya *franchise, joint venture*.²

Sole proprietorship adalah bentuk usaha yang paling lazim dan banyak dijumpai di masyarakat karena beberapa fleksibilitas yang dimilikinya, *sole proprietorship* adalah bentuk usaha perorangan yang hanya dimiliki satu pemilik usaha, sehingga sering disebut dengan ***sole proprietor***. Sedangkan *partnership* adalah bentuk usaha yang memiliki dua atau lebih pemilik usaha, sehingga sering disebut dengan istilah ***partners***. Bentuk lain yang lebih rumit adalah *corporation*, yang dimiliki oleh para pemegang saham yang kemudian menentukan dewan direksi yang ditugaskan untuk menjalankan aktifitas bisnis sehari-hari.

Pilihan untuk menentukan organisasi bisnis mana yang akan dipilih sangat tergantung pada banyak faktor, antara lain;

- Biaya-biaya yang harus disediakan untuk mengurus bentuk organisasi bisnis tertentu;
- Modal yang harus disediakan untuk memulai usaha dengan organisasi bisnis tertentu;
- Fleksibilitas dalam manajemen kaitannya dengan pengambilan keputusan;
- Seberapa luas pertanggungjawaban personal ;
- Pertimbangan perpajakan dst.

Dengan demikian pilihan untuk menentukan bentuk organisasi bisnis mana yang akan dipilih untuk memulai kegiatan usaha ditentukan banyak pertimbangan antara lain ; pertimbangan ekonomis (finansial), pertimbangan yuridis, pertimbangan perpajakan.

Beberapa hal yang sering menjadi pertanyaan banyak pihak seputar badan usaha perorangan adalah :

1. Bagaimana eksistensi dan karakter dasar badan usaha perorangan (*Sole Proprietorship*) dibandingkan dengan bentuk badan usaha yang lain ?

2 Henry R. Cheeseman., *Business Law, Ethical, International and E. Commerce Environment*, Prentice Hall 2001, p. 624

2. Bagaimana dinamika bentuk usaha perorangan (*Sole proprietorship*) dijadikan pilihan banyak pelaku usaha dalam menjalankan aktifitas bisnisnya, utamanya dari spek keuntungan dan kerugian memilih bentuk usaha perorangan ?

B. Eksistensi dan Karakter Dasar Badan Usaha Perorangan (*Sole Proprietorship*)

Sole proprietorship adalah bentuk yang paling sederhana dari serangkaian bentuk atau organisasi bisnis. *Sole proprietor* adalah pemilik semua aset bisnis dan dia bertanggung jawab secara penuh sendirian atas semua hutang-hutangnya yang dibuat dalam aktifitas bisnisnya. *Sole proprietorship, a simple form of business that is owned by one individual, the sole proprietor, who is solely and personally responsible for all debts and liabilities of the business and who is entitled to all profits of the business.*³

*Kenneth W. Clarkson dalam bukunya menyebutkan bahwa A sole proprietorship is the simplest form of business. In this form, the owner is the business; thus, anyone who does the business without creating a separate business entity, such as a partnership or corporation, has a sole proprietorship.*⁴

Sedangkan *Henry R. Cheesemenn*, menerangkan bahwa *sole proprietorship as a form of business where the owner is actually the business, the business is not a separate legal entity.*⁵ Lebih lanjut dijelaskan bahwa ciri utama yang melekat pada model organisasi bisnis *sole proprietorship* adalah menjalankan kegiatan usaha dengan label “**doing business as**“, artinya bahwa bentuk usaha *sole proprietorship* dijalankan dengan menggunakan nama pemiliknya atau dengan nama dagang tertentu yang dipilihnya. Sebagai contoh dapat digunakan nama

3 Angela Schneeman, *The law of Corporations, Partnerships, and Sole Proprietorships*, Delmar Publishers Inc, And Lawyers Cooperative Publishing, Newyork 1993, P 3

4 Kenneth W. Clarkson, dkk, *West's Business Law, Tax, Cases, Legal and Regulatory Environment*, West Publishing Company, 1992. P 724

5 Henry R. Cheesemen. *Business Law, Ethical, international&E.Commerce environment*, Prentice Hall, new jersey, 2001, p 630

pemiliknya” HENRY R. CHEESEMEN” atau dengan nama dagang tertentu, seperti halnya “THE BIG CHEESE”. *Sole proprietorship* yang menjalankan usaha dengan nama dagang tertentu selain nama pemilik aslinya, sering disebut dengan singkatan D.B.A, “*doing business as*”, dengan demikian pada contoh tersebut maka HENRY R CHEESEMEN, DOING BUSINESS AS “THE BIG CHEESE”. Di beberapa negara bagian di Amerika Serikat, kegiatan usaha dengan bentuk usaha *sole proprietorship* yang menggunakan nama dagang tertentu selain nama pemiliknya harus mendaftarkan nama dagang tersebut untuk mendapatkan *certificate of trade name*, untuk itu pemilik harus mendaftarkan *the fictitious business name statement*. Di dalam *fictitious business name statement* tersebut berisi beberapa hal, antara lain;

- Nama dan alamat pemohon
- Nama dagang yang digunakan
- Alamat kegiatan usaha dilakukan

Di beberapa negara bagian di AS, juga mensyaratkan agar nama dagang tersebut dipublikasikan dalam media cetak yang mempunyai sirkulasi pada area dimana pemohon menjalankan bisnisnya.

Berbeda dengan perusahaan (*corporation*) yang lazimnya merupakan bisnis kesatuan atau entitas, tetapi *sole proprietorship* lebih merupakan bisnis individual atau personal. Pemilik adalah orang yang secara personal bertanggung jawab atas semua hutang-hutang dan kewajiban – kewajiban lain yang timbul sebagai akibat transaksi yang dilakukannya namun demikian sebagai gantinya pemilik mempunyai hak atas semua keuntungan yang diperolehnya dari aktifitas bisnis yang dilakukannya. Dengan demikian sebenarnya dibalik beberapa fleksibilitas yang melekat pada bentuk usaha perorangan, bentuk usaha ini sangat berisiko tinggi bagi pemiliknya, hal itu disebabkan semua aset yang dimiliki pemilik menjadi tanggungan semua hutang-hutang perusahaan yang dibuatnya, sehingga kemungkinan pemilik perusahaan akan kehilangan semua kekayaannya yang dimilikinya apabila perusahaan insolvent.

Dalam praktiknya, pemilik dapat mendelegasikan sebagian kewenangannya pada agen, namun demikian kewenangan untuk membuat

keputusan haruslah tetap datang secara langsung dari pemilknya, yang mana ia akan dipertanggung jawabkan atas semua tindakan yang dilakukan olehagen, pekerja atau karyawannya.

Di banyak negara, bentuk organisasi bisnis dengan bentuk *sole proprietorship* umumnya secara entitas lebih banyak dibandingkan dengan bentuk prusahaan (*corporation*), namun demikian dilihat dari income yang diperoleh pelaku usaha tersebut, lazimnya lebih banyak income yang diperoleh perusahaan daripada usaha perorangan. Hal ini juga akan berdampak pada pendapatan negara dari sektor pajak penghasilan. Walaupun jumlah usaha perorangan lebih banyak dari perusahaan, dalam soal pendapatan negara dari sektor pajak penghasilan , maka income negara lebih banhyak diperoleh dari pajak penghasilan perusahaan daripada pajak penghasilan dari usaha perorangan.

Dari sisi hukum di Indonesia, pendirian badan usaha perorangan tidak mengenal regulasi secara khusus mengenai bagaimana cara pendiriannya, termasuk pembubaran badan usaha tersebut jika terjadi keadaan pailit. Hal tersebut berdampak pula pada sejauh mana tanggung jawab terhadap hutang-hutang yang dibuatnya , pemisahan antara harta kekayaan badan usaha dengan harta kekayaan pribadinya.

Dalam teori hukum perusahaan, bentuk usaha atau organisasi bisnis dapat dibagi dalam tiga kelompok, yaitu bentuk usaha yang tersentralistik pada **kepemilikan perorangan** atau sering dikenal dengan *sole proprietorship*, dan dalam bentuk usaha **kepemilikan bersama** yang sering dikenal dengan *partnership*. Selain itu juga dikenal bentuk usaha yang lain yang lebih rumit, yaitu perusahaan atau sering dikenal dengan sebutan *corporation*.⁶

Ketiga bentuk usaha tersebut mempunyai keunikan dan karakter yang berbeda satu dengan yang lain, sehingga masing-masing bentuk usaha tersebut mempunyai keuntungan dan kelemahannya masing-masing.

Secara umum apabila dibandingkan karakteristik ketiga bentuk organisasi bisnis tersebut , *sole proprietorship*, *partnership*, *corporation*,

⁶ Beberapa referensi menyebutkan bahwa corporations merupakan bentuk usaha yang merupakan bagian dari partnerships, tetapi beberapa referensi lain menyebutkan bahwa corporation merupakan bentuk usaha yang terpisah dengan partnerships

adalah sebagai berikut;⁷

Major Business Forms Compared

Characteristic	Sole Proprietorship	Partnership	Corporation
1. <i>Method of creation</i>	<i>Created at will by owner</i>	<i>Created by agreement of the parties</i>	<i>Charter issued by state-created by statutory authorization</i>
2. <i>Legal Position</i>	<i>Not a separate entity; owner is the business</i>	<i>Not a separate legal entity in many states</i>	<i>Always a legal entity separate and distinct from its owners- a legal fiction for the purposes of owning property and being a party to litigation</i>
3. <i>Liability</i>	<i>Unlimited liability</i>	<i>Unlimited liability(except for limited partners in limited partnership)</i>	<i>Limited liability of shareholders-share holders are not liable for the debts of the corporation</i>
4. <i>Duration</i>	<i>Determined by owner; automatically dissolved on owner's death</i>	<i>Terminated by agreement of the partners, by the death of one or more of the partners, by withdrawal of a partner, by bankruptcy</i>	<i>Can have perpetual existence</i>
5. <i>Transferability of interest</i>	<i>Interest can be transfered, but individual's proprietorship then ends.</i>	<i>Although partnership interest can be assigned, assignee does not have full rights of a partner</i>	<i>Share of stocks can be transfered</i>

⁷ Kenneth W. Clarkson etc, *West Business Law, Text, cases, Legal and regulatory Environment*, West Publishing and Co, Fifth Edition, 1992, p. 727

Characteristic	Sole Proprietorship	Partnership	Corporation
6. Management	Completely at owner's discretion	Each general partner has a direct and equal voice in management unless expressly agreed otherwise in the partnership agreement	Shareholders elect directors who set policy and appoint officers
7. Taxtion	Owners pays personal taxes on business income	Each partner pays pro rata share of oncome taxes on net profits , whether or not they are distributed	Double taxation- corporation pays income tax on net profits, with no deduction for devidends, and `share holders pay income tax on disbursed devidends they receive.
8. Organizational fees, Annual license fees, and Annula reports	None	None	All required
9. Transaction of business in other states	Generally no limitation	Generally no limitation	Nornally must qualify to do business and obtain certificate of authority

Dari tabel di atas dapat dilihat fleksibilitas pendirian badan usaha perorangan dibandingkan dengan bentuk badan usaha yang lain. Secara umum memang cara pendirian badan usaha perorangan memang terkesan fleksibel , disebabkan tidak terdapat regulasi yang mengatur formalitas , prosedur, pendirian badan usaha perorangan. Namun demikian ketiadaan regulasi yang mengatur badan usaha perorangan tersebut berimbas pada berbagai aspek :

1. aspek pendirian badan usaha;
2. status hukumnya;
3. tanggung jawab pada pihak ketiga;

4. jangka waktu pendirian;
5. pengalihan kewenangan;
6. manajemen, perpajakan;
7. biaya-biaya beban badan usaha;
8. kewenangan melakukan transaksi dengan pihak ketiga.

C. Keuntungan dan Kerugian Menjalankan Usaha Perorangan (*Sole Proprietorship*)

Terdapat beberapa **keuntungan** menjalankan usaha dengan bentuk usaha perorangan dibandingkan dengan bentuk usaha perusahaan, yaitu : terdapatnya *full management authority* , *minimal formalities and regulatory and reporting requirements*, *low cost of organization*, *income tax benefits*.⁸

Full management Authority, artinya bahwa pemilik usaha mempunyai kewenangan penuh untuk mengelola aktifitas bisnisnya dengan berbagai macam cara yang dianggapnya baik tanpa harus meminta persetujuan dari partner usahanya atau dewan direksi sebagaimana dalam bentuk usaha yang lain, PT misalnya. Pemilik usaha perorangan tidak memerlukan birokrasi atau penundaan waktu dalam proses membuat keputusan bisnisnya, sebagaimana hal tersebut dibutuhkan pada bentuk usaha yang lain.

Pemilik usaha perorangan dapat juga mendelegasikan sebagian kewenangannya dengan membayar pekerja atau karyawan atau agen, namun semuanya dalam kontrol pemilik usaha perorangan.

Minimal formalities and regulatory and reporting requirements, di banyak negara *sole proprietorships* muncul bukan karena peraturan, oleh karenanya sedikit sekali formalitas yang harus diikuti untuk mendirikan usaha ini. Namun demikian, bentuk usaha ini juga harus tunduk terhadap beberapa ketentuan yang bersifat memaksa, seperti halnya soal lisensi, aturan perpajakan , yang umumnya aturan bersifat memaksa yang dikenakan terhadap semua bentuk usaha, termasuk di dalamnya usaha perorangan. Selain itu tentunya juga hal-hal

8 Angela Schneeman., P 7,8

yang berkaitan dengan nomor pokok wajib pajak (*tax identification*) wajib diikuti. Selain hal tersebut , apabila aktifitas bisnisnya dijalankan dengan menggunakan nama selain nama dari nama personal pelaku usaha perorangan, di beberapa negara bagian di Amerika Serikat , dimana aktifitas bisnis tersebut dilakukan, mewajibkan pendaftaran untuk diperolehnya *certificate assumed name, trade name, or fictitious name*.⁹

Low cost of organization, aturan-aturan yang menyangkut persyaratan berdirinya usaha perorangan serta formalitas-formalitas yang dibutuhkan pada saat pendirian untuk memulai usaha perorangan sangatlah minimal. Sebagai akibatnya , biaya yang dibutuhkan untuk memulai usaha perorangan serta biaya maintenance usaha perorangan menjadi relatif rendah. Tidak terdapat persyaratan modal yang harus disediakan untuk memulai usaha perorangan, jika ada – kemungkinan hanya berkaitan dengan biaya pendaftaran (*filling fees*) pada pemerintah. Beberapa kemungkinan biaya yang harus dikeluarkan adalah biaya yang berkaitan dengan jasa konsultan hukum bila menggunakan jasa konsultan hukum dalam memulai usaha perorangan. Kemungkinan juga berkaitan dengan biaya publikasi untuk *certificate of assumed name, trade name, or fictitious name*.

Income tax benefit, usaha perorangan memiliki keuntungan berkaitan dengan terhindarnya *double taxation*, yang sering terjadi pada bentuk usaha perusahaan. *Double taxation* ini menunjuk pada situasi pengenaan pajak dua kali terhadap penerimaan yang diperoleh dari aktifitas bisnis. Pajak penghasilan pertama dikenakan pada level penerimaan yang diperoleh perusahaan dan kedua kalinya dikenakan pajak penghasilan pada individual dalam bentuk pajak penghasilan melalui gaji yang diterima karyawan atau dikenakan pada deviden yang dibayarkan pada *share holders*.

Beberapa **kerugian** menjalankan usaha dengan bentuk usaha perorangan / usaha dagang atau *sole proprietorship* memang mendatangkan beberapa keuntungan sebagaimana disebut terdahulu,

⁹ Ibid p 5, *Certificate of assumed name, trade name, or fictitious name, a certificate, granted by the proper state authority to an individual or an entity, that grants the right to use an assumed or fictitious name for the transaction of business in that state.*

namun demikian juga terdapat beberapa kerugian , antara lain ; *unlimited liability, lack of business continuity, no diversity in management, difficulty in transferring proprietary interest, limited ability in raise capital, and tax disadvantages*.¹⁰

Unlimited liability, salah satu kerugian yang paling signifikan menjalankan usaha dengan bentuk usaha perorangan adalah terdapatnya tanggung jawab yang tidak terbatas dari pemilik usaha perorangan tersebut . pemilik usaha perorangan akan bertanggung jawab penuh sendirian terhadap semua hutang-hutang dan kewajiban-kewajiban lain yang timbul dari aktifitas bisnisnya , termasuk bertanggung jawab atas tindakan orang-orang yang dipekerjakan atau agen yang ditunjuk dalam menjalankan aktifitas bisnisnya, yang dilakukan dalam lingkup pekerjaannya. Pertanggung jawaban tersebut mencakup baik aset yang dimiliki badan usaha maupun aset personal pemilik usaha. Dengan demikian tidak terdapat pemisahan aset badan usaha dengan aset personal, semua aset tersebut menjadi tanggungan atas hutang-hutang yang dilakukan dalam menjalankan bisnisnya. Asuransi dapat digunakan sebagai sarana mengurangi risiko pertanggungan jawab tersebut, namun demikian tidak semua risiko usaha perorangan akan ditanggung oleh perusahaan asuransi mengingat tingkat risiko yang tinggi.

Lack of business continuity, kelangsungan usaha perorangan sangat tergantung pada keberadaan pemilik usaha perorangan tersebut, dengan demikian kematian atau penyakit yang mungkin diderita pemilik usaha perorangan, dapat mengakibatkan berhentinya usaha tersebut, walaupun pemilik usaha mempunyai beberapa karyawan yang menjalankan usaha ataupun memiliki agen dalam menjalankan usaha. Hubungan keagenan juga akan berakhir manakala prinsipal, pemberi kuasa , meninggal dunia. Dalam beberapa memang pemilik usaha dapat menunjuk orang yang mewakilinya untuk kelangsungan usaha tersebut, yang sering dikenal dengan *legatee*¹¹, akan tetapi apabila keputusan manajemen usaha tersebut sangat tergantung pada pemiliknya , maka aktifitas usaha tersebut juga akan mengalami kesulitan dalam menjalankan aktifitasnya.

10 Ibid p.7-8

11 *Legatee, person named in a will to be recipient of property.*

No diversity in management, pemilik usaha perorangan adalah figur sentral semua keputusan manajemen usaha, dengan demikian terdapat sentralistik dan cenderung monopolistik, tidak terdapat variasi dalam putusan-putusan manajemen usaha. Pada usaha perorangan yang baru dirintis, kemungkinan pemilik usaha tidak mempunyai cukup pengalaman serta tidak cukup keahlian dalam urusan manajemen perusahaan, berbeda halnya dengan direksi atau shareholders pada perusahaan.

Difficulty in transferring proprietary interest, pada saat terjadi situasi harus menjual aset bisnis usaha perorangan, maka transfer seluruh kepentingan / milik usaha perorangan akan mengalami kesulitan, hal itu disebabkan aktifitas bisnis tersebut semuanya menggunakan identitas pemilik usaha perorangan. Penjualan aset pemilik usaha perorangan kemungkinan juga mahal tidak seperti halnya penjualan aset perusahaan yang sudah go public, yang dapat menjual sahamnya melalui pasar modal dengan harga yang relatif terjangkau. Penjualan aset perusahaan perorangan kemungkinan tidak saja sulit tetapi juga memakan banyak waktu, serta mahal biayanya, hal itu disebabkan pada beberapa aset usaha perorangan dibutuhkan appraisal, atau penilaian kembali nilai ekonomi, dari aset yang akan dijual. Kesulitan lain yang timbul adalah menghitung nilai ekonomi goodwill¹² dari usaha perorangan tersebut. Sebagaimana dalam teori ekonomi bahwa goodwill diturunkan dari reputasi yang dibangun perusahaan atas image public pada sebuah perusahaan, termasuk di dalamnya adalah harapan kelangsungan usaha badan usaha tersebut.

Limited liability to raise the capital, dalam beberapa hal kemungkinan usaha perorangan akan mengalami kesulitan untuk mendapatkan modal, baik untuk mengawali usaha ataupun mengembangkan usaha. Lembaga keuangan pemberi pinjaman biasanya mensyaratkan jaminan serta kelayakan usaha bisnis tertentu untuk layak didanai. Mengandalkan perorangan untuk perolehan pinjaman dana yang besar akan sulit terwujud, belum lagi rencana bisnis yang tergambarkan pada usaha perorangan kemungkinan tidak cukup meyakinkan lembaga keuangan untuk memberikan pinjaman modal dalam jumlah yang cukup besar.

12 Goodwill, an intangible asset owned by the company that is derived from its favorable public image includes expectations of continued business from the favor of the public.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa Regulasi hukum perusahaan di Indonesia belum menyentuh eksistensi badan usaha perorangan. Ketiadaan regulasi pada badan usaha perorangan sama halnya dengan membiarkan eksistensi badan usaha tersebut dalam keadaan tidak ada kepastian hukum. Ketiadaan kepastian hukum eksistensi badan usaha perorangan berpotensi merugikan pelaku usaha itu sendiri dan masyarakat pengguna. Bentuk usaha perorangan (*Sole proprietorship*) dijadikan pilihan banyak pelaku usaha dalam menjalankan aktifitas bisnisnya, namun demikian tidak disadari aspek keuntungan dan kerugian memilih bentuk usaha perorangan tersebut.

D. Daftar Referensi

Angela Schneeman, *The law of Corporations, Partnerships, and Sole Proprietorships*, Delmar Publishers Inc, And Lawyers Cooperative Publishing, Newyork 1993.

Henry R. Cheesemen. *Business Law, Ethical, international&E. Commerce environment*, Prentice Hall, New Jersey, 2001.

Kenneth W. Clarkson, dkk, *West's Business Law, Tax, Cases, Legal and Regulatory Environment*, West Publishing Company, 1992.

BAB II.

KEAGENAN, DISTRIBUTOR, DAN RAHASIA PERUSAHAAN

A. Konsep Dasar Dan Arti Penting Agen¹³

Organisasi bisnis membuka lebar-lebar seseorang dalam mencapai tujuan bisnisnya, seseorang dapat bekerja secara bersama-sama untuk mencapai tujuan tertentu dalam bisnis, dapat pula dilakukannya sendiri tanpa melibatkan bantuan pihak lain. Apabila seseorang dapat mewujudkan tujuan bisnisnya dengan caranya sendiri tanpa bantuan pihak lain, maka ia tidak perlu bekerjasama dengan orang lain untuk maksud tersebut. Namun demikian hal tersebut sangat jarang terjadi, bahkan untuk seseorang yang menjalankan usaha kecil sekalipun lazimnya memerlukan kehadiran pihak lain dalam mencapai tujuan bisnisnya. Untuk itu bekerja secara bersama dengan menggaji orang lain untuk mencapai tujuan bisnis tertentu adalah suatu hal yang lazim dilakukan.

Bekerja secara bersama dengan pihak lain untuk mencapai tujuan bisnis tertentu dapat dilakukan dengan dua cara. **Pertama**, menunjuk orang lain untuk melakukan pekerjaan tertentu untuk dan atas nama

¹³ Kenneth W.Clarkson, Roger LeRoy Miller dkk, *West Business Law: Text Cases, legal and Regulatory environment*, West Publishing Company, St.Paul Newyork Los Angeles San Francisco,Fifth Edition 1992.p 678

pemberi kerja serta di bawah pengawasan pemberi kerja, type semacam ini akan tunduk pada ketentuan yang berkaitan dengan aturan keagenan (*agency law*). **Kedua**, dengan cara membentuk sebuah organisasi bisnis tertentu, type seperti ini akan tunduk pada ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan *corporation* juga *agency law*.

Mengundang pihak lain untuk turut serta terlibat dalam pencapaian tujuan bisnis tertentu, sebagaimana format keagenan, dapat juga disebut sebagai *partnerships*. Di dalam sistem hukum Amerika Serikat, khususnya dalam *The Uniform Partnership Act* (UPA) secara khusus dinyatakan bahwa ketentuan hukum yang berkaitan dengan keagenan diterapkan juga untuk ketentuan UPA dan *partners* dalam *partnerships* pada umumnya dipertimbangkan sebagai agen untuk *partners* yang lain serta untuk *partnership* itu sendiri¹⁴.

Istilah *agent* diartikan sebagai ;

“ a fiduciary relationship by which a party confides to another the management or some business to be transacted in the former’s name or on his account , and by which such other assumes to do the business and render an account of it “.

Dengan demikian sebenarnya menggolongkan *agency* sebagai bagian dari *partnership* sebenarnya merupakan suatu perkecualian dari ketentuan *partnership* pada umumnya, hal itu disebabkan pengertian *partnership* adalah ;

“ An association of two or more persons to carry on as co- owners a business for profit.

Hal ini berarti bahwa elemen utama untuk adanya *partnership* adalah ; adanya **dua atau lebih orang, melaksanakan sesuatu, secara bersama-sama memiliki**, dan untuk tujuan **bisnis mencari keuntungan**. Syarat *co- owner*, diartikan bahwa *partners* memiliki hak yang sama untuk berpartisipasi dalam manajemen dari *partnership* tersebut serta berhak untuk mendapatkan bagian dalam keuntungan ataupun menanggung kerugian dari *partnership* tersebut, hal inilah yang

14 Angela Schneeman., *The Law of Corporations, Partnerships, and Sole Proprietorships*, Lawyers Cooperative Publishing., Delmar Publishers Inc, 1993 , p 29,

tidak terjadi pada *agency*, karena agen hanya ditunjuk untuk melakukan sesuatu untuk atas nama orang lain, untuk keuntungan orang lain, dan untuk itu agen diberikan kompensasi berupa komisi.

Dengan demikian menunjuk *partner* untuk bertindak selaku agen dari partner yang lain **haruslah secara spesifik disebutkan dalam perjanjian partnership atau apabila hal tersebut secara jelas diatur dalam peraturan tertentu**. Untuk itu partner yang ditunjuk selaku agen maka harus secara jelas diberikan kewenangan (*actual authority*) untuk bertindak selaku agen, dalam kaitannya melakukan transaksi dengan pihak ketiga yang akan mengikat *partnership*. *Actual authority* tersebut dapat secara jelas disebutkan dalam *partnership agreement*, hal ini sering dikenal dengan *express authority*, tetapi dapat juga tidak secara jelas disebutkan dalam *partnership agreement*, hal ini didasarkan pada *nature of partnership relationship*, hal ini sering dikenal dengan *implied authority*.

Terdapat beberapa bentuk *partnerships* yang merupakan bentuk umum *partnerships*, yaitu:

1. *Silent partners*, adalah partners yang tidak secara aktif berperan dalam mengelola kerjasama (*partnerships*) akan tetapi identitas partner diketahui banyak oleh publik;
2. *Secret partners*, adalah *partners* yang mengambil peran secara aktif dalam mengelola *partnerships* tetapi identitas partner tidak diketahui publik;
3. *Nominal partners*, adalah partner yang tidak secara aktif ikut serta mengelola *partnerships*, tetapi meminjamkan namanya untuk tujuan *public relations*;
4. *Dormant partners*, adalah *partner* yang tidak ikut serta secara aktif serta tidak pula diketahui oleh publik;
5. *Senior partners*, adalah partners yang dominan mengelola manajemen *partnerships* serta menanamkan investasi yang besar pada *partnerships*. Biasanya partner seperti ini menerima banyak bagian keuntungan yang diperoleh ;
6. *Junior partners*, adalah *partners* yang umumnya masih muda dan hanya sedikit berperan dalam manajemen *partnership* serta

hanya sedikit menerima bagian keuntungan yang diperoleh perusahaan.¹⁵

Berkaitan dengan *agency* , terdapat sebuah ungkapan yang menarik dalam sebuah buku *business law* sbb :

*“ It is a universal principle in the Law of agency, that the power of the agent are to be excercised for the benefit of the principal only, and not the agent or third parties “*¹⁶

“sudah menjadi rahasia umum dalam hukum keagenan bahwa kekuatan atau kewenangan agen hanya untuk mendatangkan keuntungan bagi prinsipal dan bukan untuk agen atau pihak ketiga”

Dalam sebuah kamus,*Black’s Law Dictionary*, **agency** diartikan sebagai :

*“ a relationship between two persons , by agreement or otherwise, where one (the **agent**) may act on behalf of the other (the **principal**) and bind the principal by words and actions. Relation in which one person acts for or represents another by letter’s authority, either in the relationship of principal and`agent , master and servant, or employer or proprietor and independent contractor . It also designates a place at which business of company or individual is transacted by an agent. The relation created by express or implied contract or by law, whereby one party delegates the transaction of some lawful business with more or less discretionary power to another , who undertakes to manage the affair and render to him an account thereof. Or relationship where one person confides the management of some affair , to be transacted on his account , to other party. Or where one party is authorized to certains act for, or in relation to the rights or property of the other. But means more than tacit permission , and involves request , instruction, or command .*

15 William G., James M. McHugh., Susan M. Mchugh, *Understanding Business*, Irwin, 1990, p 110

16 Joseph Story 1779-1845 (*Associate Justice of the United States Supreme Court*, 1811-1844) dalam Roger LeRoy Miller , Gaylord A. Jentz, *Business Law Today*, West t Publishing Company, 1994, p 558

*The consensual relation existing between two persons, by virtue of which one is subject to other's control.*¹⁷

Berdasarkan pengertian dalam *Black's Law* tersebut dapat disimpulkan bahwa *agency* adalah hubungan antara dua pihak (utamanya) yang dituangkan dalam bentuk perjanjian atau bentuk yang lain, yang mana salah satu pihak (disebut agen) diberikan kewenangan untuk melakukan tindakan untuk atas nama orang lain (dalam hal ini disebut prinsipal) dan tindakan agen tersebut akan mengikat prinsipal baik itu disebabkan karena dituangkan dalam perjanjian atau disebabkan karena tindakan. Tindakan seseorang melakukan perbuatan mewakili orang lain tersebut lazimnya dituangkan dalam surat tertulis pemberian kuasa atau kewenangan atau delegasi pada pihak lain, seperti halnya dalam hubungan antara prinsipal dengan agen, antara *master* dengan *servant* (pembantu), antara *employer* dengan karyawan (*employee*) atau antara pemilik pekerjaan dengan kontraktor (*independent contractor*). Pola hubungan keagenan tersebut dapat digunakan untuk kepentingan individual ataupun perusahaan. Hubungan keagenan tersebut dapat secara jelas tertuang dalam kontrak atau tidak secara tegas disebutkan dalam kontrak atau dapat juga terjadi karena ketentuan peraturan, di mana seseorang memberikan delegasi pada pihak lain untuk melakukan transaksi bisnis yang tidak dilarang peraturan pada pihak lain dengan sedikit atau banyak kewenangan untuk melakukan diskresi dalam melakukan perbuatan yang didelegasikan, yang terpenting dari semua itu adalah bahwa pekerjaan agen di bawah pengawasan prinsipal.

Lebih lanjut disebutkan bahwa: “ *agency is the fiduciary relation wick results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act* ”¹⁸.

Dengan demikian *agency* adalah hubungan yang didasarkan pada sebuah kepercayaan penuh yang merupakan manifestasi dari kesepakatan

17 Henry Campbell Black, M.A., *Black's Law Dictionary*, ST.Paul , Minn. West Publishing Co, 1991, P 40

18 Ibid

para pihak yang mana seseorang menyetujui untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum tertentu untuk dan atas nama orang lain, serta di bawah pengawasan dan persetujuan orang lain.

Dalam kamus lain, disebutkan bahwa “ *Agency relation which one person, **the agent**, act on behalf of another with the authority of the latter, **the principal**; “ a fiduciary relation which results from the manifestation of consent by one person that another shall act on the former ‘s behalf and subject to his control, and consent by the other so to act, the act of the agent will be binding on his principal.* ”¹⁹

Berdasarkan rumusan di atas maka kata kunci yang merupakan ciri utama terdapatnya hubungan keagenan adalah ;

1. Adanya pihak yang memberikan kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum tertentu pada pihak lain, yaitu **prinsipal**;
2. Adanya pihak yang diberikan kewenangan untuk melakukan perbuatan atau tindakan hukum tertentu untuk dan atas nama orang lain, yaitu **agen**;
3. Hubungan hukum tersebut menimbulkan sebuah hak dan kewajiban tertentu bagi para pihak, yang bertumpu pada sebuah doktrin ***fiduciary duties***.

Agency adalah keterikatan hubungan antara dua pihak yang mana pihak satu sering disebut dengan *agent*, yaitu pihak yang diberikan kewenangan untuk melakukan perbuatan untuk dan atas nama serta di bawah pengawasan pihak lain, yaitu *principal*. *Principal* adalah pihak yang memberikan kewenangan pada agen untuk melakukan tindakan tertentu serta melakukan pengawasan tindakan agen. Sedangkan pihak yang melakukan transaksi dengan agen disebut dengan *third party*.

Lebih lanjut, *Black’s Law Dictionary* memberikan pengertian ;

Agent, a person authorized by another (***principal***) to act for or in place of him; one intrusted with another’s business. One who represent and acts for another under the contract or relation of agency. A business representative, whose function is to bring about, modify, affect, accept performance of, or terminate contractual

19 Steven H. Gifis,. ***Law Dictionary***, Barron’s Educational Series, INC, 1984, p 16

obligations between principal and third persons. One who undertakes to transact some business , or to manage some affair , for another, by the authority and on account of the letter , and to render an account of it. One who acts for or in place of another by authority from him; a substitute , a deputy, appointed by principal with power to do the things which principal may do. One who deals not only with things , as does a servant , but with a persons, using with own discretion as to means , and frequently establishing contractual relation between his principal and third persons. One authorized to transact all business of principal , or all principal's business of some particular kind, or all business at some particular place.²⁰

Keterikatan hubungan dua pihak tersebut dituangkan dalam sebuah perjanjian yang dikenal dengan perjanjian keagenan (*agency agreement*), yang mana dengan mendasarkan pada perjanjian tersebut agen diberikan kewenangan untuk melakukan transaksi, negosiasi kontrak dengan pihak ketiga yang akan mengikat pihak prinsipal dalam kontrak tersebut. Namun demikian, *agency* secara umum dapat terjadi baik dengan cara dibuatkan perjanjian tertulis (*written Agreement*) ataupun terjadi dengan cara lisan (*orally*), walaupun perjanjian tertulis lebih menjamin keamanan para pihak. Di beberapa negara, perjanjian tertulis dipersyaratkan untuk adanya keagenan yang akan berlangsung lebih dari satu tahun.

Penunjukan agen oleh prinsipal secara tertulis , dapat dilakukan dalam bentuk *informal writing*, seperti halnya sebuah surat biasa , atau dapat juga dilakukan dengan cara dibuat dalam bentuk *formal writing* , seperti halnya surat pemberian kuasa (*power attorney*). *Power attorney* adalah dokumen formal yang biasanya ditanda tangani oleh prinsipal. Namun demikian , dokumen formal tersebut dapat saja dituangkan dalam bentuk akta otentik yang dibuat oleh notaris. Di dalam sistem hukum di Amerika Serikat notaris yang membantu membuat akta tersebut dikenal dengan *Notary Public*, dan sertifikat yang dibuat *Notary Public* tersebut sering dikenal dengan “ ***acknowledgement***”. Agen yang ditunjuk oleh prinsipal dengan menggunakan *power attorney* disebut dengan “ ***attorney in fact*** “²¹

20 Ibid p 41

21 Jesse S. Raphael., *The Collier Quick and easy Guide to Law*, Collier Books, New

Walaupun hubungan hukum antara agen dan prinsipal sering dituangkan dalam bentuk perjanjian tertulis, yaitu kontrak, namun demikian tidak berarti bahwa hubungan keagenan itu adalah hubungan kontraktual. Walaupun hubungan keagenan didasarkan pada hubungan kesepakatan tidaklah berarti bahwa keagenan merupakan sub bagian dari kontrak. Bagian yang sudah menjadi bagian tidak terpisahkan dalam hubungan kontraktual adalah adanya perhitungan pembayaran. Sedangkan hubungan keagenan dapat terjadi bahkan tanpa adanya kompensasi yang diterima agen, sebagaimana terjadi pada *gratuitous agent*, yaitu agen yang bertindak secara sukarela tanpa adanya kompensasi berupa pembayaran untuk itu, walaupun demikian hak dan kewajiban yang melekat pada diri agen sama halnya dengan agen yang memperoleh pembayaran atas pekerjaan yang dilakukannya.

Dengan demikian dalam *agency* terdapat tiga pihak utama, yaitu *principal*, *agen*, dan *third party*.

Principal, sering juga disetarakan dengan istilah *master* atau *employer*, yaitu pihak yang memiliki hak untuk memberikan instruksi pada agen, baik untuk melakukan perbuatan hukum tertentu, juga bagaimana seharusnya perbuatan tersebut dilakukan, sedangkan pihak yang lainnya adalah agen. Agen sendiri sebenarnya dapat dikelompokkan kedalam kelas *servants* atau *employees*.²² Selain itu terdapat pihak lain diantara hubungan keagenan antara prinsipal dengan agen, yaitu pihak ketiga (*third party*).

Dalam *Black's Law the term "principal" describes one who has permitted or directed another (agent or servant) to act for his benefit and subject to his direction and control, such that the acts of the agent become binding on the principal. Principal includes in its meaning the term " master ", a species of principal who, in addition to other control , has a right to control the physical conduct of the species of agents known as servants , as to whom special rules are applicable with reference to harm caused by their physical acts "*.

York, N.Y.,1962, p 47

22 Pada umumnya dalam kaitannya dengan *legal definitions* maka *servants* atau *employees* adalah sinonim. Terminologi "*servant*" digunakan untuk mendeskripsikan seseorang yang tunduk pada pengawasan dari *master* atau *employer*.

Siapakah yang dapat bertindak selaku agen ?. Pada dasarnya setiap orang yang mempunyai kapasitas untuk membuat kontrak dapat ditunjuk selaku agen. Dengan demikian golongan personal yang tidak dapat menandatangani kontrak, seperti halnya anak di bawah umur, dalam pengampuan, pada dasarnya tidak dapat ditunjuk selaku agen. Namun demikian dapat saja pengadilan menunjuk pengampu, atau wali, untuk mewakilinya.

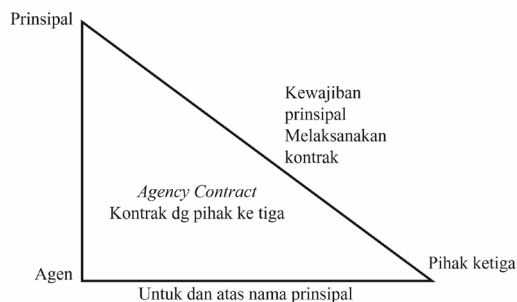
Siapakah yang dapat bertindak selaku prinsipal ?, pada dasarnya semua orang kecuali anak di bawah umur atau di bawah pengampuan, serta mempunyai kapasitas untuk membuat kontrak, mempunyai kapasitas untuk mempekerjakan pembantu dalam kapasitasnya sebagai agen atau pembantu bukan agen, mempunyai kapasitas secara hukum untuk memberikan persetujuan operasional pada pembantunya.

Dalam bidang **Akuntansi**, terdapat sebuah kajian yang **serupa tapi tak sama dengan *agency* di bidang hukum**, yaitu *Agency Theory*, yang diartikan sebagai suatu kontrak antara prinsipal (pemilik perusahaan – pemegang saham mayoritas utamanya) dengan agen (dalam hal ini adalah manajer perusahaan) untuk menjalankan aktivitas perusahaan. Prinsipal, sebagai pemilik perusahaan, berkewajiban menyediakan fasilitas dan dana untuk kebutuhan operasi perusahaan, sedangkan agen sebagai pengelola perusahaan berkewajiban mengelola perusahaan yang dipercayakan oleh pemegang saham padanya, untuk kemakmuran dan keuntungan pemegang saham, melalui peningkatan nilai perusahaan. Untuk itu, agen, dalam hal ini manajer perusahaan, akan memperoleh gaji, bonus, dan berbagai kompensasi lainnya. Dalam situasi seperti ini dapat terjadi manajer yang ditunjuk untuk menjalankan operasional perusahaan tidak menjalankannya dengan baik, atau bertindak justru untuk kepentingannya sendiri. Untuk itu penerapan prinsip *good corporate governance* dapat dijadikan kendali untuk meminimalisasi eksese negatif tersebut. Prinsip-prinsip *transparansi, akuntabilitas, responsibility, fairness*, adalah prinsip-prinsip kendali bagi manajemen perusahaan.

Hubungan antara pemegang saham dengan manajemen dalam suatu perusahaan sebagaimana disebut di atas, sering juga disebut dengan istilah *agency relationship*. Hubungan semacam ini timbul pada

saat prinsipal menggaji seseorang (agen) dalam kaitannya mewakili kepentingan prinsipal. Dalam situasi seperti ini tidak jarang terjadi perbedaan kepentingan antara prinsipal dengan agen yang mewakili kepentingan prinsipalnya. Konflik kepentingan tersebut disebut dengan *agency problem*. Dengan demikian *agency problem* adalah kemungkinan terjadinya konflik kepentingan antara pemegang saham (*stock holders*) dengan management dalam suatu perusahaan²³.

Ragaan 1



Di era saat ini , utamanya di bidang bisnis , kehadiran lembaga *agency* tidak dapat dihindari, hampir setiap aktifitas bisnis menggunakan jasa keagenan untuk memasarkan barang atau jasanya pada konsumen. Lebih dari itu, hubungan keagenan muncul tidak hanya pada pada situasi bisnis semata, tetapi dapat juga dalam kondisi tidak ada hubungannya dengan aktifitas bisnis, dalam konteks pemberian kuasa pada pihak lain untuk melakukan aktifitas tertentu, misalnya pada saat seorang mahasiswa mengembalikan buku ke perpustakaan untuk kepentingan rekannya. Keagenan dapat terjadi pada perusahaan kecil yang melibatkan dua partner kerjasama tetapi dapat juga terjadi pada perusahaan dengan ratusan karyawan , dapat juga melibatkan perusahaan dengan karyawan yang mempunyai skill yang amat tinggi (seperti halnya *enginer* di bidang perminyakan) sampai dengan urusan *baby sister*. Dengan demikian pada dasarnya semua urusan perusahaan dapat dilakukan melalui agen.

23 Ross Westerfield Jordan., *Fundamental of Corporate Finance*, Mcgraw-Hill Higher Education, 2003, p 14

Namun demikian, walaupun pada dasarnya semua urusan (perusahaan) dapat dilakukan dengan menggunakan jasa agen, terdapat beberapa urusan yang sifatnya tidak dapat didelegasikan (*non delegable*), yaitu :

1. Kewajiban yang dimiliki seorang *master, manager, employer*, yang menetapkan persyaratan keamanan dalam pekerjaannya;
2. Kewajiban yang dimiliki seseorang yang didasarkan pada persyaratan dalam kontrak tertentu;
3. Kewajiban yang dimiliki pemilik tanah, rumah pada penyewanya;
4. Kewajiban yang dimiliki pengangkut²⁴ pada penumpangnya;
5. Kewajiban yang dimiliki seseorang di bawah ketentuan perjanjian lisensi yang diterbitkan untuknya;

Kewajiban yang tidak dapat didelegasikan pada pihak lain, termasuk agen, kemungkinan amat bervariasi tergantung pada ketentuan peraturan yang diberlakukan oleh suatu negara. Apabila kewajiban yang tidak dapat didelegasikan pada pihak lain tersebut didelegasikan juga pada pihak lain, termasuk pada agen, maka akibatnya *principal, master, employer*, akan bertanggung jawab secara pribadi apabila pekerjaan tersebut tidak dapat dilakukan dengan baik, termasuk apabila menimbulkan kerugian pada pihak lain. Hal ini berarti bahwa *non delegable duties* tidak berarti bahwa kewajiban tersebut tidak dapat didelegasikan pada pihak lain, kewajiban tersebut dapat didelegasikan pada pihak lain, tetapi tanggung jawab atas kewajiban tersebut yang tidak dapat didelegasikan.

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa hubungan keagenan haruslah sesuatu yang dibolehkan oleh hukum (*a lawful purpose*), bukan sesuatu yang dilarang oleh ketentuan hukum (*prohibited by law*), atau bertentangan *public policy*²⁵. Beberapa hubungan keagenan yang dilarang oleh hukum, antara lain;

1. *Professionals licensed*, agen yang tidak berlisensi tidak dapat ditunjuk untuk menjalankan kewajiban tertentu yang dilakukan

24 Pengangkut di sini diartikan sebagai *Common Carrier's, A company in the business of transporting people or goods for a fee and holding itself out as serving the general public.*

25 Henry R. Cheeseman., *Contemporary Essentials of Business Law*, Prentice Hall 199, p 434

- profesi-profesi tertentu yang berlisensi, misalnya dokter, pengacara, dst;
- 2. Agen tidak dapat ditunjuk untuk mewakili prinsipal dalam kaitannya hak memberikan suara dalam pemilihan umum, atau ditunjuk untuk melakukan tindak kriminal tertentu;
- 3. Agen tidak dapat ditunjuk untuk menjalankan tugas pelayanan yang bersifat personal, misalnya bintang film, atlet profesional.

Dalam hubungan keagenan (*agency*), dapat terjadi adanya *general agent* atau *special agent*. Perbedaan diantara keduanya sebenarnya hanya pada persoalan derajat persoalan yang didelegasikan. *Special agent* ditunjuk untuk melakukan satu transaksi atau beberapa transaksi yang simpel, serta jangka waktunya terbatas dan seringkali tidak berkelanjutan. Sedangkan *general agent* digaji oleh prinsipal untuk melakukan serangkaian transaksi untuk jangka waktu yang lama. Selain itu kewenangan dan sejumlah tindakan diskresi (*discretion*²⁶) juga dapat dijadikan pembedaan antara *special agent* dengan *general agent*. *General agent* lebih banyak mempunyai kewenangan untuk melakukan diskresi, hak untuk memilih satu pertimbangan diantara berbagai alternatif pertimbangan yang ada padanya, daripada *special agent*.

Dalam memutuskan apakah *general agent* ataukah *special agent*, pengadilan sebaiknya mempertimbangkan beberapa hal di bawah ini ;

- 1. Jumlah tindakan yang dibutuhkan untuk mencapai hasil akhir dari kewenangan yang didelegasikan tersebut;
- 2. Jumlah personal yang dibutuhkan kaitannya dengan persiapan untuk mencapai hasil yang diinginkan;
- 3. Lama waktu yang dibutuhkan untuk mencapai hasil yang diinginkan.

Seorang menejer perusahaan kartu kredit adalah *general agent*, tetapi orang yang tugasnya mengantar barang pada pembeli dari sebuah toko, rumah makan, yang bersifat *free time*, adalah *special agent*.

26 **Discretion**, the right to use one's own judgement in selecting between alternatives.

Dalam *Black's Law Dictionary* disebutkan bahwa;

*“ General agent , one who authorized to act for his principal in all matters concerning particular business or employment of particular nature. Sedangkan special agent, one to employed conduct a particular transaction or piece of business for his principal or authorized to perform a specified act . An agent authorized to conduct a single transaction or a series of transaction not involving continuity of service.”*²⁷

Di Amerika serikat, permasalahan –permasalahan yang timbul di bidang keagenan harus dilihat beberapa ketentuan yang mengatur masalah tersebut, yaitu *agency law, contract law, tort law*. Selain itu juga sangat diperhatikan *Restatement (Second) of Agency*²⁸.

Menurut *Restatement of Agency* disebutkan bahwa konsep dasar *agency* adalah :

1. Hubungan atas`dasar kepercayaan yang merupakan manifestasi dari kesepakatan bersama para pihak yang bersepakat bahwa salah satu pihak akan melakukan perbuatan hukum tertentu untuk dan atas nama pihak lain serta tunduk pada pengawasan dan persetujuan pihak lain;
2. Pihak yang mengalihkan perbuatan hukum tersebut pada pihak lain disebut *principal*;
3. Pihak yang menerima pengalihan disebut dengan *agent*.²⁹

Dengan demikian karakter yang melekat pada keagenan adalah ;

1. Merupakan hubungan hukum dua pihak, yaitu prinsipal dan agen;
2. Prinsipal adalah pihak yang memberi kerja dan agen adalah pihak yang menerima pekerjaan dari prinsipal;

²⁷ *Black's Law Dictionary*, opcit p 41-42

²⁸ *Restatement Agency are treaties that summarize detailed recomendation* of what the law should be on particular subject. Restatement are not legislature or court made law, they become part of legal precedents when court rely on them and incorporate them into court decisions.

²⁹ Davidson, Knowles, Forsythe., *Business Law; Principles and cases in the Legal Environment*, South Western College Publishing, 1996, p 761

3. Hubungan hukum para pihak tersebut lazimnya dituangkan dalam bentuk perjanjian tertulis (*written agreement*);
4. Dengan dibuatnya perjanjian tertulis tersebut secara otomatis pemberi kerja/ *prinsipal* mendelegasikan kewenangan (*authority*) pada penerima kerja, yaitu agen, untuk mengambil keputusan dalam melakukan transaksi dengan pihak ketiga;
5. Agen bertindak tidak untuk diri sendiri tetapi bertindak untuk dan atas nama prinsipal;
6. Agen melakukan pekerjaan di bawah pengawasan prinsipal;
7. Prinsipal akan bertanggung jawab penuh atas tindakan yang dilakukan oleh agen selama tindakan tersebut dilakukan dalam batas kewenangan yang diberikan sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati;
8. Agen mempunyai kedudukan yang berbeda dengan pembantu (*servant*) ataupun karyawan/ pekerja perusahaan (*employee*).

Dengan demikian sebenarnya keagenan adalah konsep hukum, yang dibangun di atas prinsip dasar adanya bukti yang nyata adanya delegasi kewenangan yang diberikan prinsipal dan adanya persetujuan yang diberikan oleh agen pada prinsipal. Selain itu keagenan dibangun di atas prinsip dasar adanya persetujuan agen untuk bertindak di bawah pengawasan atau kontrol dari prinsipal.

Kontrol atau pengawasan yang dilakukan oleh prinsipal terhadap tindakan yang dilakukan agen merupakan elemen penting dalam bangunan keagenan. Kontrol yang dilakukan prinsipal pada agennya mempunyai tiga peranan, yaitu ;

1. *Control as element of “ servant “* status, persoalan apakah prinsipal mempunyai hak untuk melakukan pengawasan atas tindakan fisik yang dilakukan agen atau tidak, akan menentukan apakah agen adalah seorang “ *servant*” ataukah “ *employee*” terhadap prinsipal.
2. *Control as consequence*, bahwa kontrol itu dilakukan sebagai akibat status keagenan, prinsipal mempunyai hak untuk melakukan pengawasan terhadap tindakan yang dilakukan

agennta, prinsipal mempunyai kewenangan untuk melakukan kontrol setiap detail tindakan yang dilakukan agen.

3. *Control as substitute method for establishing agency status*, ketika seorang kreditor melakukan pengawasan secara ekstensif atas pekerjaan debitor, maka pengawasan atau kontrol itu sendiri telah menimbulkan hubungan keagenan. Hukum menganggap debitor sebagai agen dan kreditor sebagai prinsipal. Sebagai konsekuensinya, kreditor menjadi bertanggung jawab atas hutang-hutang debitor pada kreditor lainnya.³⁰

Agency berkaitan dengan tanggung jawab seseorang atas tindakan orang lain yang dilakukan untuk kepentingan *principal* atau *master*. Problem utamanya adalah tanggung jawab principal untuk komitmen terhadap apa yang sudah dilakukan oleh agennya. Singkat kata, *agency* lazimnya hanya berkaitan dengan transaksi bisnis dan bersifat komersial.

Filosofi dasar keagenan (*agency*) berakar pada tradisi hukum Romawi kuno, yang dalam bahasa latin : ***Qui facit per alium facit per se*** – (***He who acts through another acts himself***)- siapa yang melakukan perbuatan /tindakan melalui pihak lain maka seperti halnya melakukan perbuatan/ tindakan sendiri.³¹

Mendasarkan pada filofi dasar tersebut , prinsipal dapat memanen keuntungan dari aktifitas yang dilakukan agen untuk dan atas nama prinsipalnya. Sebagai contoh, seorang agen yang ditunjuk dan disepakati dibayar sejumlah \$ 100 untuk melakukan penjualan barang tertentu, maka prinsipal dapat memperoleh keuntungan bersih dari aktifitas penjualan yang dilakukan agennya, baik nilai penjualan tersebut hanya \$100 ataukah \$ 1000.³²

Dalam perjanjian keagenan, yang mana perinsipal memberikan *authority* pada agen untuk melakukan pekerjaan tertentu di bawah

30 Daniels. Kleinberger., *Agency, Partnership, and LLCs*, Walter Kluwer, Third Edition, 2008, p 11

31 Charles F. Hemphill,Jr. , Judy A . Long, *Basic Business Law*, Second Edition, Regents/ Prentice Hall, Englewood Cliffs, New jersey, 1994, p 150

32 Henry R. Cheeseman., *Contemporary Business Law*, Third Edition, Prentice Hall, Inc, 2000. P 237

pengawasan dan tanggung jawabnya, terdapat kondisi tertentu yang tetap menuntut prinsipal untuk melakukan pekerjaan itu sendiri dan tidak dapat didelegasikan pada agen. Kewajiban untuk prinsipal melakukan tindakan sendiri tersebut sering dikenal dengan istilah *non delegable obligations*³³, yaitu suatu kewajiban tertentu yang mengharuskan prinsipal melakukannya sendiri, contohnya pembuatan atau penyusunan pernyataan di bawah sumpah, penandatanganan sebuah kebijakan, membuat kontrak dengan lawyers, hadir sebagai saksi di pengadilan dst.

Istilah agen kadang digunakan untuk arti yang lain, misalnya digunakan untuk menunjukkan terdapatnya hak pihak tertentu untuk menjual produk tertentu, seperti halnya *dealer* yang menyebutkan sebagai agen penjualan mobil tertentu. Kadang juga diartikan sebagai hak eksklusif untuk menjual barang tertentu dalam sebuah wilayah tertentu yang diberikan. Dalam kondisi seperti ini, *dealer* bukanlah agen dalam arti mewakili kepentingan pabrik atau *manufacturer*.

Dalam sebuah aktifitas bisnis hampir semua barang-barang produk yang dihasilkan oleh perusahaan-perusahaan besar di dunia ini, termasuk Indonesia, tidak dapat dilepaskan dari peran dan keberadaan agen. Hampir tidak ada bisnis yang dapat dioperasikan hanya oleh pemilik perusahaan sendiri. Hampir tidak ada perusahaan yang dapat berhasil tumbuh dengan pesat tanpa mendelegasikan sebagian kewenangannya pada pihak lain, yaitu agen. Seandainya tidak ada aturan yang mengatur mengenai keberadaan agen dan prinsipal, kemungkinan kita tidak akan dapat menyaksikan eksistensi dunia perusahaan seperti sekarang ini. Lebih dari itu, begitu sulit untuk memahami secara utuh bagaimana asosiasi bisnis seperti halnya *partnership* dan perusahaan tanpa memahami dan mengerti aturan-aturan yang berkaitan dengan keagenan.

Agan mempunyai kekuatan untuk mendorong berhasilnya kontrak-kontrak prinsipal. Ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam kontrak keagenan telah mampu memaksakan banyak kewajiban dalam keagenan, misalnya yang berkaitan dengan kewajiban pembayaran royalty. Normalnya perjanjian keagenan, yang dibuat antara agen

33 Mallor, Barnes, Bowers, Langvardt, *Business Law; The Ethical, Global, and E Commerce Environment*, Mac Graw Hill, 2004. P 735

dan prinsipal, seharusnya merupakan perwujudan tindakan-tindakan eksklusif agen untuk mengabdikan diri, waktu, dan perhatiannya untuk mempromosikan kepentingan prinsipal.

Dengan menggunakan agen, prinsipal dapat memasuki ke sejumlah besar transaksi bisnis daripada dilakukan sendiri oleh prinsipal. Dalam praktek setiap type kontrak ataupun transaksi bisnis dapat diciptakan atau dilakukan melalui agen. Agen pada dasarnya merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari sebuah *partnership* atau kerjasama dalam kaitannya dengan menjalankan perusahaan. Seorang penulis menyebutnya “ *business, therefore , is very largely conducted, not by the owners of the business, but by their representative or agents*”.³⁴

Beberapa istilah di bawah ini bermanfaat untuk memberikan perbedaan antara satu dengan yang lain dalam kaitannya dengan hubungan keagenan;

1. Agent, pada dasarnya adalah orang³⁵ yang dipekerjakan untuk melakukan pekerjaan untuk dan atas nama pihak lain;
2. *Broker*, adalah agen di bidang perdagangan yang melakukan aktifitas membeli dan menjual barang untuk kepentingan prinsipal (biasanya menggunakan nama prinsipalnya) , tetapi tidak mempunyai hak kepemilikan pada obyek keagenan;
3. *Employee*, orang yang dipekerjakan di bawah perjanjian pemberian pelayanan dan tunduk di bawah pengawasan dari pemberi kerja dalam kaitannya dengan pekerjaan yang harus dilakukan;
4. *Estoppel*, adalah aturan hukum yang dibuat untuk mencegah orang untuk mengingkari pernyataan-pernyataannya yang telah dibuat sebelumnya atau untuk menjaga eksistensi pernyataan-pernyataan yang telah dibuatnya atau melakukan atau melaksanakan kesan yang telah diberikan pada orang lain dengan penuh ketulusan;

34 Len Young Smith, Richard A. Mann, Barry S. Roberts, *Essentials of Business Law and the Legal Environment*, West Publishing Company, 1992, p 498

35 Dalam perkembangannya dapat terjadi tidak hanya orang yang dapat bertindak selaku agen, tetapi dapat juga berbentuk badan usaha.

5. *Factor*, adalah agen di bidang perdagangan yang mempunyai hak kepemilikan atas barang atau mempunyai alas hak atas barang tertentu dari prinsipalnya dan dapat melakukan penjualan atau menjaminkan , dan prinsipal terikat pada aktifitas penjualan atau penjaminan yang dilakukannya;
6. *Del credere agent, factor* yang melakukan penjualan barang dapat dilakukannya dengan cara cash atau dengan cara kredit. Pada saat *factor* menjual barang secara kredit , ia harus bertanggung jawab penuh terhadap harga barang tersebut, yaitu ia harus bertanggung jawab penuh apabila kredit tersebut tidak terbayar. Ketika *factor* melakukan aktifitas seperti ini , ia disebut dengan *factor under a del credere commission or del credere*. Biasanya ia meminta komisi yang tinggi atas risiko tambahan tersebut. Dengan demikian *del credere* pada dasarnya adalah orang yang memberikan jaminan pembayaran pada pihak ketiga dalam kaitannya dengan pengembalian komisi ekstra pada prinsipal .
7. *Independent contractor*, adalah orang yang dipekerjakan di bawah suatu perjanjian untuk melakukan pelayanan yang bertanggung jawab untuk melakukan pekerjaan dengan harga tertentu yang telah disepakati;
8. *Ratification*, adalah tindakan melakukan transaksi dengan pihak ketiga yang kemudian diakui atau diadopsi oleh prinsipalnya, walaupun sebenarnya tindakan tersebut tidak mengikat prinsipal;
9. *Trust*, adalah hubungan kepercayaan dimana seseorang menyimpan, menahan barang ,harta tertentu , tetapi untuk keuntungan pihak lain;
10. *Trustee*, adalah orang yang menahan, menyimpan harta, barang orang lain, atas dasar kepercayaan untuk orang lain.³⁶

Dalam beberapa hal memang *trust* mirip dengan *agent*, yang mana terdapat pihak yang disebut dengan *trustee* melakukan perbuatan

36 Andrew Gibson and Douglas Fraser, *Business Law*, Third Edition, Lawbook Co, 2011, p 188-189

hukum untuk dan atas nama orang lain, dalam hal ini disebut dengan *beneficiary*. *Trustee* memiliki alas hak atas harta benda yang berada dalam penitipannya sedangkan *agent* lazimnya tidak memiliki alas hak atas harta benda yang berada dalam kuasanya. Namun demikian *trustee* tidak memiliki otoritas untuk mengikat *beneficiary* dalam kontrak yang dibuatnya, sedangkan *agent* dapat mengikat prinsipal dalam kontrak yang dibuatnya dengan pihak ketiga. *Trustee* bertindak atas namanya sendiri sedangkan agen bertindak atas nama prinsipalnya. *Trust* pada dasarnya tidak dapat diubah dan dibatalkan oleh *trustee* sedangkan *agency* dapat diubah dan dibatalkan oleh *agent* atau prinsipal.³⁷

Hal lain yang membedakan antara agen dengan *trust* adalah pada persoalan kewenangan prinsipal melakukan kontrol atas tindakan yang dilakukan agen. *Trust* dibangun diatas prinsip dasar bahwa *trustee* berkewajiban untuk melakukan perbuatan yang hanya untuk keuntungan *beneficiary*, namun demikian *beneficiary* dalam konsep *trust* tidak mempunyai hak untuk melakukan pengawasan atas tindakan yang dilakukan *trustee*, berbeda dengan hubungan keagenan yang mana prinsipal mempunyai kewenangan melakukan kontrol tindakan yang dilakukan agen, dan ini merupakan salah satu prinsip dasar bangunan hubungan keagenan.

Untuk terjadinya *trust*, paling tidak dibutuhkan adanya lima elemen³⁸, yaitu;

1. *Grantor*, adalah pihak yang mempercayakan *property*nya untuk diserahkan pada kepengurusan *trust*. *Grantor* sering disebut juga dengan istilah lain, *trustor*; *settlor*; atau *donor*. *Grantor* umumnya adalah pemilik dari *property* yang diserahkan pada pengurusan *trust*. *Grantor* juga harus mempunyai kapasitas yang cukup dari segi hukum untuk melakukan transfer aset pada *trust*.
2. *Trust Property*, adalah obyek dari *trust*, atau sering disebut dengan *trust res*. Obyek berupa *property* ini yang akan diserahkan pada

37 Josph L. Frasca., *C.P.A. Law Review*, Richard D. Irwin, INC, 1972, p 502

38 Martin M. Shenkman., *The complete Book of Trust*, John Wiley & sons, Inc, 1993, p 5-6

- trust*. Obyek tersebut dapat ditransfer / diserahkan pada saat selama perjalanan hidup seseorang , setelah meninggal dunia atau dengan cara membuat pernyataan kehendak dari *grantor*, dengan pemberian hadiah, atau dengan melakukan penunjukan.
3. *Trustee*, adalah orang yang bertanggung jawab melakukan kepengurusan dan melakukan administrasi dari suatu *trust*. *Trustee* seharusnya membuat surat pernyataan, atau kadang menandatangani *trust agreement*, bahwa ia bersedia menerima harta *trust* sebagai *trustee*. Persyaratan yang terpenting untuk bertindak selaku *trustee* adalah terdapatnya kapasitas yang memadai dari aspek hukum untuk menerima alas hak (kepemilikan hak) atas harta – harta dalam *trust*.
 4. *Beneficiary*, adalah orang yang akan menerima keuntungan dari harta yang diserahkan dalam *trust*. Orang yang akan menerima keuntungan dari harta yang diserahkan dalam *trust* dapat telah ditentukan sebelumnya , untuk itu uraian mengenai hal ini haruslah jelas dan pasti.
 5. *Intent of trust*, setiap *trust* haruslah mempunyai tujuan, atau niat, tujuan tersebut haruslah legal. Tujuan dan niatan *grantor* untuk mewujudkan *trust* merupakan langkah awal adanya *trust*. Tujuan tersebut haruslah terperinci dalam dokumen *trust*.

Hubungan keagenan umumnya terjadi karena pemberian kuasa yang dituangkan dalam bentuk formal, yang sering disebut dengan *power attorney*, sedangkan hubungan dalam *trust* merupakan hubungan yang lebih dari sekedar *power attorney*. *Power attorney* akan berakhir demi hukum manakala prinsipal menjadi *disable*, menjadi tidak mampu disebabkan karena gila, di bawah pengampuan . Bahkan *power attorney* juga akan berakhir demi hukum disebabkan karena meninggalnya prinsipal, sedangkan hubungan *trust* tidak berakhir karena meninggalnya *grantor*, lebih dari itu, agen bertindak untuk dan atas nama serta untuk keuntungan prinsipal tanpa disertai dengan alas hak atas *property* milik prinsipal, sedangkan *trustee* memiliki alas hak yang cukup atas *property* yang diserahkan *grantor* padanya, dengan demikian lebih banyak mempunyai

kewenangan untuk berbuat dari sisi hukum . Kelemahan utama *trust* hanya pada masalah biaya (*cost*) yang lebih mahal daripada *agency*.³⁹

Agent juga harus dibedakan dengan *bailment*. Pada saat terjadi penyerahan barang pada seorang agent dengan pemberian kewenangan untuk menjual barang tersebut oleh prinsipal, maka terjadilah agen sebagai *bailee*, yang hanya bertugas untuk menjaga barang tersebut untuk kepentingan prinsipal , dalam hal ini sebagai *bailor*, dengan kewajiban menjalankan kewajibannya untuk melakukan perbuatan hanya untuk *bailor*; sedangkan dalam hubungan keagenan , seorang agen yang ditunjuk tidak hanya menjalankan tugas sebagai *bailee* tetapi masih harus menjalankan kewajibannya untuk dengan penuh loyalitas dan tunduk serta patuh terhadap prinsipalnya (*has duty of loyalty and obedience to his principal*).⁴⁰

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa hubungan keagenan adalah hubungan yang didasarkan atas`dasar kepercayaan (*fiduciary*) yang berakibat pihak yang memberikan delegasi kewenangan (Prinsipal) diberikan hak untuk **melakukan kontrol atau pengawasan** terhadap pihak yang diberikan delegasi kewenangan (Agen). Sebagai konsekuensinya , agen berbuat **untuk dan atas nama prinsipal serta untuk keuntungan prinsipal**. Hal ini berarti bahwa “ **kontrol** “ dan “ **untuk dan atas nama serta untuk keuntungan** “ prinsipalnya adalah dua hal fundamental dari karakteristik hubungan keagenan.

Namun demikian tidak setiap pihak yang melakukan tindakan untuk keuntungan orang lain dapat dikualifikasikan kedalam hubungan keagenan. Misalnya hubungan antara seseorang dengan pihak lain sbb;

- Laundry yang mencuci dan menyeterika pakaian ;
- Bank yang mengadmitsitrasikan account;
- Pramusaji yang mengantar makanan;
- Kampus yang mendidik dengan ilmu;
- Petugas pos yang mengirimkan surat atau paket;
- Sopir taxi yang mengantar ke tempat tujuan.

39 Ibid p 6

40 Ibid p 503

Tindakan- tindakan yang dilakukan pihak-pihak di atas adalah untuk keuntungan orang lain , namun demikian mereka tidak bertindak sebagai agen, hal itu disebabkan tidak adanya hak untuk melakukan kontrol atas pekerjaan mereka. Dapat juga terjadi terdapat satu pihak yang mempunyai hak untuk melakukan kontrol atau pengawasan atas pekerjaan orang lain, namun demikian hubungan tersebut tetaplah tidak dapat dikualifikasikan sebagai hubungan keagenan disebabkan pekerjaan tersebut dilakukan tidak untuk dan atas nama orang lain serta sifat dari kontrol tersebut hanya bersifat umum (*general*). Sebagai contoh adalah hubungan antara distributor dengan supplier. Dalam beberapa perjanjian distribusi sering dijumpai diberikannya hak dari supplier untuk melakukan pengawasan atau kontrol atas distributor. Misalnya hal-hal yang berkaitan dengan dimana distributor dapat melakukan penjualan kembali barang-barang produknya, tentang bagaimana seharusnya distributor melakukan iklan produknya, tentang macam pelayanan purna jual pada konsumen. Walaupun demikian distributor tetap bukan agen dari *supplier*, hal itu disebabkan hubungan tersebut didesain sejak awal tidak untuk keuntungan supplier, masing-masing pihak mempunyai kepentingannya sendiri-sendiri , lebih dari itu, *supplier* tidak memiliki hak untuk melakukan kontrol yang luas atas tujuan dibangunnya hubungan tersebut.

B. Fiduciary Duties

Fiduciary duties muncul manakala seseorang memberikan delegasi atau kewenangan pada orang lain untuk melakukan perbuatan hukum tertentu untuk dan atas nama serta untuk kepentingan pihak yang memberikan kewenangan. Hubungan hukum tersebut memunculkan sebuah kewajiban moral untuk saling ditaati, yang sering dikenal dengan doktrin *fiduciary duties*.

Fiduciary duties mengakar dari konsep *fiduciary* yang diturunkan dari konsep Hukum Romawi, yang diartikan sebagai ; *means (as a noun)*,

“ a person holding the character of trustee, or a character analogous to that of a trustee, in respect to the trust and confidence involved in it and the scrupulous good faith and candor which it requires. A

person having duty , created by his undertaking , to act primarily for another's benefit in matters connected with such undertaking .

Kata *fiduciary* juga merujuk pada ; *as an adjective* ;

“ it means of the nature of a trust; having the characteristics of a trust; analogous to a trust; relating to or founded upon a trust or confidence”.

Dalam arti lain terkandung di dalamnya adalah ;

“ person having duties involving good faith, trust, special confidence, and candor towards another. A fiduciary “ includes such relationships as executor, administrator, trustee, and guardian.”⁴¹

Dalam sebuah referensi disebutkan bahwa;

“ Fiduciary duty , the legal duty to exercise the highest degree of loyalty and good faith in handling the affairs of the person to whom the duty is owed “⁴² .

Dengan demikian **fiduciary** merupakan **jiwa atau ruh dari hubungan keagenan** yang dibentuk antara prinsipal dengan agen. Secara terminologi, kata *fiduciary*, dapat digunakan baik dalam konteks sebagai kata benda (*noun*) , ataupun sebagai kata keterangan (*adjective*). Ketika *fiduciary* diartikan sebagai **kata benda** maka menunjuk pada orang yang memiliki kewajiban untuk melakukan tindakan untuk dan atas nama orang lain, serta untuk keuntungan pihak lain. Ketika kata tersebut diartikan sebagai **kata keterangan** maka merujuk pada adanya hubungan kepercayaan , artinya dalam hubungan tersebut terdapat suatu prinsip dasar, yaitu *trust* (kepercayaan) dan *confidence* (keyakinan).⁴³

41 Hanry Camphel Black, M.A., *Black's Law Dictionary*, ST. Paul.Minn, West Publishing Co, 1991, p 431

42 Davidson, Knowles., *Business Law; Principles and Cases in the Legal Environment*, South Western College Publishing, 1996, p 766

43 Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz., *Business Law Today, Text & Summarized*

Kebanyakan pengadilan di Amerika Serikat secara konsisten berpegang pada sebuah prinsip dasar bahwa setiap agen mempunyai kewajiban untuk memberikan pelayanan **dengan penuh kejujuran** pada prinsipalnya, dan hal tersebut berlaku di semua aspek keagenan. Rahasia perusahaan prinsipal seperti halnya daftar customer, formula, proyeksi penjualan, dan rahasia perusahaan yang lain, adalah termasuk kategori rahasia perusahaan yang wajib dilindungi agar informasi tersebut tidak jatuh ke tangan pihak yang tidak berhak yang dapat berakibat timbulnya kerugian. Kewajiban agen untuk menjaga rahasia perusahaan tersebut akan berlangsung terus walaupun hubungan keagenan berakhir. Kewajiban *fiduciary* menuntut agen untuk tidak melakukan hal-hal yang bertentangan dengan kepentingan prinsipalnya (*conflict of interest*), kecuali hal tersebut mendapat persetujuan prinsipal. Seorang *broker real estate* atau seorang *sales property* tidak dibenarkan menjual *property* tersebut untuk dirinya sendiri (*own account*), kecuali mendapat persetujuan prinsipal. Namun demikian pengalaman menunjukkan bahwa persetujuan prinsipal tersebut sebaiknya dalam bentuk tertulis.

Pelanggaran terhadap *fiduciary duties* oleh agen dapat mengakibatkan pembatalan kontrak oleh prinsipal dengan segera. Di samping itu, agen akan bertanggung jawab terhadap kesalahan yang telah dibuatnya, atau juga bertanggung jawab atas kontrak yang batal karena kesalahannya.

C. Persoalan Authority Dan Tanggung Jawab Prinsipal

Terdapat tiga hubungan hukum yang berbeda, kaitannya dengan pertanggung jawaban prinsipal terhadap pihak ketiga;

1. *The employer/master- employee/servant relationship*;
2. *The employer – agent relationship*;
3. *The employer-independent contractor relationship*.

Pada dasarnya terdapat perbedaan pertanggung jawaban prinsipal/ master/ *employer* terhadap posisi agen, pembantu (*servant*), pekerja/ karyawan (*employee*) di satu pihak dengan pertanggung jawaban

prinsipal/ master/ *employer* terhadap tindakan yang dilakukan oleh *independent contractor*. Berdasarkan doktrin *respondeat superior*⁴⁴, maka *prinsipal, master, employer* bertanggung jawab atas kerugian yang timbul terhadap pihak ketiga yang diakibatkan kesalahan tindakan dari agen, pembantu, pekerja, selama perbuatan tersebut dilakukan masih dalam lingkup pekerjaannya. Sedangkan prinsipal, *employer* lazimnya tidak bertanggung jawab atas tindakan yang menimbulkan kerugian terhadap pihak ketiga atas kesalahan yang dilakukan oleh *independent contractor*.⁴⁵

Dalam bahasa lain, doktrin *respondeat superior* sama dengan *theory vicarious liability* dalam sebuah korporasi, bawa seorang menejer dari sebuah perusahaan akan bertanggung jawab atas kesalahan yang dilakukan oleh bawahannya, bahkan walaupun menejer telah mengatakan pesan pada karyawannya untuk tidak melakukan pelanggaran hukum.⁴⁶

Kapan *respondeat superior*⁴⁷ diterapkan?. Pada saat menentukan apakah doktrin *respondeat superior* akan diterapkan atau tidak, maka pengadilan mendasarkan pada dua persyaratan yang harus ada ;

1. Harus terdapat hubungan *master-servant* atau *employer-employee* antara individual yang menimbulkan kerugian dengan *employer* yang akan bertanggung jawab terhadap kerugian tersebut;
2. Bahwa perbuatan yang salah dari pembantu atau pegawai dilakukan dalam lingkup pekerjaannya.

44 ***Respondeat Superior*** adalah suatu prinsip dasar yang menyebutkan bahwa “*An employer is liable for the torts of an agent committed in the scope of the employment.*”

45 *Ibid* p.230

46 Constance E. Bagley., *Managers and the Legal Environment, Strategies for the 21st Century*, West Publishing Company, 1995, p 155

47 ***Respondeat superior*** sama dengan *vicarious liability*, bahwa prinsipal akan bertanggung jawab atas semua tindakan agen yang dilakukan sebagai bentuk komitmen serta dilakukan dalam lingkup pekerjaan yang didelegasikan padanya. Dalam istilah lain sringkali juga disebut dengan *the “deep pocket “ theory: the principal (usually a corporation) has deeper pockets than the agent , meaning that it has the wherewithal to pay the injuries traceable one way or another to events it set in motion.*

Pada dasarnya doktrin *respondeat superior* muncul karena tiga problematika pertanyaan yang tidak mudah dijawab, yaitu :⁴⁸

1. Type atau bentuk agen yang seperti apa yang dapat menciptakan tanggung jawab bagi prinsipal atas kesalahan yang dilakukan agen?;
2. Apakah prinsipal bertanggung jawab atas kesalahan yang disengaja oleh agennya ?
3. Apakah agen melakukan kesalahan tersebut dalam lingkup pekerjaan yang didelegasikan padanya ?.

Secara umum , justifikasi tanggung jawab *master* terhadap kesalahan yang dilakukan oleh *servant* (pembantunya) , termasuk di dalamnya tanggung jawab prinsipal terhadap agennya , adalah :

1. Bahwa *master* akan lebih berhati-hati dalam memilih pembantu kaitannya untuk mengurangi risiko atau menghindari tanggung jawabnya;
2. Bahwa *master* akan lebih meningkatkan pengawasan atas perbuatan yang dilakukan pembantunya untuk menghindari tanggung jawabnya;
3. Bahwa tanggung jawab terhadap pembantu adalah persoalan biaya dalam melakukan aktifitas bisnis;
4. Bahwa *master* adalah pihak yang mendapat keuntungan atas tindakan yang dilakukan pembantunya;
5. Bahwa orang yang mempunyai kekuasaan melakukan pengawasan atas suatu tindakan seharusnya adalah orang yang bertanggung jawab di bidang finansial;
6. Bahwa *master* dapat mengasuransikan tanggung jawabnya pada perusahaan asuransi;⁴⁹

Dengan demikian doktrin *respondeat superior* tidak didasarkan pada suatu ide bahwa *master* telah melakukan suatu kesalahan, tetapi hal ini adalah suatu kekhususan dari sebuah doktrin *strict liability*⁵⁰, **bahwa**

48 Jetro K. Lieberman, George J. Siedel, *Business Law and the Legal Environment*, Harcourt Brace Jovanovich Publisher, 1985, p 834

49 Davidson, Knowles and Forsythe, *opcit* , p 807.

50 *Strict Liability = Liability of an action simply because it occurred, not because it*

tanggung jawab atas suatu perbuatan yang merugikan hanya didasarkan karena telah terjadinya perbuatan atau tindakan tertentu dan bukan didasarkan pada kesalahan yang dilakukan oleh orang yang harus mengganti rugi karena perbuatan tertentu.

Filosofi sederhananya bahwa *master* telah menggaji pembantu untuk melakukan perbuatan tertentu, apabila pembantu melakukan kesalahan, maka master seharusnya membayar ganti kerugian yang timbul karena perbuatan pembantunya. Dengan kata lain, seseorang seharusnya membayar, dan *master* adalah pihak yang pada posisi terbaik dapat melakukan pembayaran tersebut dan menanggung kerugian yang timbul. Namun demikian *respondeat superior* mensyaratkan adanya *wrongful act*, tindakan yang salah menurut hukum yang dilakukan oleh pembantu.

Respondeat superior, tidak menjadikan *master* menjadi penanggung semua perbuatan pembantunya. *Master* hanya akan bertanggung jawab atas tindakan pembantunya bila tindakan yang dilakukan dalam menjalankan tugasnya dan dalam lingkup pekerjaannya. Dengan demikian prinsip dasarnya pembantu bertanggung jawab atas kesalahan yang dibuatnya, sedangkan master bertanggung jawab bila terjadi perkara di pengadilan. Urusan tanggung jawab *master* terhadap kesalahan yang dilakukan pembantunya, berkaitan erat dengan hak yang dimiliki *master* untuk melakukan kontrol atau pengawasan terhadap perbuatan yang dilakukan pembantunya. Hak melakukan pengawasan yang dimiliki *master* tersebut yang membedakan antara pembantu dengan bukan pembantu. Prinsipal yang mempunyai hak melakukan kontrol terhadap pembantunya disebut dengan *master*, dan pekerja yang diawasi disebut dengan pembantu (*servant*).

Doktrin *respondeat superior* hanya diterapkan pada pembantu dan tidak diterapkan pada bukan pembantu, karena master tidak mempunyai hak melakukan kontrol terhadap *non servant*, dan karena tidak ada kewenangan melakukan pengawasan terhadap perbuatan yang dilakukan *servant* maka pihak ini bukan *master*.

Dengan demikian prinsip dasarnya berpijak pada situasi dimana agen harus berposisi sebagai pembantu (*servant*) sebelum doktrin

is the fault of the person who must pay.

respondeat superior diterapkan, namun demikian dapat saja prinsipal langsung bertanggung jawab atas kerugian yang timbul pada pihak ketiga karena kesalahan yang dilakukan agennya, bahkan walaupun agen tidak berposisi sebagai pembantu (*servant*). Sebagai contoh dalam situasi dimana prinsipal memberikan instruksi pada agen dalam melakukan kesalahan tindakan, atau pada situasi dimana prinsipal tidak secara cukup melakukan pengawasan atau kontrol tindakan yang dilakukan oleh agennya, atau prinsipal memberikan persetujuan atau memberikan pengakuan atas kesalahan yang dilakukan agennya.

Menyimak prinsip dasar doktrin *respondeat superior*, menjadi pertanyaan adalah apakah *respondeat superior* tersebut konstitusional ataukah inkonstitusional, apakah *respondeat superior* tersebut *fair* ataukah *unfair*?. Di Amerika Serikat, khususnya *US`Supreme Court* memandang bahwa *respondeat Superior* bukanlah tindakan yang *unfair* ataupun *unconstitutional*.

Dalam ketentuan *The Restatement (Second) of Agency* di Amerika Serikat, penentuan apakah *servant*, pembantu, agen, melakukan perbuatan dalam lingkup pekerjaannya (*scope of authority*), faktor-faktor yang dipertimbangkan adalah :

1. Perbuatan tersebut merupakan salah satu jenis pekerjaan untuk mana dia dipekerjakan untuk melakukan suatu pekerjaan;
2. Perbuatan tersebut secara substansial terjadi dalam rentang waktu untuk mana ia diberikan kewenangan dan terjadi dalam waktu yang terbatas;
3. Perbuatan tersebut dilakukan dalam rangka memberikan pelayanan pada *master*;
4. Jika terdapat niat pemaksaan kehendak dari *servant* terhadap pihak ketiga, maka penggunaan pemaksaan kehendak tersebut adalah suatu yang tidak diharapkan oleh *master*.

Sedangkan pengadilan di Amerika Serikat telah menerapkan standart yang lebih fleksibel dalam menentukan apakah perbuatan yang dilakukan agen dalam lingkup kewenangan yang diberikan prinsipal padanya atau tidak , beberapa faktor yang dipertimbangkan adalah ;

1. Apakah tindakan yang dilakukan agen secara khusus diminta atau diberikan kewenangan oleh prinsipal?

2. Apakah tindakan yang dilakukan agen merupakan bagian dari pekerjaan untuk mana agen dipekerjakan ?
3. Apakah tindakan tersebut secara substansial terjadi dalam jangka waktu pekerjaan yang didelegasikan oleh prinsipal?
4. Apakah tindakan yang dilakukan agen tersebut terjadi pada lokasi untuk mana pekerjaan tersebut dilakukan?

Lebih lanjut beberapa hal yang dipertimbangkan dalam menentukan apakah perbuatan tersebut dalam lingkup pekerjaannya, dalam batas kewenangannya atau tidak, adalah sebagai berikut;

1. Apakah tindakan tersebut biasa dilakukan oleh pembantu tersebut atau tidak ;
2. Waktu, tempat, dan tujuan perbuatan tersebut dilakukan oleh pembantu tersebut;
3. Hubungan yang terjadi sebelumnya antara *master* dan *servant*;
4. Apakah terdapat alasan bahwa *master* memang berharap tindakan tersebut akan dilakukan oleh *servant*;
5. Persamaan dalam kualitas atas tindakan yang telah dilakukan *servant* dengan tindakan yang secara legal diberikan kewenangan;
6. Apakah *master* telah memberikan pengarahan, pedoman, sebelum terjadinya perbuatan *servant* yang dianggap keliru tersebut;
7. Apakah perbuatan *servant* tersebut tergolong kriminal yang serius.⁵¹

Dalam banyak kasus, faktor-faktor tertentu kemungkinan mengindikasikan bahwa apa yang diperbuat *servant* adalah dalam lingkup pekerjaannya sedangkan faktor –faktor yang lain kemungkinan mengindikasikan sebaliknya.

Dua hal yang sering dijadikan bahan analisis pengadilan dalam menentukan apakah tindakan yang dilakukan *servant* dalam menjalankan pekerjaan dan dalam lingkup pekerjaannya , adalah waktu dan tempat tindakan atau peristiwa yang mengakibatkan kerugian pada pihak ketiga

51 Davidson, ibid hal 809,810

tersebut terjadi. Faktor yang dipertimbangkan adalah apakah kesalahan yang terjadi tersebut merupakan bagian tidak terpisahkan dengan pekerjaannya dan apakah kesalahan tersebut terjadi dalam waktu atau saat jam kerja.

Berkaitan dengan tindakan pengawasan yang dilakukan master terhadap tindakan *servant*, maka berlaku sebuah pedoman bahwa kegagalan *master* melakukan pengawasan yang cukup atas tindakan atau perbuatan yang diserahkan pada pembantu (*servant*) akan menimbulkan tanggung jawab atas kerugian yang timbul pada pihak ketiga yang ditimbulkan oleh tindakan pembantu.

Bagaimana bila terjadi *servant* gagal melakukan perbuatan yang telah diinstruksikan oleh *master* padanya ? , umumnya *master* bertanggung jawab atas kegagalan *servant* melakukan tindakan yang telah diinstruksikan padanya. Prinsip dasar *respondeat superior* bahwa doktrin ini tidak bermaksud mengurangi tanggung jawab pelaku, dalam hal ini *servant* (pembantu), tetapi doktrin tersebut hanya menambah pihak lain yang akan bertanggung jawab atas peristiwa yang merugikan yang dilakukan oleh pembantu, yaitu *master*.

Permasalahan lain barangkali akan muncul pada saat menentukan siapakah master yang bertanggung jawab atas kesalahan yang dilakukan pembantu (*servant*) pada saat terjadi peminjaman pembantu (*borrowed servant*). Pada saat terjadi kesalahan yang dilakukan oleh pembantu yang dipinjamkan pada pihak lain, siapakah *master* yang bertanggung jawab dalam peristiwa ini ? . Dalam kondisi meminjamkan pembantu pada pihak lain, terjadilah dua master dalam situasi ini, yaitu master yang meminjamkan pembantu (*lending master*) dan master yang dipinjamkan pembantu (*borrowing master*), atukah kedua master tersebut bertanggung jawab ? .

Prinsip dasarnya bahwa *master, employer, principal*, adalah pihak yang tidak hanya diberikan kewenangan untuk memberikan perintah untuk melakukan tindakan tertentu tetapi juga diberikan kewenangan untuk memberikan perintah atau petunjuk bagaimana tindakan tersebut seharusnya dilakukan. Dalam situasi terdapat dua master, maka pada

dasarnya master tersebut dapat dikelompokkan dalam dua golongan, yaitu general master⁵², dan *special master*.

Dalam kondisi peminjaman pembantu atau *servant* dan mengakibatkan terdapatnya dua master, apabila terjadi kesalahan yang dilakukan pembantu tersebut yang mengakibatkan kerugian pada pihak ketiga, maka pengadilan kemungkinan akan memutuskan berbeda satu pengadilan dengan yang lain. Beberapa pengadilan mungkin akan menetapkan dua master tersebut bertanggung jawab atas kesalahan yang dilakukan pembantu yang dipinjamkan tersebut, dengan dasar alasan bahwa perbuatan pembantu tersebut di bawah pengawasan kedua master tersebut dan pekerjaan yang dilakukan pembantu yang dipinjamkan tersebut adalah untuk keuntungan dua master tersebut.. Pengadilan lain barang kali memutuskan lain, *special master*lah yang bertanggung jawab atas kesalahan yang diperbuat pembantu yang dipinjamkan dikarenakan faktanya pembantu tersebut bekerja untuk kepentingan *special agent* pada saat kesalahan tersebut terjadi. Pengadilan yang lain barangkali akan memutuskan bahwa *general agent* yang bertanggung jawab atas kesalahan yang dilakukan pembantu yang dipinjamkan disebabkan karena pada akhirnya pembantu yang dipinjamkan tersebut tunduk pada pengawasan atau kontrol *general master* dan digaji oleh *general master*.

Apabila situasi tersebut dipandang dari sisi pembantu yang dipinjamkan, patut dijadikan tolok ukur adalah sebenarnya siapa yang mempekerjakan pembantu yang dipinjamkan yang melakukan kesalahan dan mengakibatkan kerugian pada pihak lain ?. Untuk menghindari kerumitan tersebut , sebenarnya secara bijak dapat diperjanjikan terlebih dahulu dalam sebuah perjanjian tentang siapa yang akan bertanggung jawab apabila terjadi kerugian yang ditimbulkan oleh pembantu yang dipinjamkan tersebut, lebih lanjut ditentukan siapa yang harus menanggung asuransi pertanggung jawaban perbuatan pembantu apabila menimbulkan kerugian pada pihak lain, apabila risiko kerugian tersebut akan dilimpahkan pada perusahaan asuransi.

52 Pengertian **general master** dan **special master** sama halnya dengan pengertian *general agent* dan *special agent*. **Special agent** is employed to complete one transaction or a simple series of transaction. A **general agent** is hired to conduct a series of transaction over the time.

Melihat konsep pekerjaan agen sebagaimana disebut pada uraian di atas, maka sebenarnya konsep pekerjaan agen mirip tetapi berbeda dengan pembantu (*servants*) dan pekerja / karyawan (*employee*). Pembantu (*servants*) adalah seseorang yang menerima pekerjaan untuk dan di bawah pengawasan dari prinsipal/ master. Pekerja adalah seseorang yang menerima sebuah pekerjaan untuk tujuan memperoleh gaji/ penghasilan dan bekerja di bawah pengawasan pemberi kerja (*employer*). Baik pembantu ataupun pekerja lebih bersifat memberikan pelayanan yang bersifat pribadi (*personal service*). **Pembantu dan pekerja biasanya bekerja lebih sedikit membutuhkan pertimbangan-pertimbangan atau diskresi sebagai hasil akhir untuk mana dia dipekerjakan. Pembantu dan pekerja umumnya digaji karena waktu yang dibutuhkan untuk melakukan pekerjaan⁵³. Sedangkan agen umumnya digaji bukan karena waktu yang dibutuhkan untuk suatu pekerjaan, tetapi agen digaji utamanya karena keahliannya dalam bekerja.**

Selain agen, pembantu (*servants*), karyawan/ pegawai (*employee*), terdapat juga pekerja dengan karakter khusus yang mirip dengan karakter agen, yaitu *independent contractor*. *Independent contractor* adalah mereka yang mengikatkan diri dalam suatu kontrak dengan pihak lain untuk bekerja dengan metoda yang mereka miliki sendiri dan tanpa adanya pengawasan atau kontrol dari pemberi kerja, kecuali hasil pekerjaannya. Selain itu ciri yang lain dari *independent contractor* adalah melakukan sebagian dari sebuah pekerjaan besar, misalnya kontraktor bangunan. Lebih dari itu ciri utama dari *independent contractor* adalah tidak mewakili pemberi pekerjaan dalam kaitannya dengan hubungan atau transaksi dengan pihak ketiga, sedangkan agen bekerja untuk dan atas nama serta merepresentasikan /mewakili kepentingan prinsipal dalam hubungannya dengan pihak ketiga.

Independent contractor boleh jadi merupakan agen, tetapi hal ini bukan merupakan suatu keharusan untuk menjadi *independent*

53 Sifat pekerjaan pembantu dan pegawai/ karyawan lebih bersifat “*ministerial in nature*”, dalam Robert T. Cheng and Robert D.Upp, *Business Law*, 1990, West Publishing and Co, p 230

contractor: *Independent contractor* yang juga bertindak selaku agen maka wajib untuk ;

1. Menjalankan *fiduciary duties*, yaitu *the legal duty to exercise the highest degree of loyalty and good faith in handling the affairs of the person to whom the duty is owed*;
2. *Can bind their principals to contract*.⁵⁴

Pengadilan di Amerika Serikat, telah membuat beberapa pengecualian bahwa dalam kondisi tertentu maka prinsipal bertanggung jawab terhadap tindakan yang dilakukan oleh *independent contractor* dalam beberapa situasi, yaitu :

1. Apabila sesuatu yang telah diperjanjikan antara prinsipal dengan *independent contractor* dilakukan oleh *independent contractor* secara melawan hukum;
2. Apabila tindakan yang dilakukan oleh kontraktor tersebut menimbulkan gangguan terhadap publik;
3. Apabila kewajiban yang dilakukan kontraktor diancam sanksi hukum;
4. Apabila pekerjaan yang dilakukan tersebut menunjukkan terdapat *inherently dangerous*⁵⁵, sifat berbahaya yang timbul yang merupakan ciri bawaan dari pekerjaan tersebut, contohnya adalah *blasting* (penggunaan dinamit untuk memecahkan sesuatu)
5. Apabila *employer* telah lalai dalam melakukan seleksi, membuat instruksi, atau melakukan supervisi terhadap kontraktor;
6. Apabila *employer* telah mempunyai pengetahuan akan terjadinya situasi yang membahayakan dengan dibuatnya kontrak dengan kontraktor tetapi gagal untuk mencegahnya atau menghentikan sementara waktu atau gagal mengoreksinya;⁵⁶

Sedangkan pertanggung jawaban prinsipal terhadap tindakan yang dilakukan agen pada dasarnya didasarkan pada sebuah pedoman bahwa

54 Davidson., opcit p 767

55 *Inherently dangerous* diartikan sebagai “ *dangerous from the nature of the work it self*”.

56 Robert T. Cheng and Robert D. Upp, ibid p 231

apakah terdapat **authority** pada tindakan agen tersebut . Artinya tindakan agen baru akan mengikat prinsipal apabila tindakan agen tersebut masuk dalam *authority* yang diberikan oleh prinsipalnya. Dengan demikian tidak semua tindakan agen menjadi tanggung jawab prinsipal.

Apakah *authority* itu ?. *Authority is an agent's ability to affect his principal's legal relation*⁵⁷. Dengan demikian *authority* adalah kemampuan yang dimiliki oleh agen untuk mempengaruhi hubungan hukum yang dimiliki oleh prinsipal, artinya hubungan hukum yang dilakukan antara agen dengan pihak ketiga , yang semestinya menjadi tanggung jawab agen sendiri, karena *authority* yang diberikan oleh prinsipal pada agen , mengakibatkan berpindahnya tanggung jawabnya pada prinsipal.

Pada dasarnya *authority* terjadi melalui dua bentuk utama, yaitu *actual authority* dan *apparent authority*. Keduanya didasarkan pada suatu pernyataan yang jelas mengenai persetujuan dari prinsipal bahwa agen dibolehkan melakukan tindakan tertentu dan mengikat prinsipal. Untuk *actual authority* maka pernyataan persetujuan dari prinsipal tersebut haruslah dikomunikasikan pada agen. Sedangkan untuk *apparent authority*, maka pernyataan persetujuan dari prinsipal tersebut haruslah dikomunikasikan pada pihak ketiga.⁵⁸

Actual authority terbagi dalam dua bentuk, yaitu *express authority* dan *implied authority*. *Actual authority* tercipta karena adanya pernyataan yang jelas dari prinsipal, baik secara tertulis ataupun lisan. Agen yang memiliki perintah yang dinyatakan dengan jelas oleh prinsipal akan mengikat prinsipal atas tindakan-tindakannya terhadap pihak ketiga. Dengan kata lain *actual authority* adalah delegasi kewenangan yang diterima agen dari prinsipalnya, sedangkan kewenangan yang secara jelas diberikan oleh prinsipalnya pada agen disebut dengan *express authority*.

Namun demikian dalam praktek, tidak jarang terjadi prinsipal tidak secara jelas dan tegas memberikan pernyataan memberikan *authority* pada agen, sedangkan hal itu tidak secara jelas termasuk dalam *express*

57 Mallor, Barnes, opcit P 785

58 Ibid

authority. Untuk itu aturan keagenan juga telah melengkapinya dengan memberikan *implied authority*⁵⁹ pada agen. Agen pada umumnya mempunyai *implied authority* dengan berpedoman pada situasi apakah tindakan tersebut wajar **diasumsikan bahwa prinsipal juga menginginkan agen melakukan tindakan tersebut**, termasuk di dalamnya adalah **tindakan-tindakan wajar yang dibutuhkan untuk dilakukan** dalam kaitannya dengan bisnis keagenan, **tindakan-tindakan yang biasanya dilakukan** pada saat melakukan bisnis keagenan tersebut.

Kadang terjadi agen yang tidak mempunyai *actual authority* tetapi masih dapat memberikan kesan seolah-olah agen mempunyai *authority* dan hal tersebut dipercaya oleh pihak ketiga. Untuk melindungi pihak ketiga dalam situasi seperti ini aturan keagenan masih memungkinkan mengikat prinsipal dengan mendasarkan pada *apparent authority*.

Apparent authority muncul manakala tindakan-tindakan prinsipal mengakibatkan pihak ketiga secara wajar mempercayai bahwa agen diberikan kewenangan untuk melakukan tindakan tertentu pada pihak ketiga. *Apparent authority* sangat tergantung pada apa yang dikomunikasikan prinsipal pada pihak ketiga, baik secara langsung atau mengkomunikasikannya melalui agen. Prinsipal kemungkinan memberikan *apparent authority* pada agen dengan cara memberikan pernyataan langsung pada pihak ketiga, atau memberikan pernyataan pada agen hal yang serupa dinyatakan pada pihak ketiga, atau memberikan ijin pada agen untuk berbuat sesuatu yang memberikan kesan adanya *authority* pada agen. Agen tidak dapat memberikan pada dirinya sendiri *apparent authority* dan *apparent authority* tidak terjadi tanpa adanya persetujuan dari prinsipal. Pada akhirnya pihak ketiga haruslah secara bijak mempercayai kewenangan agen.

Namun demikian perlu ditegaskan bahwa “ *apparent authority* “ hanya terjadi pada situasi dimana “ **menampakkan kesan terdapatnya *authority*** “ dan **bukan pada situasi terdapatnya *authority* yang sebenarnya**, dan hal itu terjadi atau diciptakan oleh prinsipal.

59 *Implied authority* sering disamakan dengan *inferred authority*, namun demikian terdapat perbedaan diantara keduanya.

Tanggung jawab prinsipal terhadap agennya, kemungkinan tidak saja didasarkan pada aturan hukum keperdataan, kemungkinan dapat saja terjadi pertanggung jawaban terhadap hal-hal yang menyangkut aturan hukum pidana, yaitu pada saat agen melakukan tindakan yang menyangkut masalah pidana. Dalam hal seperti ini, prinsipal dapat saja terasangkutan masalah pidana atas kesalahan yang diperbuatnya sendiri menyangkut hal-hal yang berkaitan dengan keagenan, yaitu dalam hal prinsipal memberikan perintah atau mendorong agen melakukan tindakan yang diancam pidana. Beberapa perbuatan yang dapat menyeret prinsipal dalam masalah pidana antara lain, ***conspiracy, solicitation, atau accessory to the crime.***⁶⁰ *Conspiracy*, an unlawful situation in which two or more people or corporation plant to engage in an ilegal act or to use ilegal means to achieve a lawful objective. *Solicitation*, a situation in which one person convinces another to engage in criminal activity. *Accessory to the crime*, a situation in which one person assists another in the commission of a crime, without being the primary actor.

D. Scope/ Lingkup Authority Agen

Pada dasarnya terdapat empat scope atau lingkup atas *authority* yang diberikan pada agen oleh prinsipal, yaitu *express authority, incidental authority, customary authority, apparent authority*.

Express authority, hal ini terjadi manakala prinsipal memberitahu agen untuk melakukan tindakan atau perbuatan tertentu, dalam hal ini agen memiliki *express authority* untuk melakukan tindakan atau perbuatan tersebut mewakili kepentingan prinsipal. *Express authority* dapat diindikasikan dengan perbuatan tertentu atau melalui perkataan prinsipal. Misalnya, ketika agen menginformasikan pada prinsipal tentang rencana bisnis tertentu dan prinsipal tidak berkeberatan dengan hal tersebut, maka terjadilah authorisasi yang diindikasikan secara diam-diam.

Incidental authority, bahwa agen diartikan mempunyai *incidental authority* atas tindakannya yang dilakukan secara wajar dan dibutuhkan

60 Davidson, Knowles and Forsythe, opcit p 816

untuk mengeksekusi *express authority* yang diberikan prinsipal pada agen. Misalnya, prinsipal memberikan *authority* pada agen untuk melakukan penjualan tanpa perlu pembayaran secara tunai atau cash, hal ini berarti agen memiliki *incidental authority* untuk melakukan penjualan atas barang secara kredit..

Customary authority, agen diartikan mempunyai *customary authority* atas tindakan yang dilakukannya selama tindakan tersebut sesuai dengan kebiasaan dalam komunitas bisnis, contohnya agen yang mempunyai *express authority* untuk menerima pembayaran dari pihak ketiga, maka agen dianggap mempunyai kewenangan untuk menerbitkan tanda bukti penerimaan.

Apparent authority, bahwa seseorang memiliki *apparent authority* sebagai agen pada saat prinsipal melalui kata-kata atau melalui tindakan tertentu yang memberikan kesan pada pihak ketiga bahwa seseorang tersebut memiliki kewenangan melakukan perbuatan tersebut dan pihak ketiga bergantung pada kesan tersebut.

Terdapat sebuah prinsip dasar yang perlu ditegaskan bahwa ketika agen dengan kewenangan yang diberikan oleh prinsipal padanya, melakukannya secara wajar membuat kontrak dengan pihak ketiga, maka kontrak tersebut mengikat prinsipal dengan pihak ketiga. Agen bukanlah pihak dalam kontrak tersebut. Konsekuensinya, pada saat kepemilikan barang tersebut milik prinsipal maka agen tidak bertanggung jawab atas jaminan pada barang tersebut yang dijual melalui agen (*sold by agent*). Hal tersebut dikarenakan pemilik barang adalah prinsipal dan bukan agen. Agen bertindak selaku penjual dalam transaksi penjualan barang tersebut.

E. Terjadinya Keagenan

Keagenan dapat terjadi melalui beberapa cara, yaitu melalui penetapan, perbuatan, ratifikasi, atau disebabkan ketentuan hukum.

1. Keagenan melalui Penetapan (*appointment*)

Keagenan melalui penetapan artinya terdapatnya seseorang yang ditunjuk dan ditetapkan untuk melakukan perbuatan untuk dan

atas nama orang lain. Dalam beberapa hal terjadinya keagenan melalui penetapan dilakukan secara lisan, namun demikian dalam beberapa hal haruslah dilakukan dengan cara tertentu, harus dilakukan secara tertulis apabila berkaitan dengan kepentingan-kepentingan yang berkaitan dengan persoalan tanah. Keagenan yang memberikan kewenangan pada seseorang dan dituangkan dalam perjanjian tertulis sering disebut dengan istilah *power attorney*.

Keagenan tidak dapat terjadi manakala dua orang terikat dalam sebuah hubungan perkawinan, antara suami dan isteri atau sebaliknya. Keagenan juga lazimnya tidak dapat terjadi pada kondisi dimana dua orang atau lebih yang memiliki secara bersama suatu harta kekayaan (*property*), atau dalam status *co owner of property*.⁶¹

2. Keagenan melalui Perbuatan (*conduct*)

Keagenan melalui perbuatan dapat terjadi melalui dua cara, yaitu melalui perbuatan prinsipal sebagai agen dan perbuatan prinsipal sebagai pihak ketiga. Perbuatan atau tindakan prinsipal sebagai agen terjadi pada situasi sejak terjadinya kesepakatan untuk melakukan keagenan dengan dicapainya persetujuan para pihak, maka setiap tindakan prinsipal, termasuk di dalamnya kata-kata, yang menjadikan orang mempercayai bahwa prinsipal menyetujui pada tindakan seseorang sebagai seorang agen untuk kepentingan prinsipal telah cukup untuk menciptakan terjadinya keagenan. Seperti halnya bila prinsipal tahu dan tidak ada keberatan atas tindakan yang dilakukan orang lain, memberikan ijin pihak lain bertindak selaku agen, oleh karenanya hukum menganggap telah diberikannya authorisasi pada agen, lebih dari itu prinsipal tidak diperkenankan untuk menolak bertanggung jawab tindakan agen tsb. Perbuatan prinsipal sebagai pihak ketiga kemungkinan juga dapat menyebabkan

61 Ronald A. Anderson., 1980, *Business Law*, Seventh Edition, South-Western Publishing Co, p.532

pihak ketiga percaya bahwa agen telah diberikan *authority* dari prinsipal. Dengan demikian, apabila pemilik sebuah toko menempatkan seseorang yang menggantikannya sebagai pihak yang abertanggung jawab, maka pihak ketiga akan mempunyai anggapan bahwa orang pengganti tersebut adalah agen dari pemilik, yang kemudian memunculkan kesan bahwa ia adalah pihak yang diberikan kewenangan dan bertanggung jawab, hal ini sering disebut dengan *apparent authority*. Pada situasi *francisor* memberikan ijin pada *franchisee* untuk menjalankan bisnis di bawah nama dagang *francisor* maka *francisor* tidak dapat menolak atau mengingkari bahwa *franchisee* mempunyai kewenangan untuk melakukan transaksi dengan konsumen, termasuk di dalamnya kontrak untuk kepentingan iklan, dan kontrak tersebut akan mengikat *francisor*.

3. Keagenan melalui Ratifikasi (*ratification*)

Agen, kemungkinan melakukan tindakan-tindakan yang sebenarnya termasuk tindakan yang diluar kewenangan yang diberikan oleh prinsipalnya, atau bisa terjadi seorang yang bukan agen yang diberikan kewenangan oleh prinsipal justru melakukan tindakan atau perbuatan seperti halnya agen. Pada situasi seperti ini prinsipal dihadapkan pada dua pilihan, yaitu menolak tindakan tersebut atau menyetujuinya. Apabila prinsipal menyetujuinya maka terjadilah keagenan dengan ratifikasi. Umumnya perbuatan atau tindakan diluar kewenangan yang diberikan prinsipal boleh jadi dilakukan ratifikasi oleh prinsipal.

Pada awalnya, ratifikasi adalah sebuah pertanyaan dari suatu maksud atau kehendak, hanya dalam sebuah kasus yang berkaitan dengan tindakan di luar batas kewenangan yang diberikan prinsipal, timbul sebuah pertanyaan, apakah prinsipal akan menyetujui perbuatan tersebut ataukah menolaknya. Niatan untuk melakukan ratifikasi mungkin diekspresikan melalaui kata-kata atau mungkin dalam bentuk tindakan-tindakan prinsipal yang dapat diindikasikan bahwa prinsipal

menyetujuinya. Misalnya prinsipal melakukan pembayaran atas order yang dilakukan agen di luar kewenangan yang diberikannya, menyetujui kontrak yang dibuat agen di luar batas kewenangannya dengan melakukan eksekusi pembayaran. Biasanya situasi yang memungkinkan prinsipal melakukan ratifikasi tindakan di luar batas kewenangan agen adalah tindakan agen tersebut membrikan profit atau keuntungan pada prinsipal atau tindakan tersebut dibutuhkan untuk persyaratan munculnya hak-hak tertentu di depan hukum.

Beberapa persyaratan dibutuhkan untuk terjadinya ratifikasi perbuatan di luar batas kewenangan yang diberikan pada agen, yaitu :

- a. Bahwa agen harus telah menyatakan perbuatan tersebut untuk atas nama prinsipal atau perbuatan tersebut dilakukan dengan identitas prinsipalnya;
- b. Prinsipal harus telah mempunyai kecakapan atau legalitas untuk memberikan *authorizing* pada sebuah tindakan pada saat perbuatan tersebut dilakukan agen atau pada saat melakukan ratifikasi perbuatan agen tersebut;
- c. Prinsipal harus melakukan ratifikasi atas keseluruhan entitas perbuatan yang dilakukan agen;
- d. Prinsipal harus melakukan ratifikasi pada saat sebelum pihak ketiga melakukan penolakan atau pembatalan atas perbuatan yang dilakukan agen;
- e. Perbuatan atau tindakan yang dilakukan agen di luar batas kewenangannya haruslah legal;
- f. Prinsipal mengetahui secara jelas fakta-fakta tindakan yang dilakukan agen di luar batas kewenangan tsb, bila agen menyembunyikan fakta-fakta tindakan, maka tindakan ratifikasi yang dilakukan prinsipal menjadi tidak mengikat.⁶²

62 Ronald A.Anderson, *ibid* p 535

4. Agency by Estoppel

Aturan yang menjadi dasar dalam keagenan menentukan bahwa agen tanpa kewenangan tertentu yang diberikan oleh prinsipalnya, tidak dapat mengikat prinsipal apabila ia melakukan tindakan tertentu. Akan tetapi jika prinsipal salah menduga terhadap suatu hal tertentu dan mengira bahwa` agen mempunyai kewenangan untuk itu, maka prinsipal akan terikat dengan tindakan yang dilakukan agennya. Agen yang tercipta melalui mekanisme ini disebut dengan *agency by estoppel*. Prinsipal yang salah duga tersebut tidak dapat membela diri dengan berdalih bahwa agen tidak cukup diberikan kewenangan untuk itu. Dengan kata lain prinsipal tidak dapat menghentikan atau mencegah pernyataan yang didasarkan pada fakta-fakta nyata.

5. Agency by Necessity

Ketentuan hukum kadang menganggap bahwa hubungan keagenan eksis ketika suatu keadaan menampakkan atau menimbulkan asumsi sesuatu yang wajar dan adil. Keagenan yang terjadi karena hal tersebut disebut dengan *agency by necessity*. Walaupun prinsipal tidak memberikan persetujuan pada perjanjian keagenan, hal ini muncul pada saat *urgent* dan dalam keadaan darurat (*emergency*).

F. Authority Tergantung Pada Peristiwa

Jika sebuah agen pengiriman barang dengan menggunakan jasa kereta api memberikan *bill of lading* pada pihak ketiga yang mengirimkan barang melalui jasanya tetapi sebenarnya agen tidak menerima barang kiriman tersebut, maka perusahaan jasa kereta api bertanggung jawab terhadap pemegang *bill of lading* tersebut disebabkan asas ikhtikad baik. Namun demikian, dalam hal ini terjadi perkecualian yang dibenarkan oleh hukum, walaupun agen diberikan authority untuk menerbitkan *bill of lading* tetapi sebenarnya secara hukum penerbitan *bill of lading* tersebut didasarkan pada ada tidaknya penerimaan barang oleh agen. Dengan

demikian *authority* yang diberikan pada agen tersebut digantungkan pada peristiwanya, apakah pada kenyataannya agen menerima barang atau tidak .

Pihak ketiga yang mengetahui pembatasan kewenangan agen tertentu tidak dibenarkan mempedulikan pembatasan kewenangan agen tersebut. Pada saat pihak ketiga mengetahui bahwa kewenangan agen digantungkan pada apakah pembayaran telah diterima agen atau belum, maka prinsipal menjadi tidak terikat dengan tindakan agen apabila agen memang belum menerima pembayaran tertentu dari pihak ketiga. Terdapat dua pembatasan kewenangan yang diberikan pada agen oleh prinsipal, yaitu *apparent limitations* dan *secret limitations*.

Apparent limitations, banyak situasi kemungkinan pihak ketiga tahu secara pasti bahwa dia berhubungan hukum dengan agen yang mempunyai kewenangan terbatas, pada situasi dimana pihak ketiga melakukan transaksi dengan *officer* / pegawai, pengurus, karyawan sebuah perusahaan swasta , maka seharusnya pihak ketiga mengetahui bahwa personal tersebut tidak mempunyai kewenangan yang tidak terbatas dan kontrak yang dibuat dengan *officer* tidak mengikat prinsipal kecuali dilakukan ratifikasi oleh prinsipal.

Secret limitations, apabila prinsipal melengkapi agen dengan kewenangan untuk melakukan tindakan tertentu tetapi prinsipal memberikan instruksi rahasia yang membatasi kewenangan agen, maka pihak ketiga tidak terikat dengan pembatasan kewenangan yang diinstruksikan secara rahasia oleh prinsipal dikarenakan pihak ketiga tidak mengetahui hal tersebut.

Dapatkah agen mendelegasikan kewenangan yang diberikan prinsipal pada pihak lain?. Aturan umumnya , agen tidak dapat mendelegasikan kewenangan yang diberikan oleh prinsipalnya pada pihak lain. Dengan kata lain, kecuali prinsipal secara jelas memberikan persetujuannya. Agen tidak dapat menunjuk sub agen untuk mengambil alih kewajiban yang melekat padanya. Alasannya karena penunjukan agen seringkali didasarkan pada beberapa **kualifikasi personal**, menjadi tidak fair apabila kerugian yang timbul menjadi beban prinsipal jika kewenangan melakukan tindakan tersebut dialihkan pada pihak lain selain agen.

G. Klasifikasi Agen⁶³

Kewenangan yang melekat pada agen, yang diberikan oleh prinsipalnya, merupakan kekuatan (*power*) yang dapat mengakibatkan perubahan status hukum pada prinsipal. Pada saat agen menjalankan kewenangan yang diberikan prinsipal padanya, dengan cara melakukan transaksi dengan pihak ketiga yang dituangkan dalam kontrak tertulis, suatu hak dan kewajiban baru secara hukum telah tercipta bagi prinsipalnya. Untuk itu, prinsipal diberikan kewenangan untuk melakukan pengawasan atas pekerjaan agen juga dalam rangka memastikan bahwa pekerjaan agen tersebut dilakukan dalam lingkup kewenangan yang diberikan padanya.

Berdasarkan kewenangan yang melekat pada agen, maka agen dapat diklasifikasikan dalam beberapa golongan, yaitu ; agen yang bersifat universal, *general agent*, *special agent*, *agency coupled with an interest*, *gratuitous agent*, dan *sub agent*.

Universal agent, terjadi pada saat prinsipal menunjuk seseorang untuk melakukan semua pekerjaan atau tindakan yang secara hukum dapat didelegasikan pada agen. *Universal agent* ditunjuk oleh prinsipal biasanya untuk beberapa tenggang waktu. Agen biasanya dibekali dengan kekuasaan umum sebagai pemegang kuasa untuk secara hukum melakukan tindakan atas semua transaksi bisnis untuk dan atas nama prinsipalnya.

General agent, dengan memberikan kewenangan pada seseorang untuk mengeksekusi semua transaksi yang berkaitan dengan bisnis, maka prinsipal telah menunjuk *general agent*. Contoh, prinsipal dianggap menunjuk *general agent* pada saat menunjuk seorang menejer untuk mengeksekusi semua transaksi bisnis untuk mengoperasikan sebuah hotel. Prinsipal boleh jadi membatasi kewenangan yang diberikan pada agen untuk wilayah tertentu atau hanya untuk beberapa aspek dari suatu bisnis. Namun demikian, dalam lapangan asuransi, istilah *general agent* digunakan justru dipertentangkan dengan istilah agen. *General*

63 Roger E Meiners, Al H. Ringleb, Frances L. Edwards, *The Legal Environment of Business*, Sixth Edition, West Publishing Company, 1997, p 440-441

agent memegang kendali dan memproses semua aplikasi/ permohonan asuransi serta menentukan semua kebijakan pada area tertentu yang dipercayakan padanya, sedangkan istilah agen menunjuk pada seseorang yang menjual jasa`asuransi pada publik , dan agen merupakan saluran bisnis ke jenjang yang lebih tinggi berikutnya, yaitu *genaral agency*.. Agen mengendalikan tempat bisnisnya sendiri atas biaya sendiri , sebagai gantinya agen mendapatkan kompensasi berupa komisi⁶⁴.

*Special agent, one employed to conduct a particular transaction or a piece of business for his principal or authorized to perform a specified act . An agent authorized to conduct a single transaction or a series transactions not involving continuity of service.*⁶⁵. Dengan demikian dalam *special agent*, prinsipal dapat menentukan bahwa agen hanya diberikan kewenangan untuk melakukan transaksi tertentu saja atau beberapa transaksi. Dalam hal ini agen hanya dapat atau dibolehkan mewakili kepentingan prinsipalnya hanya dalam transaksi tertentu atau aktifitas tertentu . contohnya adalah agen yang ditunjuk untuk membeli atau menjual sejumlah *real estate*.

Pembedaan antara *general agent* dengan *special agent* didasarkan pada beberapa perbedaan antara lain;

1. Perbedaan pada kewenangan yang diberikan (*the difference in their authority*);
2. Pada persoalan *apparent authority*;
3. Pada persoalan tanggung jawab prinsipal terhadap tindakan yang dilakukan agen;
4. Berakhirnya kewenangan yang diberikan pada agen.

Pembedaan antara *general agent* dengan *special agent* dapat juga dilihat dari segi keberlanjutan pelayanan yang diberikan. *General agent* adalah agen yang diberikan kewenangan untuk melakukan serangkaian transaksi termasuk di dalamnya adalah pelayanan berikutnya , sedangkan

64 James B. Smith., *Business Law in California*, General Educational Publications, 1975, p 55

65 Black's Law Dictionary, p 42

special agent adalah agen yang hanya diberikan kewenangan untuk melakukan satu transaksi, tetapi juga dapat diminta untuk melakukan serangkaian transaksi, tetapi tidak termasuk di dalamnya pelayanan purna tugas. Lebih lanjut, *general agent* diberikan kewenangan untuk melakukan diskresi yang lebih banyak, sedangkan *special agent* tidak memiliki kewenangan tersebut.

*Attorney at law*⁶⁶, *broker*, *auctioneer*, *factor*, adalah termasuk dalam kategori *independent contractor* yang profesional (*professional independent contractor*), tetapi pada saat mereka ditunjuk oleh seseorang untuk melakukan pekerjaan tertentu maka mereka tergolong sebagai *special agent*, khusus untuk pekerjaan yang dikuasakan padanya. Apabila hal ini terjadi, sering disebut dengan istilah “*professional agent*”.

Agency coupled with an interest, pada saat agen telah melakukan pembayaran dalam rangka menjalankan kewenangan yang diberikan padanya oleh prinsipal dalam aktifitas bisnis, dalam hal ini agen disebut dengan *agency coupled with an interest*. Seperti halnya sebuah bank yang memberikan pinjaman pada perusahaan dalam kaitannya dengan pembelian *real estate* yang kemudian disewakan. Dalam hal ini perjanjian kredit yang telah ditanda tangani memberikan kewenangan pada bank untuk mengumpulkan uang sewa bulanan pada para penyewa. Bank dalam hal ini menjadi agen dari perusahaan peminjam kredit untuk mengumpulkan uang sewa, dengan suatu kepentingan untuk pengembalian pinjaman yang diberikan pada peminjam.

Gratuitous agent, walaupun kebanyakan agen menerima kompensasi atas jasa-jasanya, namun demikian kompensasi bukanlah suatu persyaratan untuk adanya hubungan keagenan antara prinsipal dan agennya. Pada saat seseorang secara sukarela dan tanpa adanya imbalan, disebut dengan *gratuitous agent*. Namun demikian antara prinsipal dengan *gratuitous agent* harus menyetujui *relationship* tersebut,

⁶⁶ **Attorney at Law** is a lawyer licensed by state to engage in legal proceeding and` legal functions. The word “attorney” means “agent” or “representative”. **Auctioneer** is a person authorized or licensed by law to sell proeprty for another at public sale. **Broker** is a person engaged in the negotiation of contracts for the sale of property on behalf of others. **Factor** is a person who is authorized to buy good or to sell goods in his possession on behalf of another and who buys or sells, usually in his own name , for a commission called a “factorage”.

terjadilah keadaan dimana seorang sukarelawan membantu dengan tanpa kompensasi, dan yang lain menyetujui untuk dibantu. Akibat hukumnya adalah sama sebagaimana akibat hukum yang timbul dengan menggunakan agen yang menerima kompensasi.

Subagent, dalam keadaan tertentu kemungkinan prinsipal akan banyak diuntungkan apabila memberikan kewenangan pada agennya untuk mendelegasikan kewenangannya pada pihak lain. Pihak lain yang ditunjuk oleh agen disebut dengan sub agen. Sub agen bertugas membantu agen dalam menjalankan kewajibannya. Tindakan yang dilakukan sub agen akan mengikat prinsipal jika tindakan tersebut diambil alih oleh agen. Sejak sub agen adalah agen baik terhadap prinsipal atau agen, maka sub agen terikat untuk menjalankan kewajiban dari keduanya.

Public agent, adalah agen dari publik, negara, atau pemerintah, yaitu orang yang ditunjuk untuk melakukan perbuatan atau tindakan untuk kepentingan publik, misalnya administrasi pemerintahan atau bisnis untuk kepentingan publik.

Private agent, adalah agen yang ditunjuk untuk melakukan perbuatan dalam lingkup perdata, sebagaimana dibedakan dengan agen publik yang mewakili pemerintah dalam kapasitasnya mengurus persoalan administrasi.

Selain jenis keagenan sebagaimana disebut di atas, terdapat bentuk agen yang serupa dengan *agency coupled with an interest*, yaitu ***irrevocable agency***, yaitu sebuah keagenan yang hanya dapat diakhiri karena klausula dalam perjanjian atau didasarkan pada kontrak yang asli atau dilakukan atas dasar persetujuan dari agen. Sedangkan *agency coupled with an interest*, agen mempunyai kepentingan atas benda atau obyek untuk mana ia ditunjuk sebagai agen, ini adalah bentuk spesial dari sebuah *agency* yang tidak akan berakhir secara otomatis dengan meninggalnya prinsipal.

H. Kewajiban Para Pihak

1. Kewajiban Agen pada Prinsipal

Apabila keagenan dituangkan dalam suatu perjanjian tertulis atau kontrak, maka para pihak harus mematuhi apa yang telah

disepakati bersama. Tidak masalah apakah hubungan keagenan tersebut dituangkan dalam bentuk tertulis, kontraktual atau tidak, aturan umum yang berkaitan dengan keagenan menetapkan terdapatnya *fiduciary duties*⁶⁷, yaitu bahwa agen mempunyai “ hutang “ dengan prinsipalnya . Kewajiban tersebut muncul melalui perjanjian keagenan. Eksistensi kewajiban tersebut disebabkan karena hubungan keagenan adalah hubungan kepercayaan dan keyakinan (*trust and confidence*). Di samping itu, agen kemungkinan juga wajib mematuhi kewajiban yang muncul dari ketentuan hukum yang bersifat memaksa, kecuali para pihak menyepakati lain.

Pada dasarnya terdapat beberapa kewajiban yang melekat pada agen terhadap prinsipalnya., yaitu ;

- a. *Duty of good faith*;
- b. *Duty of loyalty* (loyal terhadap prinsipal);
- c. *Duty to obey instructions* (mematuhi instruksi prinsipal);
- d. *Duty to notify the principal* (kewajiban untuk melaporkan);
- e. *Duties to account*;
- f. *Duty to conduct business with reasonable skill and dilligence*;
- g. *Duty to communicate and obtain instructions in case of difficulty*;
- h. *Duty to segregate funds*;
- i. *Duty not to make any secret profit*;
- j. *Duty not to delegate authority*;
- k. *Duty not to use information obtained in the course of the agency against the principal*.

Duty of good faith, sering disebut juga dengan *fiduciary duty*, kewajiban agen untuk dengan penuh ikhtikak baik memberikan service pada prinsipalnya.

Duty of loyalty, bahwa agen harus loyal terhadap prinsipalnya, agen harus penuh setia pada prinsipalnya, hal

⁶⁷ *Fiduciary duties* berarti *a person in a position of trust and confidence*, yaitu orang dalam posisi yang dipercaya dan memberikan keyakinan.

tersebut disebabkan hubungan keagenan adalah hubungan yang didasarkan pada kepercayaan dan keyakinan. Oleh karenanya agen mempunyai kewajiban untuk loyal terhadap prinsipalnya. Agen tidak boleh memanfaatkan situasi untuk mendapatkan **keuntungan yang dirahasiakan** (*secret profit*) bagi dirinya atas berbagai informasi yang didapatnya dalam menjalankan bisnis keagenan. Seharusnya agen yang memiliki property tertentu tidak dibolehkan menjual pada prinsipalnya tanpa menginformasikan kepemilikan benda tersebut pada prinsipalnya. Apabila hal ini terjadi maka prinsipal dapat menolak transaksi tersebut bahkan prinsipal tidak bertanggung jawab atas kerugian yang timbul, kecuali prinsipal menyetujui transaksi tersebut. Dengan demikian bentuk loyalitas agen terhadap prinsipal salah satunya diwujudkan dengan tidak memanfaatkan kesempatan untuk memperoleh keuntungan yang dirahasiakan atas berbagai transaksi yang dibuatnya dalam menjalankan bisnis keagenan.

Loyalitas agen terhadap prinsipalnya dilakukan dengan dua cara, yaitu : **menghindari terjadinya konflik kepentingan dengan prinsipal** (*conflict of interest*) , **tidak membeberkan informasi yang bersifat rahasia yang diperolehnya dari prinsipal** (*confidentiality*) .

Conflict of interest, agen yang mempunyai konflik kepentingan dengan prinsipalnya kemungkinan besar tidak dapat mewakili prinsipalnya dengan efektif. Ketika agen menjalankan kewajibannya, **maka berlaku prinsip dasar bahwa agen dilarang melakukan transaksi bisnis yang berkaitan dengan dirinya sendiri**. Sebagai contoh, apabila agen ditunjuk untuk menjual property, maka agen tidak dibolehkan melakukan penjualan dengan dirinya sendiri, ***deal with him self***. Beberapa pengadilan berpendapat bahwa kata *deal with himself* diartikan juga dilakukannya transaksi dengan keluarga agen, atau juga dengan asosiasi bisnis agen, organisasi bisnis agen, dimana agen mempunyai kepentingan di dalamnya. Namun demikian, agen kemungkinan dapat melakukan hal

tersebut apabila diijinkan oleh prinsipal. Selain hal tersebut, **agen juga dilarang melakukan persaingan dengan bisnis prinsipalnya, *to compete with the principal***. Dengan demikian agen yang dipekerjaan oleh prinsipal untuk menjual barang tertentu maka dilarang membeli barang tersebut untuk dirinya sendiri, lebih lanjut agen lazimnya tidak dibolehkan mengajak konsumen untuk merencanakan persaingan bisnis pada saat masih terikat pekerjaan dengan prinsipalnya. Simpulannya, bahwa agen yang diberikan kewenangan untuk melakukan transaksi tertentu tidak dapat melakukan perbuatan atas nama pihak lain kecuali prinsipal memberikan persetujuannya.

Confidentiality, kecuali diijinkan oleh prinsipal, maka agen dilarang menggunakan atau membeberkan informasi yang bersifat rahasia pada pihak lain dalam suatu perjanjian keagenan. Informasi yang bersifat rahasia adalah informasi yang mempunyai nilai ekonomi yang digunakan oleh prinsipal dalam menjalankan kegiatan usaha dan sebagai sarana bersaing dalam kegiatan bisnisnya. Lazimnya informasi yang bersifat rahasia tersebut tidak banyak diketahui oleh pihak lain dan akan berdampak merugikan apabila informasi tersebut menjadi banyak diketahui umum. Misalnya adalah *business plan*, kondisi keuangan perusahaan, kontrak yang mengikat, temuan-temuan teknologi, daftar pelanggan. Kapan kewajiban menyimpan rahasia milik prinsipal berlangsung ?. Bagaimanakah bila perjanjian keagenan berakhir, apakah mantan agen dapat menggunakan informasi yang bersifat rahasia milik mantan prinsipalnya. Pedoman umumnya berlaku sebuah prinsipal bahwa **kewajiban untuk tidak menggunakan dan membuka informasi yang bersifat rahasia tersebut akan berlangsung terus setelah perjanjian keagenan berakhir (*the duty not to use or disclose confidential information continues after the agency ends*)**⁶⁸. Informasi dan pengetahuan yang bersifat umum lazimnya dapat digunakan oleh mantan agen setelah perjanjian keagenan berakhir.

68 Mallor, Barnes., P 789

Duty to obey instructions, kewajiban agen untuk mematuhi instruksi dari prinsipalnya, hal tersebut dikarenakan tindakan-tindakan yang dilakukan agen selalu di dalam kerangka pengawasan dan untuk perolehan keuntungan prinsipal. Agen mempunyai kewajiban untuk mematuhi instruksi yang diberikan prinsipalnya sebatas instruksi yang diberikan prinsipal tersebut termasuk dalam instruksi yang wajar (*reasonable instructions*). Pada umumnya agen tidak wajib menuruti instruksi yang diberikan prinsipalnya apabila instruksi tersebut bersifat melanggar hukum (*illegally*) atau instruksi tersebut melanggar etika bisnis (*unethically*), seperti halnya seorang akuntan yang semestinya tidak menuruti perintah yang bersifat melanggar etika profesionalnya. Kewajiban untuk mematuhi instruksi yang diberikan prinsipal menuntut bahwa tindakan-tindakan yang dilakukan agen senantiasa dalam konteks batas kewenangan yang diberikan oleh prinsipalnya dan mematuhi semua instruksi yang wajar yang diberikan prinsipalnya. Dengan demikian agen yang diberikan instruksi hanya boleh menerima pembayaran cash atas transaksi yang dilakukannya sedangkan agen mau menerima pembayaran berupa cek, maka agen bertanggung jawab apabila cek tersebut tidak dapat diuangkan.

Untuk itu, agen harus bertanggung jawab pada prinsipal atas tindakan agen yang melanggar kewajiban mematuhi instruksi yang diberikan prinsipal, yaitu dalam hal ;

- a. Bila agen melakukan transaksi dengan pihak ketiga di luar batas kewenangan yang diberikan;
- b. Bila agen mendelegasikan kewenangannya pada pihak lain, dan hal tersebut tidak dibenarkan dalam bisnis keagenan;
- c. Bila agen melakukan perbuatan melanggar hukum yang mengakibatkan prinsipal harus bertanggung jawab.

Dengan demikian prinsip dasar yang perlu dipegang teguh bahwa agen yang melakukan pelanggaran atas kewajibannya untuk mematuhi instruksi dari prinsipalnya kehilangan haknya untuk mendapatkan kompensasi.

Duty to notify the principal, agen seharusnya secara wajar melakukan komunikasi dengan prinsipalnya dalam hal agen mempunyai pengetahuan yang bermanfaat bagi perjanjian keagenan, semuanya dalam rangka memajukan bisnis keagenan. Namun demikian, kewajiban tersebut menjadi tidak harus dilakukan apabila agen menerima informasi yang bersifat rahasia. Sebagai contoh, seorang *attorney* yang menerima informasi yang bersifat rahasia dari klien yang mewajibkan *attorney* untuk menyimpan rahasia tersebut pada klien keduanya. Apabila *attorney* dihadapkan pada situasi yang menjadikan ia tidak dapat mewakili klien kedua tanpa mengungkapkan informasi yang bersifat rahasia tersebut, maka seharusnya *attorney* menolak untuk mewakili klien tersebut. Prinsip dasarnya bahwa **peringatan yang ditujukan pada agen sama halnya dengan peringatan yang ditujukan pada prinsipalnya**. Untuk itu apabila agen mempunyai informasi bahwa nasabah/ debitur prinsipal akan mengalami pailit, maka seharusnya informasi tersebut disampaikan pada prinsipal.

Duties to account, agen harus loyal untuk memberikan semua pendapatan, penghasilan, yang diperolehnya selama menjalankan bisnis keagenan pada prinsipal, termasuk di dalamnya *incidental benefits* yang diterima selama menjalankan bisnis keagenan, misalnya hadiah yang diperoleh selama agen menjalankan aktifitasnya untuk kepentingan prinsipal. Namun demikian, prinsipal dan agen dapat bersepakat bahwa agen dapat atau dibolehkan menerima keuntungan tertentu selama masa keagenan berlangsung.

Duty to conduct business with reasonable skill and dilligence, agen terikat untuk menjalankan bisnis keagenan dengan kesungguhan dan penuh kehati-hatian sebagaimana wajarnya dimiliki oleh orang yang menjalankan bisnis untuk dirinya sendiri. Sebagai contoh apabila A, seorang agen yang diberikan kewenangan untuk menjual barang dengan cara kredit, dan A menjual barang tertentu pada B dengan cara kredit, tetapi tidak dilakukan pengamananan yang cukup seandainya B jatuh

pailit. Apabila B benar-benar jatuh pailit maka A bertanggung jawab atas kerugian yang timbul pada prinsipalnya karena kekuarng hati-hatiannya dalam membuat pengamanan yang cukup dalam transaksi non tunai.

Duty to segregate funds, adalah kewajiban agen untuk membuat catatan terpisah antara pendapatan pribadinya dengan pendapatan yang menjadi hak prinsipalnya.

Duty not to make any secret profit, agen tidak diperkenankan melakukan transaksi yang mendatangkan keuntungan pribadi yang bersifat rahasia, tanpa sepengetahuan prinsipalnya. Dengan demikian agen pada dasarnya tidak diperkenankan memperoleh keuntungan yang bersifat rahasia sehingga melebihi remunerasi (pembayaran yang menjadi haknya) yang didapat dari prinsipalnya, kecuali dengan persetujuan prinsipal.

Duty not to delegate authority, agen harus melakukan kewenangan yang telah dengan jelas diberikan oleh prinsipal atau kewenangan yang melekat dalam jabatannya sebagai agen secara personal, pada dasarnya kewenangan yang diberikan prinsipal tidak dapat didelegasikan pada pihak lain tanpa persetujuan terlebih dahulu dari prinsipalnya.

Duty not to use information obtained in the course of the agency against the principal, adalah kewajiban yang melekat pada agen untuk tidak menggunakan berbagai informasi yang didapatnya selama menjalankan bisnis keagenan untuk kepentingan dirinya, apabila agen malanggarnya maka agen bertanggung jawab atas kerugian yang timbul pada prinsipal karena penggunaan informasi tersebut.

2. Kewajiban Prinsipal pada Agen

Kecuali untuk *gratuitous agent*⁶⁹, agen berhak untuk mendapatkan imbalan dari prinsipal sebagaimana diperjanjikan

⁶⁹ *Gratuitous agents are that person volunteered to help another, and the person being helped accepted this assistance, juga termasuk di dalamnya adalah a person volunteers services without an agreement or an expectation of payment.*

dalam perjanjian keagenan. Beberapa perjanjian keagenan memberikan hak pada agen untuk mendapatkan kompensasi khusus, seperti halnya komisi penjualan. Kewajiban lain yang berlaku umum bagi prinsipal pada agennya adalah menyediakan tempat yang aman, nyaman, untuk bekerja (*safe place to work*), serta menyediakan keamanan alat, peralatan (*safe equipment*) yang dibutuhkan untuk bekerja. Secara umum kewajiban prinsipal terhadap agen, sebagai berikut ;

- a. *Compensation*, prinsipal harus membayar pada` agen atas semua jasa pelayanan yang telah dilakukan sebagaimana diperjanjikan dalam perjanjian keagenan. Dengan demikian *compensation* berarti pembayaran dari prinsipal pada agen untuk pelayanan yang telah diberikan pada pihak ketiga (*payment of service*). *Compensation* ini dapat terdiri dari *customary compensation* dan *commission* (komisi);
- b. *Reimbursement*, prinsipal harus mengganti semua biaya yang telah dikeluarkan agen dalam kaitannya melakukan pekerjaan yang diperintahkan prinsipal pada agen. kewajiban mengganti semua biaya tersebut disebut dengan *reimbursement*. Namun demikian prinsipal tidak wajib mengganti biaya yang telah dikeluarkan agen apabila hal tersebut terjadi karena kesalahan atau kurang hati-hatian agen dalam melakukan pekerjaannya. Contoh, agen melakukan transfer sesuatu yang bernilai pada orang yang salah. Dalam kondisi ini agen tidak mempunyai hak untuk meminta penggantian atas biaya yang dikeluarkan karena kesalahan yang dibuatnya.
- c. *Indemnity*, agen mempunyai hak untuk mendapatkan jaminan bahwa semua instruksi yang diberikan prinsipal telah sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku. Agen juga mempunyai hak untuk mendapatkan jaminan bahwa dia tidak akan dilibatkan untuk bertanggung jawab secara pribadi apabila telah melakukan tugasnya sesuai dengan instruksi yang diberikan padanya. Hak agen untuk

mendapatkan jaminan perlindungan atas kerugian yang timbul dalam menjalankan tugasnya dari prinsipal disebut dengan *indemnity*.

- d. *Cooperation*, prinsipal mempunyai kewajiban untuk bekerjasama dengan agennya dan membantu agen dalam melakukan pekerjaan yang didelegasikan padanya. Prinsipal tidak dibolehkan melakukan tindakan-tindakan yang bersifat mencegah pekerjaan yang didelegasikan pada agennya. Contoh, pada saat prinsipal memberikan hak pada agen yang bersifat *exlusive territory*, dan menimbulkan hak eksklusif teritorial, prinsipal tidak dibolehkan melakukan usaha persaingan dengan agennya atau menunjuk pihak lain atau mengizinkan pihak lain untuk melakukan persaingan dengan agen yang ditunjuknya. Apabila hal tersebut dilakukan oleh prinsipal, maka prinsipal bertanggung jawab atas kerugian yang diderita agen, baik berupa kegagalan penjualan atau kehilangan keuntungan.
- e. *Save working condition*, atauran hukum yang berlaku umum mensyaratkan prinsipal untuk menyiapkan keamanan peralatan yang akan digunakan agen dan pegawainya,kenyamanan kondisi tempat bekerja bagi agen dan karyawannya. Untuk itu, prinsipal mempunyai hak melakukan pengecekan tempat bekerja agen beserta karyawannya dan memperingatkan agen beserta karyawan yang membantunya hal-hal yang berkaitan dengan area yang dianggapnya tidak aman.

I. Tanggung Jawab Terhadap Pihak Ketiga Dalam Keagenan

Prinsipal pada dasarnya tidak hanya akan bertanggung jawab atas apa yang telah dituangkan dalam kontrak, tetapi juga bertanggung jawab atas kesalahan (*tort*) yang dibuat oleh agen yang telah ditunjuknya. Sesuai dengan doktrin *respondeat superior*, bila agen melakukan tindakan dalam *scope* / lingkup pekerjaannya, maka prinsipal akan bertanggung jawab atas kerugian yang timbul pada pihak ketiga yang disebabkan oleh

tindakan agen. Prinsipal juga bertanggung jawab menanggung kerugian yang timbul pada pihak ketiga yang diakibatkan karena kelalaian (*negligence*) agen, tetapi prinsipal mempunyai hak untuk menuntut penggantian pada agen yang melakukan kelalaian tersebut.

Prinsipal yang telah memberikan delegasi kewenangan pada agen untuk membuat kontrak dengan pihak ketiga akan bertanggung jawab atas segala sesuatu yang ditimbulkan dari penandatanganan kontrak tersebut di kemudian hari. Dengan demikian pihak ketiga dapat menuntut pelaksanaan kontrak tersebut dan menuntut ganti kerugian apabila prinsipal mengalami kegagalan melaksanakan kontrak tersebut. Dalam hal ini, agen yang ditunjuk, dalam keadaan tertentu dapat juga diikutkan bertanggung jawab terhadap pihak ketiga.

Dengan demikian sebagai aturan umumnya bahwa agen tidak bertanggung jawab secara personal atas semua kontrak yang dibuatnya dengan pihak ketiga dengan mengatasnamakan prinsipalnya. Namun demikian terdapat pengecualian dalam prinsip yang berlaku umum tersebut di beberapa negara, seperti halnya hukum di Inggris, yang menyebutkan bahwa agen dari prinsipal yang bertempat tinggal di luar Inggris bertanggung jawab walaupun secara jelas dia menandatangani kontrak dengan menyebutkan dirinya sebagai agen.

Di Amerika Serikat, terdapat beberapa pengecualian dari aturan yang berlaku umum tersebut di atas, yaitu;

1. Pada saat agen memberikan pelayanan yang tergolong dalam *undisclosed* atau *partially disclosed* prinsipal;
2. Pada saat agen tidak mempunyai kewenangan atas tindakan yang dilakukan atau tindakan tersebut melampaui batas kewenangannya ;
3. Jika agen melibatkan diri dalam kontrak dengan pihak ketiga atas nama dirinya sendiri.⁷⁰

Tanggung jawab agen pada pihak ketiga didasarkan pada klasifikasi perjanjian keagenan yang ditanda tangannya dengan prinsipal. Perjanjian keagenan dapat diklasifikasikan dalam tiga kelompok, yaitu *fully disclosed*, *partially disclosed*, dan *undisclosed*.

70 Jethro K. Lieberman, George J. Siedel, opcit p 844

A fully disclosed terjadi apabila pihak ketiga yang menandatangani kontrak tersebut mengetahui atau mempunyai cukup pengetahuan bahwa agen dalam menjalankan pekerjaannya bertindak selaku agen dari prinsipal tertentu, identitas prinsipal secara tampak jelas diketahui oleh pihak ketiga, baik hal itu diberitahukan oleh agen atau melalui cara-cara lain. Dalam hal seperti ini maka sebenarnya kontrak tersebut dibuat antara prinsipal dengan pihak ketiga, dengan demikian prinsipal bertanggung jawab penuh pada pihak ketiga yang menandatangani kontrak dikarenakan pihak ketiga mau menandatangani kontrak juga disebabkan karena reputasi dari prinsipal. Agen pada *fully contract* tidak bertanggung jawab terhadap pihak ketiga kecuali apabila agen memberikan jaminan dalam kontrak yang ditandatangani pihak ketiga tersebut bahwa prinsipalnya akan sanggup melaksanakan kontrak tersebut.

A partially disclosed terjadi apabila agen dalam menjalankan tugas yang didelegasikan prinsipal padanya menampilkan identitas dirinya sebagai agen dan tidak mengungkapkan identitas prinsipalnya. Pihak ketiga yang melakukan transaksi dengan agen tidak tahu mengenai identitas prinsipal melalui sumber-sumber yang lain. Tidak diberitahukannya identitas prinsipal oleh agen dapat terjadi karena beberapa hal ;

1. Prinsipal memberikan instruksi pada agen untuk tidak membuka atau memberitahukan identitas prinsipal pada pihak ketiga;
2. Agen lupa memberitahukan identitas prinsipalnya pada pihak ketiga.

Dalam hal terjadi situasi sebagaimana di atas maka baik prinsipal maupun agen bertanggung jawab bersama terhadap pihak ketiga, hal itu disebabkan motivasi pihak ketiga menandatangani kontrak didasarkan hanya pada reputasi, integritas yang dimiliki agen, sedangkan prinsipal tidak teridentifikasi.

Undisclosed agency terjadi ketika pihak ketiga tidak mengetahui keberadaan baik agen maupun identitas prinsipal. Dalam keadaan seperti ini prinsipal disebut dengan *undisclosed prinsipal*. Perjanjian keagenan yang tidak diberitahukan siapa prinsipal dan agennya adalah melanggar

hukum (*unlawful*). *Undisclosed agency* biasanya terjadi atau digunakan manakala prinsipal merasa bahwa klausula dalam kontrak yang dibuatnya akan diubah jika identitas prinsipal diketahui. Misalnya, seorang yang kaya raya kemungkinan akan meminta agennya untuk menyembunyikan identitasnya pada saat ia meminta agennya untuk membeli sebuah rumah tertentu yang ia inginkan, hal tersebut dikarenakan apabila penjual rumah mengetahui identitas calon pembeli yang kaya raya tersebut, besar kemungkinan penjual akan menaikkan harga penawarannya dari biasanya.

Undisclosed agency mengakibatkan baik prinsipal maupun agen bertanggung jawab terhadap pihak ketiga yang menandatangani kontrak. Dengan tidak diungkapkannya status agen pada pihak ketiga mengakibatkan agen bertindak selayaknya prinsipal terhadap pihak ketiga, sedangkan prinsipal telah memberikan delegasi kewenangan pada agen, sebagai akibatnya baik prinsipal maupun agen bertanggung jawab terhadap pihak ketiga yang melakukan transaksi dengan agen. Agen yang telah mengeluarkan biaya dalam melakukan pekerjaan yang didelegasikan oleh prinsipal pada agen, berhak atas penggantian semua pengeluaran dari prinsipalnya.

Berkaitan dengan persoalan tanggung jawab, maka berlaku prinsip umum bahwa apakah prinsipal dalam hal ini *disclosed*, *partially disclosed*, or *undisclosed*, pada akhirnya tergantung pada pengetahuan pihak ketiga (*third parties*) pada saat melakukan transaksi dengan agen.

Jika pihak ketiga tahu, atau secara seharusnya tahu, bahwa agen melakukan perbuatan dalam posisinya sebagai agen dari prinsipal, dan pihak ketiga tahu identitas prinsipal, maka hal ini tergolong dalam *disclosed principal*. Jika pihak ketiga tahu, atau seharusnya tahu bahwa agen bertindak selaku agen untuk prinsipal, tetapi pihak ketiga tidak tahu identitas prinsipal, maka hal ini tergolong dalam *partially disclosed*. Jika pihak ketiga tidak tahu atau tidak sewajarnya tahu bahwa agen bertindak untuk kepentingan prinsipal, maka hal ini tergolong sebagai *undisclosed principal*.

Agen yang ditunjuk oleh prinsipal untuk melakukan perbuatan hukum tertentu untuk dan atas nama prinsipal, dalam melakukan transaksi

dengan pihak ketiga, kemungkinan menimbulkan kerugian pada pihak ketiga. Kerugian yang timbul pada pihak ketiga karena tindakan agen tersebut dapat dikualifikasikan ke dalam beberapa golongan tindakan, yaitu; *tort of agent* (kesalahan), *negligence* (kelalaian), *intentional torts* (kesalahan dengan kesengajaan), atau disebabkan karena *fraud* (penipuan)⁷¹.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa tanggung jawab agen terhadap kerugian yang diderita pihak ketiga sangat tergantung pada dengan cara bagaimana transaksi dengan pihak ketiga tersebut dilakukan dan karakter dari tindakan yang dilakukan agen pada pihak ketiga. Apabila agen membuat kontrak dengan pihak ketiga untuk dan atas nama prinsipal yang diketahui identitasnya oleh pihak ketiga dan agen mempunyai otoritas untuk melakukan hal tersebut serta kontrak dibuat secara wajar, maka agen tidak mempunyai tanggung jawab personal atas kontrak yang dibuatnya. Sebaliknya apabila agen membuat kontrak dengan pihak ketiga tetapi agen tidak cukup mempunyai kewenangan untuk itu, maka kontrak tersebut tidak mengikat prinsipalnya.

Apabila terjadi agen menerima pembayaran dari pihak ketiga melalui cara-cara yang ilegal, maka agen bertanggung jawab terhadap pihak ketiga. Jika pihak ketiga melakukan kelebihan pembayaran pada agen atau pembayaran pada agen tanpa kedua belah pihak melakukan perbuatan hukum apapun, agen pada dasarnya juga bertanggung jawab terhadap pihak ketiga untuk kelebihan pembayaran atau pembayaran “ salah duga “ tersebut. Bagaimana jika agen dalam posisi mempunyai ihtikad baik dan tidak mengetahui pembayaran yang salah dari pihak ketiga tersebut ?. Prinsip dasarnya agen bertanggung jawab pada pihak ketiga hanya apabila agen mempunyai kepemilikan dan pengawasan atas pembayaran lebih tersebut. Jika agen telah menyerahkan kelebihan pembayaran tersebut pada prinsipal sebelum kelebihan pembayaran tersebut diminta kembali oleh pihak ketiga, maka agen tidak bertanggung jawab pada pihak ketiga. Namun demikian, pembayaran pada prinsipal tidak melepaskan agen dari tanggung jawabnya ketika agen tahu bahwa pembayaran oleh pihak ketiga tersebut tidak seharusnya dilakukan.

71 James B. Smith, opcit p 62-63

J. Tanggung Jawab Prinsipal Terhadap Pihak Ketiga

Prinsip dasarnya prinsipal bertanggung jawab terhadap kerugian yang diderita pihak ketiga atas perbuatan atau tindakan agen terhadap pihak ketiga dalam batas kewenangan yang diberikan padanya dan dalam hal kerugian yang diderita pihak ketiga tersebut terjadi pada saat pelaksanaan kontrak.

Tanggung jawab prinsipal pada pihak ketiga atas kontrak yang dibuat agen dengan pihak ketiga tergantung pada keluasan keterbukaan informasi tentang pihak prinsipal serta bentuk dari kontrak yang dibuatnya.

Dalam suatu keadaan dimana identitas prinsipal telah secara jelas diketahui pihak ketiga dan hal tersebut secara cukup diinformasikan oleh agen dan agen membuat kontrak dengan pihak ketiga sesuai dengan kewenangan yang diberikan prinsipal padanya atau prinsipal memberikan persetujuannya atas transaksi yang dibuat agen dengan pihak ketiga dan agen telah secara wajar sebagai agen dalam melaksanakan kontrak tersebut dengan pihak ketiga, maka kontrak tersebut akan mengikat baik prinsipal ataupun pihak ketiga atas kontrak yang dibuat oleh agen. Prinsipal maupun pihak ketiga sama-sama memiliki hak untuk menuntut apabila terjadi pembatalan kontrak oleh salah satu pihak. Agen bukan merupakan pihak dalam kontrak yang dibuatnya dan agen tidak bertanggung jawab atas pelaksanaan kontrak dan tidak dapat digugat atas pembatalan kontrak oleh salah satu pihak dalam kontrak. Dengan demikian, tanggung jawab *disclosed principal* pada pihak ketiga tidak dapat diubah atau ditukar didasarkan pada fakta bahwa prinsipal telah memberikan uang pada agen untuk melakukan pembayaran pada pihak ketiga. Konsekuensinya, tanggung jawab pembeli atas pembayaran harga pembelian atas suatu barang tidak akan berakhir karena fakta bahwa pembeli telah membayar pada agen untuk harga pembelian barang yang dibelinya telah diserahkan pada penjual.

Undisclosed principal bertanggung jawab terhadap pihak ketiga atas kontrak yang dibuat oleh agennya yang dilakukan diluar batas kewenangannya, sementara pihak ketiga berniat untuk melakukan

kontrak dengan agen sendiri. Pihak ketiga berdasarkan pada ketidaktahuannya identitas prinsipal, dapat menggugat prinsipal. Hak pihak ketiga untuk dapat melakukan gugatan terhadap *undisclosed principal* dibatasi pada dua pembatasan. *Pertama*, pihak ketiga tidak dapat menuntut prinsipal yang mempunyai ihtikad baik dan prinsipal telah membereskan persoalan tersebut dengan agennya. *Kedua*, pihak ketiga tidak dapat menuntut prinsipal apabila pihak ketiga telah menentukan pilihannya untuk menyelesaikan masalahnya dengan agen dan bukan dengan prinsipal.

Partially disclosed principal bertanggung jawab atas kontrak yang dibuat agen yang melampaui batas kewenangannya. Hak untuk memilih menuntut agen atau prinsipalnya, sebagaimana terjadi dalam *disclosed principal*, tidak dapat diterapkan pada situasi dimana terdapat *partially disclosed principal*. Pada keadaan *partially disclosed* yang terjadi bukanlah pilihan menuntut *principal* atau *agent*, tetapi yang terjadi adalah *concurrent*, artinya secara bersamaan baik *principal* maupun *agent* bertanggung jawab atas kerugian yang diderita pihak ketiga.

Dalam keadaan dimana nama dan identitas *principal* tidak tertera atau tidak dimunculkan pada *commercial paper* yang diterbitkan agen, maka *principal* tidak bertanggung jawab terhadap pihak-pihak yang terkait dengan penerbitan *commercial paper* tersebut. Dengan demikian sama halnya *commercial paper* tersebut seolah dibuat atas nama agen sendiri.

K. Persoalan Etika Bisnis Dalam Hubungan Keagenan

Pada saat agen melakukan tindakan yang melibatkan pihak ketiga di dalamnya, terlebih menimbulkan kerugian pada pihak ketiga yang terlibat, munculah persoalan **etika bisnis** dalam hubungan keagenan antara prinsipal dengan agen. Persoalan akan berakut pada siapakah yang harus bertanggung jawab atas kerugian yang timbul pada pihak ketiga tersebut?. Prinsipal barangkali akan berargumen bahwa ia tidak melakukan perbuatan yang mengakibatkan kerugian pada pihak ketiga tersebut, oleh karenanya agenlah yang bertanggung jawab. Sedangkan agen barangkali akan berargumen bahwa ia melakukan perbuatan yang menimbulkan kerugian tersebut dalam rangka menjalankan perintah

prinsipalnya, sehingga prinsipallah yang seharusnya bertanggung jawab. Perbuatan yang menimbulkan kerugian tersebut tidak akan terjadi apabila agen tidak melakukan perbuatan yang didelegasikan oleh prinsipal padanya.

Prinsip dasar etika bisnis yang berlaku di dunia keagenan menyebutkan bahwa prinsipal yang melakukan pengawasan atau control atas tugas yang didelegasikan pada agen, maka bertanggung jawab atas kerugian yang diderita pihak ketiga yang diakibatkan tindakan agen, hal itu disebabkan pada dasarnya prinsipal mempunyai “ *deeper pockets* ” daripada agennya. Namun demikian, menjadi bahan pertanyaan manakala agen melakukan perbuatan yang menimbulkan kerugian tersebut karena tergolong tindakan kriminal, karena ada niat menimbulkan kerugian, atau terjadi karena penipuan. Apakah dalam situasi seperti tersebut prinsipal juga bertanggung jawab ?.

Deep pocket, dalam *black's law*, disebutkan sebagai ; *A person or corporation of substantial wealth and resources from which a claim or judgement may be made. Under the “ deep pocket ” theory in antitrust law, parent corporation's substantial assets will have an impact on competition in which subsidiary is engaged.*⁷²

Etik itu berbicara mengenai nilai yang benar dan salah dari sebuah tindakan. Etik adalah cabang dari filsafati yang memfokuskan pada masalah moral dan bagaimana prinsip-prinsip moral tersebut diaplikasikan dalam kehidupan sehari-hari.

Etik itu berkaitan dengan pertanyaan-pertanyaan seputar ;

- *Fairness* atau kejujuran
- *Justness* atau keadilan
- *Rightness* atau kebenaran
- *Wrongness* atau ketidak adilan⁷³

Dari tindakan atau action manusia. Nilai-nilai tersebut di atas dapat diaplikasikan dalam aktifitas bisnis., muncullah **etika bisnis**. Etika bisnis adalah pedoman umum moral dalam berbisnis, lebih spesifik etika bisnis

72 Henry Campbell Black, M.A, *Black's Law Dictionary*, p 287

73 Roger LeRoy Miller & William Eric Hollowell, *Business Law ,Text and Exercises*, West Educational Publishing 1999. P 10

dapat dipersempit ruang lingkupnya pada profesi tertentu, muncullah **Kode Etik Profesi**. Profesi Akuntan, Dokter, Notaris, PPAT, Pengacara, adalah contoh-contoh profesi yang telah mempunyai pedoman moral dalam menjalankan tugasnya berupa Kode Etik Profesi. Kode Etik Profesi ini dibuat oleh mereka sendiri dalam sebuah asosiasi profesi.

Namun demikian, sebenarnya dalam setiap diri manusia telah tertanam sinyal-sinyal etik, yaitu *personal etics*. Personal etics inilah yang akan menentukan berhasil tidaknya seorang profesi menjalankan aktifitas bisnis dan tugasnya sesuai dengan pedoman kode etik ataukah tidak. Artinya dengan dasar personal etics yang lemah akan rentan terhadap godaan untuk melakukan aktifitas yang melanggar kode etik, sedangkan dengan dasar personal etics yang kuat akan menghasilkan tindakan yang bersesuaian dengan kode etik profesi yang telah dijadikan dasar pedoman dalam menjalankan aktifitas dan tugasnya dalam profesi tertentu.

Personal etics sebenarnya memegang peranan yang lebih penting daripada kode etik profesi dalam aktifitas bisnis, hal tersebut dikarenakan setiap aktifitas bisnis sebenarnya merupakan bagian dari *human enterprise*. Apakah itu *personal business* ataupun *corporate business*, akhirnya bermuara pada pelaku atau person selaku aktor utama yang menjalankan aktifitas bisnis.

Sumber dari *etics*⁷⁴ dapat ditemukan dengan menggunakan dua pendekatan. Pertama, dengan pendekatan kaitannya dengan *duty*. Kedua, dengan pendekatan dalam kaitannya dengan *consequences* atau *outcome* dari suatu tindakan.

Duty, adalah standart etics yang seringkali diturunkan dari prinsip-prinsip moral yang berakar pada sumber – sumber agama, contohnya sepuluh perintah tuhan, yang berakar pada agama yang di bawa Nabi Musa, Alquran dan alhadis, merupakan prinsip-prinsip moral yang berakar pada ajaran agama islam bagi umat muslim. Misalnya “ mencuri “, absolut hal tersebut dilarang bahkan mencuri untuk tujuan kebaikan, seperti halnya Robinhood, hal ini tetap saja tidak dapat dijustifikasi

74 Roger Le Roy Miller, opcit p 11

perbuatan tersebut karena immoral. Sumber yang kedua selain agama adalah philosophy. Sumber etika yang dikonsepsikan sebagai *duty* dapat diturunkan dari prinsip-prinsip dasar filosofi. Konsep filosofi **Immanuel Kant** 1724-1804, bahwa setiap orang seharusnya melakukan evaluasi terhadap tindakannya secara jelas atas konsekuensi yang akan timbul atau yang akan terjadi bila setiap orang dihadapkan pada situasi yang sama atau kategori yang sama atau tindakan yang sama. Sebagai contoh jika seseorang memutuskan untuk berbuat curang dalam suatu ujian, seharusnya dia berfikir bahwa seandainya setiap peserta ujian juga melakukan hal yang sama, berbuat curang, maka akibatnya ujian tersebut menjadi tidak ada artinya sama sekali.

Outcome, merupakan sumber etics yang mendasarkan pada dasar-dasar filosofi yang berorientasi pada hasil atau konsekuensi dari suatu tindakan dan bukan pada tindakannya itu sendiri atau mendasarkan pada nilai-nilai moral dari suatu keyakinan agama tertentu. Konsep dasar Utilitarian 1748-1832, yang dipelopori oleh Bentham, Stuart Mill, menggagas sebuah konsep filosofi “ *the greatest happiness(good) for the greatest number* “, bahwa tindakan tersebut haruslah mampu memberikan sejumlah besar kebahagiaan atau kebaikan bagi banyak orang. Menurut pandangan ini maka setiap tindakan harus dinilai secara moral adalah benar, bila suatu tindakan dinilai secara moral salah maka perbuatan itu tentunya membawa akibat yang tidak baik bagi banyak orang.

Secara teori, terdapat empat teori mengenai etika, yaitu *Rights theory, Justice Theory, Utilitarian Theory, dan Profit Maximation Theory*⁷⁵. Keempat teori etics tersebut ada yang menekankan pada tindakan atau *action* ada pula yang menekankan pada konsekuensi dari suatu tindakan. Teori *etics* yang menfokuskan pada akibat atau kosekuensi dari suatu tindakan disebut dengan ***Teleological Ethical Theories***. Sedangkan yang memfokuskan pada tindakan itu sendiri disebut dengan ***Deontological Ethical Theories***.

75 Mallor, Barnes, Bowers, Langvardt, *Business Law, The Ethical, Global, and E-Commerce Environment*, Mc Graw Hill Irwin 2001. P 76

L. Persoalan Ratification Dalam Keagenan

Ratifikasi terjadi pada saat prinsipal memberikan persetujuannya atas tindakan yang telah dilakukan oleh orang yang diberikan mandat untuk melakukan pekerjaan tertentu akan tetapi tindakan yang dilakukan melampaui batas kewenangannya, atau tindakan yang dilakukan tidak dalam konteks kewenangan yang diberikan padanya (*unauthorized act*).

Contoh:

A, seorang penjaga dan tenaga kebersihan gedung di sebuah kompleks apartemen, diberikan tugas oleh kontraktor untuk melakukan , merawat, kebersihan lingkungan apartemen. A tidak diberikan kewenangan untuk melakukan perbuatan yang berkaitan dengan menyewakan apartemen oleh pemilik apartemen. Dengan demikian A tidak mempunyai kapasitas bertindak selaku agen dari pemilik apartemen. Suatu hari A melihat terdapat sebuah room yang masih kosong di kompleks apartemen tersebut dan A menawarkan pada B untuk disewa . B menyetujui untuk menyewa room tersebut selama 6 bulan ke depan. Untuk kepentingan tersebut B melakukan kontak dengan pemilik apartemen sebagai *actual owner*, pemilik apartemen mengatakan bahwa A hanyalah seorang tenaga kebersihan di apartemen tersebut dan tidak diberikan kewenangan untuk melakukan transaksi penyewaan ruangan pada siapapun, namun demikian pemilik apartemen tidak memperlmasalahkan hal tersebut dan bersedia melanjutkan penyewaan apartemen tersebut dengan B. Dengan demikian dalam kondisi seperti ini maka pemilik apartemen telah memberikan persetujuannya (*ratification*) atas tindakan A yang dilakukan di luar batas` kewenangannya atau tindakan yang tidak diberikan kewenangan untuk itu (*unauthorized act*). Sebagai akibat ratifikasi pemilik apartemen atas tindakan A, maka tindakan tersebut menjadi mengikat pemilik apartemen dan B. ⁷⁶

Dengan demikian ratifikasi berkaitan erat dengan momen yang menentukan terjadinya suatu kontrak atau pembatalan kontrak. Persoalan ratifikasi tidak dibutuhkan apabila pelaku secara nyata atau tersirat memang diberikan kewenangan untuk melakukan tindakan tertentu,

⁷⁶ Disarikan dari Daniel.S. Kleinberger, *Agency, Partnership, And LLCs*, Wolters Kluwer Aspen Publisher, 2008, p 58

atau prinsipal terjadi salah duga terhadap tindakan yang telah dilakukan agennya (*agency by estoppel*).

Untuk terjadinya ratifikasi oleh prinsipal , harus didasarkan pada kondisi tertentu yang harus ada dan tindakan yang dilakukan harus telah terjadi. Beberapa kondisi yang dipersyaratkan terjadinya ratifikasi adalah ;

1. Telah terjadi beberapa transaksi atau peristiwa tertentu yang melibatkan tindakan yang dilakukan di luar batas wewenang.
2. Pada saat tindakan di luar batas kewenangan dilakukan oleh agen, prinsipal harus sudah ada dan memiliki kapasitas untuk “ melegalisasi” tindakan yang dilakukan agen;
3. Prinsipal harus memiliki pemahaman tentang fakta material tindakan yang dilakukan agennya diluar batas` wewenangnya;
4. Pihak ketiga harus tidak menunjukkan indikasi atau niat untuk membatalkan transaksi yang telah dilakukan, artinya transaksi yang telah dilakukan oleh agen dengan pihak ketiga yang dilakukan diluar batas`wewenangnya harus masih ada pada saat dilakukan ratifikasi oleh prinsipal.

Ratifikasi oleh prinsipal atas tindakan agen yang dilakukan di luar batas kewenangannya dapat dilakukan dengan cara;

1. *Affirmance* atau penegasan, melakukan perbuatan untuk membuktikan sesuatu yang dipandang obyektif, yang mengindikasikan suatu pilihan untuk menganggap bahwa perbuatan yang dilakukan di luar batas kewenngan tersebut dianggap sama halnya dengan perbuatan yang dalam batas kewenangannya. Sebagai contoh prinsipal dapat melakukan ratifikasi dengan cara tetap menerima keuntungan yang diperoleh walaupun prinsipal tahu bahwa keuntungan tersebut diperoleh dari suatu ransaksi yang dilakukan agen di luar batas kewenangannya.
2. *The “ all or nothing rule*, ratifikasi yang dilakukan prinsipal harus didasarkan pada sebuah prinsip dasar bahwa ratifikasi tersebut dilakukan untuk transaksi tersebut secara keseluruhan,

bukan untk sebagian, atau tidak dilakukan ratifikasi sama sekali (*either the entire transaction is ratified or there is no ratification at all*).⁷⁷

M. Pengakhiran Hubungan Keagenan

Pada dasarnya hubungan hukum keagenan dapat berakhir melalui beberapa cara, yaitu terjadi dikarenakan tindakan para pihak (prinsipal dan agen), atau disebabkan karena ketentuan hukum tertentu. Pengakhiran hubungan hukum keagenan menjadikan agen tidak memiliki hak lagi untuk melakukan perbuatan yang mengikat prinsipal.

Pengakhiran hubungan hukum keagenan dikarenakan **tindakan para pihak** (*act of parties*) dapat terjadi karena beberapa sebab, yaitu ;⁷⁸

1. *Lapse of time*, berakhirnya waktu yang diperjanjikan dalam keagenan, hal itu dapat terjadi apabila dalam perjanjian keagenan yang dibuat antara prinsipal dengan agen disebutkan waktu tertentu secara khusus untuk berapa lama perjanjian keagenan tersebut akan berlangsung, hal ini menyebabkan berakhirnya perjanjian keagenan apabila jangka waktu yang disepakati tersebut berakhir. Jika tidak disebutkan jangka waktu yang pasti mengenai perjanjian keagenan tersebut, hal ini berarti perjanjian keagenan akan berlangsung untuk jangka waktu yang wajar dan dapat diakhiri setiap saat atas kehendak bersama para pihak.
2. *Purpose achieved*, perjanjian keagenan dapat dibuat untuk tujuan khusus, seperti halnya agen yang ditunjuk untuk melakukan penjualan barang tertentu. Apabila penjualan barang tersebut telah terjadi maka berakhirlah perjanjian keagenan tersebut dikarenakan tujuan dibuatnya perjanjian keagenan tersebut telah tercapai.
3. *Occurrence of a specific event*, perjanjian keagenan dapat diperjanjikan akan berakhir apabila terjadi situasi tertentu. Misalnya apabila prinsipal menunjuk agen untuk mengurus

⁷⁷ Ibid p.58

⁷⁸ Roger LeRoy Miller & William Eric hollowell, opcit p 229-230

bisnisnya selama prinsipal pergi, maka perjanjian keagenan tersebut akan berakhir secara otomatis pada saat prinsipal telah kembali.

4. *Mutual agreement*, para pihak dapat secara bersama-sama menyetujui diakhirinya perjanjian keagenan yang akan mengakibatkan berakhirnya hak dan kewajiban para pihak dalam hubungan hukum keagenan tersebut.
5. *Termination by one party*, salah satu pihak dalam perjanjian keagenan dapat mengakhiri hubungan keagenan tersebut. Apabila agen melakukan tindakan mengakhiri hubungan hukum keagenan maka sering disebut dengan *renunciation*, artinya agen melepaskan *authority* atau kewenangan yang diberikan prinsipal padanya untuk melakukan perbuatan hukum tertentu mewakili kepentingan prinsipal. Sedangkan apabila prinsipal yang melakukan tindakan untuk mengakhiri hubungan hukum keagenan maka sering disebut dengan *revocation*, pencabutan atau penarikan kembali kewenangan yang diberikan pada agen, prinsipal menarik kembali hak yang telah diberikan pada agen untuk melakukan tindakan untuk dan atas nama prinsipal. Pengakhiran hubungan keagenan oleh salah satu pihak, secara unilateral, tidak membebaskan kewajiban untuk bertanggung jawab atas kerugian yang timbul karena pengakhiran hubungan secara sepihak tersebut.

Pengakhiran hubungan hukum keagenan antara prinsipal dan agen juga dapat terjadi **karena ketentuan hukum yang berlaku (*operating law*)**, dan bukan karena tindakan yang dilakukan oleh prinsipal atau agen, beberapa hal tersebut adalah ;

1. *Death or insanity*, kematian atau penyakit gila yang menimpa prinsipal atau agen secara otomatis mengakibatkan berakhirnya hubungan keagenan diantara para pihak. Tahu atau tidaknya informasi kematian salah satu pihak bukanlah merupakan persyaratan untuk menentukan berakhirnya hubungan keagenan, artinya sejak terjadi peristiwa kematian maka secara otomatis mengakibatkan berakhirnya hubungan keagenan, tidak

dipersoalkan apakah salah satu pihak mengetahui peristiwa kematian tersebut atau tidak.

2. *Impossibility*, pada saat terjadi peristiwa yang mengakibatkan hancur, hilang, atau musnahnya obyek keagenan, maka berakhirilah hubungan keagenan tersebut. Misalnya agen yang ditunjuk prinsipal untuk menjual rumah, dan sebelum rumah tersebut laku terjual ternyata terjadi peristiwa kebakaran yang menimpa rumah tersebut, maka secara otomatis perjanjian keagenan tersebut berakhir, hal tersebut disebabkan agen yang ditunjuk tidak mungkin lagi dapat menjalankan amanat yang diberikan padanya oleh prinsipal. Perubahan peraturan yang mengakibatkan hubungan keagenan tertentu menjadi ilegal, juga akan menyebabkan berakhirnya hubungan keagenan karena tidak mungkin dilanjutkan. Terjadinya atau pecahnya perang, dapat juga menyebabkan berakhirnya hubungan keagenan karena tidak mungkin dapat dilanjutkan hubungan keagenan tersebut dalam kondisi negara mengalami peperangan.
3. *Change circumstances*, pada saat terjadi suatu peristiwa yang mana peristiwa tersebut membawa dampak yang tidak biasanya pada obyek keagenan yang menjadikan prinsipal tidak berkeinginan untuk melanjutkan perjanjian keagenan, maka perjanjian keagenan berakhir. Contoh, prinsipal yang mengupah agen untuk membangun kawasan perumahan dan menjualnya, ternyata ditemukan sumber minyak di dalam tanah tersebut, yang dapat berakibat harga tanah tersebut menjadi melambung tinggi, perjanjian keagenan untuk menjual kawasan perumahan tersebut menjadi berakhir karena terjadinya perubahan keadaan.
4. *Bankruptcy*, kepailitan yang menimpa prinsipal atau agen akan menyebabkan berakhirnya hubungan keagenan antara prinsipal dan agen⁷⁹. Namun demikian, apabila prinsipal atau agen dalam keadaan *insolvency* (penundaan kewajiban pembayaran hutang), maka hal ini belum menjadi penyebab berakhirnya hubungan keagenan.

⁷⁹ Kepailitan yang menimpa prinsipal otomatis mengakibatkan berakhirnya hubungan keagenan, tetapi kepailitan yang menimpa agen, dalam beberapa hal, tidak

Perjanjian keagenan pada dasarnya memang merupakan hubungan hukum dua pihak, yaitu prinsipal dan agen, akan tetapi hubungan keagenan tersebut melibatkan pihak ketiga dalam transaksi tertentu, untuk itu seharusnya pengakhiran hubungan keagenan antara prinsipal dengan agen juga diberitahukan pada pihak ketiga.

Pemberitahuan berakhirnya hubungan keagenan (*termination of agency*) antara prinsipal dengan agen, wajib diberitahuakn pada pihak ketiga yang telah mengadakan hubungan hukum dengan agen, hal ini sering disebut dengan *actual notice*, atau sering juga disebut dengan *personal notice*.. Lebih lanjut, berakhirnya hubungan keagenan tersebut juga selayaknya diumumkan melalui media publikasi, seperti halnya koran, hal ini sering disebut dengan *constructive notice*. Dengan demikian para pihak dalam hubungan keagenan tersebut berhak mendapatkan pemberitahuan penghentian kegiatan keagenan.

Umumnya, berakhirnya hubungan keagenan yang disebabkan karena ketentuan hukum yang berlaku, maka tidak dipersyaratkan adanya pemberitahuan pada pihak ketiga. Namun demikian, apabila berakhirnya hubungan keagenan tersebut disebabkan karena tindakan atau perbuatan para pihak dalam keagenan, maka hubungan keagenan tersebut akan berlangsung terus diantara prinsipal dan agen, sampai dengan adanya pemberitahuan berakhirnya hubungan keagenan oleh prinsipal, yang membatalkan atau menarik kembali (*revoke*) *authority* yang diberikan pada agen, atau pemberitahuan penghentian hubungan keagenan tersebut datang dari agen, yang melepaskan atau menolak (*renounce*) *authority* yang diberikan oleh prinsipal padanya.

N. Agency / Keagenan Di Indonesia

Jaringan bisnis dengan menggunakan jasa agen di indonesia masif dilakukan, dari kegiatan usaha yang berskala besar maupun skala usaha kecil, tidak terlepas menggunakan sarana agen untuk mencapai sasaran pada konsumen. Dengan mudah dapat dilihat pola keagenan baik untuk barang produk maupun bidang jasa, bahkan produk-produk yang digolongkan sebagai produk di bawah kendali pemerintahpun tidak

terlepas menggunakan jasa agen . Dengan mudah dapat dibaca dalam media cetak iklan mengenai tawaran keagenan suatu produk atau jasa tertentu. Dengan menggunakan jasa agen, semakin banyak peluang untuk dibuatnya kontrak dengan pihak ketiga dalam pemasaran barang dan atau jasa , hal itu berarti semakin banyak peluang untuk dilakukannya transaksi dengan pihak ketiga, yang akan mengikat prinsipalnya. Target, omset penjualan barang dan atau jasa tidak jarang menjadi tidak terlampau sulit dicapai dengan digunakannya agen dalam pemasaran barang dan atau jasa.

Di samping itu , dalam aktifitas bisnis di negeri ini juga dikenal format distributor . Apa sebenarnya perbedaan diantara keduanya, dasar hukum apa yang dijadikan dasar pengaturan keduanya?.

Di bidang otomotif , masyarakat tidak asing lagi dengan istilah ATPM (Agen Tunggal Pemegang Merek), misalnya produk-produk dengan merek HONDA, DAIHATSU, TOYOTA, MITSUBISHI, MAZDA, MERCEDES, BMW, PEUGEOT dst. Di bidang jasa`asuransi, dikenal agen asuransi, di bidang *property* dikenal agen *property*, bahkan di bidang penjualan Gas LPG , masyarakat akrab dengan istilah agen resmi Gas LPG dst.

Format keagenan telah tumbuh lebih cepat dari perangkat peraturan yang menaunginya. Perangkat aturan yang menjadi dasar keagenan di indonesia masih mendasarkan pada aturan yang bersifat umum, yaitu ; aturan mengenai perjanjian pada BW buku ketiga, aturan yang berkaitan dengan pemberian kuasa, sebagaimana disebut dalam Pasal 1792 dst, peraturan yang bersifat administratif dari Kementrian Perdagangan , yang lebih mengatur mengenai kewajiban pendaftaran agen dan distributor yang prinsipalnya berasal dari asing. Dengan demikian belum terdapat UU yang secara khusus mengatur mengenai dunia keagenan. Suatu hal yang ironis, format keagenan marak digunakan dalam aktifitas bisnis tetapi tidak dilengkapi dengan perangkat peraturan yang bersifat khusus mengatur mengenai agen, seperti halnya di AS terdapat *Agency Law*. Sulit dibayangkan apabila terdapat kasus yang terjadi antara prinsipal dan agen yang menyangkut hal-hal bersifat substansial antara para pihak, tentunya akan sulit diselesaikan tanpa perangkat peraturan yang secara`khusus mengatur hal tersebut.

1. Agen

Peraturan yang selama ini dijadikan dasar mengatur agen adalah Peraturan Menteri Perdagangan RI No. 11/M-DAG/PER/3/2006 tentang ketentuan dan tata cara Penertbitan Surat Tanda Pendaftaran Agen atau Distributor barang dan atau Jasa. Peraturan ini telah dicabut dengan diterbitkannya Peraturan Menteri Perdagangan No. 24 tahun 2021 tentang Perikatan untuk pendistribusian Barang oleh Distributor dan Agen. Sepintas peraturan Menteri perdagangan tahun 2021 menjadi lebih sempit disebabkan obyek yang diatur hanya berkaitan dengan pemasaran barang dan tidak termasuk pemasaran jasa, sebagaimana diatur dalam peraturan sebelumnya. Dengan demikian dinamika berkembang pesatnya keagenan di bidang jasa, seperti halnya jasa kurir, jasa asuransi, jasa property, dikecualikan dari peraturan ini. Dari Materi atau cakupan yang diatur dalam peraturan tersebut dapat dilihat bahwa peraturan tersebut lebih bersifat administratif dan tidak substantif, sehingga konsep-konsep dasar hubungan antara prinsipal, agen serta pertanggung jawaban terhadap pihak ketiga, tidak diatur dalam peraturan tersebut.

Dalam Pasal 1 disebutkan bahwa **agen adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas nama prinsipal berdasarkan perjanjian untuk melakukan pemasaran tanpa melakukan pemindahan hak atas fisik barang dan atau jasa yang dimiliki / dikuasai oleh prinsipal yang menunjuknya.** Sedangkan dalam Peraturan Menteri Perdagangan No. 24 tahun 2021 tentang Perikatan untuk pendistribusian Barang oleh Distributor dan Agen, pengertian Agen adalah Pelaku Usaha Distribusi yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas nama pihak yang menunjuknya berdasarkan perjanjian dengan imbalan komisi untuk melakukan kegiatan pemasaran Barang tanpa memiliki dan/atau menguasai Barang yang dipasarkan.

Berdasarkan ketentuan sebagaimana disebutkan dalam Permendag di atas, maka agen mempunyai karakter-karakter sebagai berikut;

- a. Agen adalah perusahaan perdagangan nasional atau pelaku usaha distribusi;
- b. Agen bertindak selaku perantara;
- c. Agen bertindak untuk dan atas nama prinsipalnya;
- d. Hubungan hukum antara prinsipal dan agen dituangkan dalam bentuk perjanjian keagenan;
- e. Imbalan berupa komisi;
- f. Tujuan ditunjuknya agen adalah **untuk pemasaran** barang⁸⁰ atau jasa;
- g. Agen tidak perlu melakukan pemindahan hak atas barang atau jasa yang dikuasakan padanya oleh prinsipal.

Apabila ketentuan di atas dibandingkan dengan pengertian agen sebagaimana dalam konsep hukum agen di Amerika Serikat, pada dasarnya terdapat persamaan dalam beberapa hal, yaitu ;

- Agen pada dasarnya bertindak untuk dan atas nama prinsipalnya;
- Kebanyakan hubungan hukum antara prinsipal dan agen yang ditunjuk dituangkan dalam perjanjian;⁸¹
- Agen tidak membutuhkan pemindahan hak atas barang atau jasa yang dititipkan padanya oleh prinsipal;

Perbedaan pengertian agen di Indonesia dengan di AS, terletak pada siapa yang dapat bertindak selaku agen, sesuai dengan ketentuan Permendag 2006 dan Permendag tahun 2021 di atas maka agen haruslah **berbentuk badan usaha**⁸² ,

80 Permendag tahun 2021 menyebutkan bahwa keagenan dan distributor hanya diberlakukan untuk pemasaran barang.

81 hanya saja dalam ketentuan Permerindag No. 11 th 2006 dan Permendag tahun 2021 tidak disebutkan tidak secara tegas dituangkan dalam perjanjian tertulis;

82. Istilah yang dipakai “Pelaku Usaha”.. sebagaimana disebutkan dalam Permendag No. 24 tahun 2021. Penyebutan “badan usaha” berkonotasi sama dengan

Pelaku Usaha, yaitu perusahaan perdagangan nasional, tidak secara tegas diperuntukkan bagi usaha perorangan. Hal ini dapat dimengerti karena peraturan tersebut memang hanya dibuat secara khusus untuk mengatur perusahaan perantara perdagangan baik perdagangan dalam negeri maupun perdagangan luar negeri, yang lazimnya mensyaratkan harus berbentuk badan usaha. Sedangkan konsep agen dalam hukum keagenan di AS **dapat disandang oleh perorangan**, asalkan yang bersangkutan tergolong sebagai personal yang dibolehkan untuk menandatangani kontrak, artinya tidak di bawah pengampuan, anak-anak, gila, dst.

Dengan demikian konsep agen yang sebagaimana disebut dalam Permendag 2006 dan permendag 2021, memang dipersempit hanya berbentuk perusahaan dan tidak ditujukan pada agen perorangan. Hal ini berarti agen yang berbentuk perorangan di luar konteks pembicaraan agen sebagaimana disebut dalam Permendag 2006 dan Permendag tahun 2021.

Konsep agen sesuai dengan Permendag 2006 dan Permendag tahun 2021 adalah berstatus sebagai **perantara perdagangan**, yang tentunya menjadi perantara antara prinsipal dengan pihak ketiga. Hal ini berarti bahwa keberadaan agen memang dikaitkan dengan aktifitas perdagangan atau bisnis dan tidak berkaitan dengan penunjukan agen di luar aktifitas perdagangan. Sedangkan di AS penunjukan agen, walaupun umumnya berkaitan dengan aktifitas bisnis, tetapi dimungkinkan untuk menunjuk agen untuk hal-hal yang tidak berhubungan dengan aktifitas bisnis. Sebagaimana hal tersebut dapat terjadi dengan cara yang sederhana dengan membuat surat kuasa biasa (*power attorney*). Misalnya meminta bantuan rekan mahasiswa untuk

badan usaha yang dibentuk berdasarkan konsep “partnership”, bekerjasama dengan pihak lain, dan tidak sendirian/pribadi (misal yang PT, CV, Firma, Perserikatan Perdata). Istilah Badan usaha juga berkonotasi tujuan usahanya adalah profit motive, mencari keuntungan. Sedangkan penyebutan “pelaku usaha”, samar-samar dapat dimaknai termasuk didalamnya usaha perorangan / mandiri, juga usaha dalam bentuk partnership dengan pihak lain.

mengembalikan buku ke perpustakaan, sudah terjadi keagenan dalam bentuk yang paling sederhana. Lebih lanjut faktor atau aspek kewajiban meminta persetujuan dari prinsipal dalam hal tertentu, kewenangan melakukan pengawasan atau kontrol atas tindakan yang dilakukan agen dalam menjalankan tugasnya oleh prinsipal, seberapa besar kewenangan melakukan diskresi dari agen, juga menjadi indikator keberadaan agen di AS. Hal tersebut berbeda dengan pengertian agen sebagaimana disebutkan dalam permendag 2006 dan Permendag tahun 2021 di atas yang hanya diberikan pengertian sebagai perusahaan perdagangan nasional yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas nama prinsipal berdasarkan perjanjian **untuk melakukan pemasaran** tanpa melakukan pemindahan hak atas fisik barang dan atau jasa yang dimiliki / dikuasai oleh prinsipal yang menunjuknya.

Aspek lain yang membedakan keagenan di Indonesia dengan di AS adalah pada persoalan penekanan hubungan hukum antara prinsipal dengan agen. Dalam konsep *agency* di AS secara tegas disebutkan bahwa hubungan hukum antara keduanya didasarkan pada ***fiduciary duties***, suatu hal yang tidak disebutkan secara tegas dalam hubungan keagenan sebagaimana disebutkan dalam Permendag 2006 maupun permendag tahun 2021 .

Dalam konsep keagenan di AS, kata *fiduciary* dapat bermakna sebagai *an adjective* ;

“ it means of the nature of a trust; having the characteristics of a trust; analogous to a trust; relating to or founded upon a trust or confidence”.

Dengan demikian ***fiduciary*** merupakan **jiwa atau ruh dari hubungan keagenan** yang dibentuk antara prinsipal dengan agen. Secara terminologi, kata *fiduciary*, dapat digunakan baik dalam konteks sebagai kata benda (*noun*) , ataupun sebagai kata keterangan (*adjective*). Ketika *fiduciary* diartikan sebagai **kata benda** maka menunjuk pada orang yang memiliki kewajiban

untuk melakukan tindakan untuk dan atas nama orang lain, serta untuk keuntungan pihak lain. Ketika kata tersebut diartikan sebagai **kata keterangan** maka merujuk pada adanya hubungan kepercayaan , artinya dalam hubungan tersebut terdapat suatu prinsip dasar, yaitu *trust* (kepercayaan) dan *confidence* (keyakinan).⁸³

Sedangkan yang dimaksud dengan **prinsipal** dalam Pasal 1 angka 2 Permendag 2006 dan Pasal 1 angka 3 Permendag tahun 2021 , adalah **perorangan atau badan usaha** yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum di luar negeri atau di dalam negeri yang menunjuk agen atau distributor untuk melakukan penjualan barang dan atau jasa yang dimiliki / dikuasai. Prinsipal dibedakan menjadi prinsipal produsen dan prinsipal *supplier*.

Dari pengertian tersebut dapat dilihat bahwa kriteria selaku prinsipal adalah ;

- a. Perorangan atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum;
- b. Berada di luar negeri atau di dalam negeri;
- c. Menunjuk agen atau distributor;
- d. Tujuan penunjukan tersebut adalah untuk melakukan penjualan barang dan atau jasa yang dimiliki atau dikuasai.

Melihat pengertian prinsipal di atas maka dapat dilihat bahwa yang dapat bertindak selaku prinsipal menurut Permendag 2006 dan Permendag tahun 2021, adalah **perorangan atau badan usaha**. Hal ini berbeda dengan siapa yang dapat bertindak selaku agen, yaitu hanya badan usaha. Dengan demikian konsep prinsipal sesuai dengan Permendag 2006 tersebut begitu sempit, dari sisi aksistensinya hanya berada dalam aktifitas perdagangan dan tujuannya untuk melakukan penjualan barang dan atau jasa. Hal tersebut dapat dimengerti disebabkan peraturan tersebut memang

83 Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz., *Business Law Today, Text & Summarized Cases- Legal, Ethical, Regulatory and International Environtment*, West Publishing Co, 1997, p 593

hanya mengatur hal-hal yang bersifat administratif sehingga tidak menjangkau konsep prinsipal yang bersifat substantif, tentunya hal tersebut akan berbeda hasilnya apabila suatu saat nanti dibutuhkan pengaturan mengenai keagenan dalam bentuk UU keagenan (*Agency Law*). Untuk tataran UU Keagenan haruslah mampu memberikan kriteria substansial siapa prinsipal, siapa agen, siapa pihak ketiga, bagaimana hubungann hukum diantara mereka.

Hal tersebut berbeda dengan konsep prinsipal sebagaimana disebut dalam *agency* di AS, yang memberikan pengertian prinsipal begitu luas sebagai ;

The term “principal” describes one who has permitted or directed another (agent or servant) to act for his benefit and subject to his direction and control, such that the acts of the agent become binding on the principal. Principal includes in its meaning the term “ master “ , a species of principal who, in addition to other control , has a right to control the physical conduct of the species of agents known as servants , as to whom special rules are applicable with reference to harm caused by their physical acts “.

Bahwa prinsipal adalah pihak yang memberikan ijin dan atau petunjuk atau arahan pada pihak lain , dapat agen atau pembantu, untuk melakukan perbuatan demi keuntungan serta di bawah arahan / petunjuk dan pengawasannya, dan karenanya perbuatan yang dilakukan agen atau pembantu akan mengikat prinsipalnya. Bahkan konsep prinsipal di sini juga dapat disetarakan dengan posisi *master/* majikan, terhadap pembantunya.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa pengertian agen, prinsipal, dalam Peraturan Menteri Perdagangan th 2006 dan Permendag tahun 2021, sebagaimana disebut di atas, barulah dalam tataran sebagai kata benda (*noun*), belum sampai tataran diartikan sebagai kata keterangan (*adjective*).

Berdasarkan ketentuan Permendag 2006 dan tahun 2021 di atas, maka setiap perusahaan perdagangan nasional yang membuat perjanjian dengan prinsipal barang atau jasa produksi luar negeri atau dalam negeri sebagai agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal, wajib didaftarkan di Kementerian Perdagangan untuk memperoleh STP (Surat Tanda Pendaftaran). Kewajiban mendaftarkan pada Kementerian Perdagangan tersebut juga berlaku terhadap sub agen atau sub distributor yang ditunjuk. Sub agen adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas nama prinsipal berdasarkan penunjukan atau perjanjian dari agen atau agen tunggal untuk melakukan pemasaran.

Siapa yang dapat menunjuk agen ?. Berdasarkan Pasal 4 Permendag No.11 th 2006 dan Pasal 4 Permendag tahun 2021, disebutkan bahwa yang dapat menunjuk agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal adalah ;

1. Prinsipal produsen;
2. Prinsipal supplier berdasarkan persetujuan dari prinsipal produsen ;
3. Perusahaan Penanaman Modal Asing yang bergerak di bidang perdagangan sebagai distributor/ *wholesaler*;
4. Kantor Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing.

Penunjukan agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal, sebagaimana disebut di atas harus dituangkan dalam **bentuk perjanjian tertulis yang dilegalisir oleh notaris**, baik untuk prinsipal yang berasal dari luar negeri ataupun dalam negeri.

Sebagaimana disebutkan dalam ketentuan pasal 21 (1) Permendag No.11 th 2006 dan Pasal 6 (1) Prmendag tahun 2021, yang menyatakan bahwa perikatan antara prinsipal dengan agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal barang dan atau jasa produksi luar negeri harus berbentuk

perjanjian yang dilegalisir *Notary Public*⁸⁴ dan surat keterangan dari Atase Perdagangan Republik Indonesia atau Pejabat Kantor Perwakilan Republik Indonesia di negara asal prinsipal. Sedangkan Pasal 21 (2) Permendsag tahun 2003 dan pasal 6 (2) Permendsag tahun 2021 menyebutkan bahwa perikatan antara prinsipal dengan agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal barang dan atau jasa produksi dalam negeri harus berbentuk **perjanjian tertulis yang dilegalisir Notaris**.

Hal ini menunjukkan bahwa untuk terjadinya hubungan keagenan di Indonesia, yang berkaitan dengan pemasaran barang dan atau jasa harus dituangkan dalam perjanjian tertulis (*written*), tidak dapat dilakukan secara lisan (*orally*). Ketentuan demikian, yang mewajibkan hubungan hukum dalam bentuk tertulis, sebenarnya bersifat khusus, spesialis, dari ketentuan umumnya bahwa untuk terjadinya hubungan keagenan sebenarnya dapat terjadi baik secara tertulis ataupun secara lisan. Namun demikian khusus untuk hubungan keagenan di bidang pemasaran barang dan atau jasa yang melibatkan hubungan antara pihak asing dan atau nasional dengan partnernya di dalam negeri, harus berbentuk tertulis, bahkan minimal harus dilegalisir Notaris. Sebenarnya apabila tindakan legalisir Notaris tersebut dimaksudkan sebagai alat bukti yang sempurna di kemudian hari apabila terdapat sengketa, maka sebaiknya dalam ketentuan Permendag 2006 tersebut disebutkan saja secara tegas bahwa untuk terjadinya hubungan hukum keagenan harus dituangkan dalam akta Notariil yang dibuat dihadapan Notaris.

84 Penyebutan *Notary Public* hanya relevan untuk negara-negara seperti Amerika Serikat dan negara – negara yang serumpun hukumnya dengan Amerika Serikat, yang mana Notaris tidak membuat akta yang bersifat otentik, yang mempunyai kekuatan pembuktian yang istimewa, tetapi sama halnya dengan akta di bawah tangan. Berbeda dengan negara-negara yang menganut *Civil Law System*, seperti halnya Perancis, Belanda, termasuk Indonesia, yang menggunakan sebutan *Civil Law Notary*, yang bertugas membuat akta otentik, yang merupakan alat bukti yang sempurna, yang mempunyai kelebihan dalam pembuktian dibandingkan dengan akta yang dibuat di bawah tangan.

2. Kewajiban Pendaftaran

Dalam Pasal 2 (1) Permendag No.11/M-DAG/PER/3/2006 disebutkan bahwa setiap perusahaan perdagangan nasional yang membuat perjanjian dengan prinsipal barang atau jasa produksi luar negeri atau dalam negeri sebagai agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal, wajib didaftarkan pada Departemen Perdagangan untuk memperoleh STP⁸⁵.

Selanjutnya dalam Pasal 2 (2) disebutkan bahwa agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal, yang telah memperoleh STP sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat menunjuk sub agen atau sub distributor.

Pasal 2 (3) Sub agen atau sub distributor yang ditunjuk sebagaimana dimaksud pada ayat (2) wajib didaftarkan di departemen Perdagangan untuk memperoleh STP.

Pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 2 di atas akan terkena sanksi sebagaimana disebutkan dalam ketentuan Pasal 24, yang menyebutkan bahwa perusahaan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) dikenakan sanksi administratif berupa ;

- a. Peringatan tertulis paling banyak 3 (tiga) kali berturut-turut dengan tenggang waktu 2 (dua) minggu terhitung sejak tanggal pengiriman oleh Direktur Bina Usaha dan Pendaftaran perusahaan;
- b. Pencabutan SIUP bagi perusahaan yang tidak mengindahkan peringatan sebagaimana dimaksud angka 1.

Melihat ketentuan tentang kewajiban pendaftaran tersebut di atas, dapat diambil kesimpulan bahwa tujuan diwajibkannya

85 STP , Surat Tanda Pendaftaran, adalah tanda bukti bahwa perusahaan yang bersangkutan telah terdaftar sebagai Agen, Agen Tunggal, Sub Agen, Distributor, Distributor Tunggal, atau Sub Distributor barang dan atau jasa yang diterbitkan Direktur Bina Usaha dan Pendaftaran perusahaan , Departemen perdagangan. Masa berlaku STP sebagai agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal, sebagai sub agen, sub distributor, akan berlaku selama 2(dua) tahun, kecuali dalam perjanjian atau konfirmasi ditentukan kurang dari dua tahun.

pendaftaran perjanjian keagenan tersebut memang didasarkan pada tujuan yang bersifat administratif, dan bukan bermaksud untuk menelaah keberadaan perjanjian keagenan tersebut dari aspek substantif. Dengan demikian hal-hal yang berkaitan dengan formalitas dan aspek sumber pendapatan bagi negara lebih menonjol daripada menguji apakah perjanjian keagenan tersebut membawa dampak yang merugikan bagi perekonomian negara atau tidak, apakah perjanjian keagenan tersebut menimbulkan persaingan usaha yang tidak sehat atau tidak, apakah perjanjian keagenan tersebut berpotensi menimbulkan monopoli atau tidak.

Tidak dilakukannya pendaftaran perjanjian keagenan akan berakibat diterbitkannya peringantan tertulis, yang pada akhirnya dapat dicabutnya SIUP bagi perusahaan yang tidak melakukan pendaftaran. Dengan demikian sanksi pencabutan SIUP hanya berdampak terhadap legalitas perusahaan dan bukan terhadap eksistensi perjanjian keagenan. Apakah tidak didaftarkannya perjanjian keagenan mengakibatkan batalnya perjanjian keagenan ?. Menurut saya tidak, asalkan perjanjian keagenan tersebut telah dibuat sesuai dengan ketentuan yang mengatur mengenai syarat sahnya perjanjian, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1320 BW.

Sanksi pencabutan SIUP bagi perusahaan yang tidak melakukan pendaftaran perjanjian keagenan, sebenarnya terkesan bersifat emosional dan tidak mengandung unsur edukasi bagi perusahaan. Pemerintah terkesan menakut-nakuti perusahaan yang tidak melakukan pendaftaran perjanjian keagenan dengan ancaman pencabutan SIUP. Pemerintah memandang SIUP adalah jiwa bagi perusahaan, SIUP adalah segalanya bagi perusahaan, sehingga apabila SIUP diancam dicabut oleh pemerintah maka perusahaan yang bersangkutan akan mau memenuhi himbauan pemerintah. Dengan demikian dalam kondisi seperti ini pemerintah sepertinya sedang bermaksud represif, memberikan ancaman pada perusahaan, dan tidak sedang melakukan pendidikan atau edukasi.

Sebenarnya pemerintah dapat menempuh jalan yang lebih elegan dengan cara mengambil pelajaran dari ketentuan yang mewajibkan semua lisensi HKI yang melibatkan pihak asing dan pihak nasional wajib didaftarkan pada Pemerintah melalui Ditjen HKI, sebagaimana disebutkan dalam PP No.36 tahun 2018 tentang kewajiban Pencatatan Lisensi HKI, Kewajiban pencatatan lisensi HKI ini didasarkan pada upaya pemerintah untuk melihat apakah dalam perjanjian lisensi tersebut terdapat hal-hal yang merugikan perekonomian negara atau tidak, terdapat hal-hal yang menghambat bangsa Indonesia dalam persoalan alih teknologi atau tidak, menimbulkan persaingan usaha tidak sehat atau tidak, berpotensi menimbulkan monopoli atau tidak. Dengan demikian dampak yang bersifat makro lebih dijadikan pertimbangan utama daripada persoalan yang berkaitan dengan sumber pendapatan bagi negara. Tidak didaftarkan lisensi HKI pada Ditjen HKI juga tidak akan berdampak pada dicabutnya SIUP perusahaan atau batalnya perjanjian lisensi, tetapi akan berakibat hukum pada kekuatan pembuktian perjanjian lisensi tersebut. Perjanjian lisensi yang tidak didaftarkan hanya akan berlaku sebagai alat bukti untuk para pihak saja dan tidak dapat dijadikan alat bukti bagi pihak ketiga. Perjanjian lisensi HKI yang bersifat eksklusif tetapi tidak didaftarkan akan berakibat menjadi perjanjian yang non eksklusif, tetapi tidak sebaliknya perjanjian lisensi yang non eksklusif yang didaftarkan pada Ditjen HKI menjadi perjanjian yang eksklusif.

Ketentuan sebagaimana terdapat dalam pendaftaran lisensi HKI diatas lebih memberikan edukasi bagi perusahaan dan bukan memberikan ancaman pada pelaku usaha.

Namun demikian, dengan diterbitkannya Permendag tahun 2021, ketentuan yang mewajibkan pendaftaran Keagenan dalam rangka untuk memperoleh Surat Tanda Pendaftaran Agen dan Distributor, tidak diatur lagi. Dalam ketentuan peralihan disebutkan bahwa sejak diberlakukannya Permendag No.24 tahun 2021 tentang perikatan untuk pendistribusian barang oleh distributor dan agen maka ketentuan sebagaimana diatur

dalam Peraturan Menteri Perdagangan RI No. 11/M-DAG/PER/3/2006 tentang ketentuan dan tata cara Penertbitan Surat Tanda Pendaftaran Agen atau Distributor barang dan atau Jasa.

3. Bentuk-Bentuk Prinsipal

Dalam Pasal 4 Permendag tahun 2006 dan Pasal 3 Permendag tahun 2021, disebutkan bahwa penunjukan agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal dapat dilakukan oleh :

- a. Prinsipal produsen;
- b. Prinsipal supplier berdasarkan persetujuan dari prinsipal produsen;
- c. Perusahaan Penanaman Modal Asing yang bergerak di bidang perdagangan sebagai distributor/ *wholesaler*;
- d. Kantor Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing.

Perusahaan Penanaman Modal Asing (PMA) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 sub nomor 4 dalam melaksanakan kegiatan perdagangan harus menunjuk perusahaan perdagangan nasional sebagai agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal. Penunjukan dimaksud harus dituangkan dalam bentuk perjanjian yang dilegalisir oleh Notaris dan perjanjian tersebut harus mendapatkan persetujuan tertulis dari prinsipal produsen yang diwakilinya di luar negeri.

Kantor perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing yang telah memiliki Surat Izin Usaha Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing (SIUP3A) dalam melaksanakan kegiatan usaha perdagangan harus menunjuk perusahaan perdagangan nasional sebagai agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal. Penunjukan tersebut harus dituangkan dalam bentuk prjanjian tertulis yang dilegalisir oleh notaris. Perjanjian dengan perusahaan perdagangan nasional tersebut harus mendapatkan persetujuan tertulis dari prinsipal produsen yang diwakilinya di luar negeri.

Di dalam sistem keagenan di Amerika Serikat tidak

dibedakan apakah itu prinsipal produsen, prinsipal supplier, perusahaan PMA, atau kantor Perwakilan Perusahaan Asing. Apapun bentuk usaha, spesifikasi usaha, tidak dimasalahkan, yang terpenting pihak yang akan bertindak selaku prinsipal adalah pihak yang memenuhi syarat untuk bertindak sebagai prinsipal, yaitu pihak yang menunjuk orang lain untuk mewakilinya, untuk dan atas namanya melakukan perbuatan hukum tertentu, di bawah perintah, komando, serta pengawasannya. Dengan demikian sistem di Amerika Serikat lebih menekannya pada persoalan substantifnya untuk dapat bertindak selaku prinsipal. Sedangkan di Indonesia, barangkali pemisahan bentuk-bentuk prinsipal menjadi beberapa bidang (prinsipal produsen, prinsipal supplier dst), barangkali memang bermanfaat secara administratif bagi pemerintah untuk mengatur lebih lanjut, tetapi secara substatif tidak dapat ditemukan sebenarnya siapa yang dapat bertindak selaku prinsipal pada umumnya dalam dunia keagena di Indonesia.

4. Hak Dan Kewajiban Para Pihak⁸⁶

Dalam Pasal 20 Permendag No.11/M-DAG/PER/3/2006 disebutkan bahwa ;

- (1) Agen, agen tunggal, sub agen, distributor, distributor tunggal, atau sub distributor tunggal, **berhak** mendapatkan pendidikan dan pelatihan untuk meningkatkan ketrampilan dan pelayanan purna jual dari prinsipal, serta secara teratur mendapatkan informasi tentang perkembangan produk.
- (2) Apabila diperlukan, agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal, dapat mempekerjakan tenaga ahli warga negara asing dalam bidang teknis sesuai dengan ketentuan yang berlaku.
- (3) Agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal, **wajib** melindungi kepentingan dan kerahasiaan prinsipal terhadap

⁸⁶ Ketentuan tentang hak dan Kewajiban para pihak, tidak diatur dalam Permendag tahun 2021.

barang dan atau jasa yang diageni sesuai dengan yang disepakati dalam perjanjian.

- (4) Prinsipal produsen yang memasok barang yang pemafaatannya berkelanjutan dalam batas waktu paling sedikit 1 (satu) tahun **wajib** menyediakan suku cadang atau pelayanan purna jual dan memenuhi jaminan atau garansi sesuai dengan perjanjian yang disepakati.

Rumusan ketentuan Pasal 20 di atas begitu sederhana, tidak menyebutkan secara lengkap hak dan kewajiban para pihak, dalam hal ini agen, distributor dengan prinsipalnya, apa hak dan kewajiban prinsipal, apa hak dan kewajiban sebagai agen, distributor , sebagaimana banyak dirumuskan peraturan lain. Kemungkinan pemerintah hanya membatasi hal-hal yang dianggap penting bagi pemerintah, untuk dirumuskan dalam peraturan sesuai dengan kewenangannya yaitu persoalan pendidikan dan pelatihan dari prinsipal , sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 20 di atas, sedangkan hak dan kewajiban lain yang berdampak hanya pada dua pihak, diserahkan sepenuhnya untuk ditaungkan dalam perjanjian yang dibuat oleh para pihak.

Berkaitan dengan kewajiban agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal, untuk **melindungi kepentingan dan kerahasiaan prinsipal** terdapat UU No. 30 tahun 2000 tentang Rahasia Dagang yang dapat dijadikan acuan.

5. KEWAJIBAN MENJAGA RAHASIA PERUSAHAAN

RANGKUMAN

Dalam setiap aktifitas perusahaan dapat dipastikan terdapat banyak informasi yang tergolong rahasia, artinya informasi tersebut sangat berharga untuk digunakan sebagai sarana bersaing dalam aktifitasnya. UU Rahasia dagang telah memberikan landasan yuridis tentang bagaimana informasi yang tergolong rahasia perusahaan tersebut

harus diperlakukan. Aspek yang paling penting dari semua hal yang berkaitan dengan informasi yang tergolong rahasia perusahaan adalah bagaimana cara melindunginya, mengingat tidak perlu pendaftaran atau registrasi untuk mendapatkan perlindungan hukumnya. Secara teoritis terdapat dua cara melindungi rahasia perusahaan, yaitu dengan langkah - langkah fisik (*Physical Measures*) dan langkah - langkah tertulis (*Written Measures*). Dengan demikian baik langkah fisik ataupun langkah tertulis, semuanya bermaksud sebagai alat bantu pembuktian dikemudian hari apabila terdapat sengketa yang bermuara pada bocornya informasi yang tergolong rahasia perusahaan serta menimbulkan akibat kerugian pada perusahaan.

1. PENGANTAR

Dalam UU No. 30 tahun 2000 tentang Rahasia Dagang disebutkan bahwa Rahasia Dagang adalah informasi di bidang teknologi atau bisnis yang tidak diketahui oleh umum, mempunyai nilai ekonomi dan berguna dalam kegiatan usaha serta dijaga kerahasiaannya oleh pemiliknya. Menyimak batasan pengertian rahasia dagang dalam UU No.30 tahun 2000 tentang rahasia Dagang, yaitu informasi di bidang teknologi dan atau bisnis, maka sebenarnya obyek rahasia dagang tidak lain adalah segala sesuatu yang ada di perusahaan, bukan rahasia pribadi yang ada pada diri seseorang ataupun rahasia pemerintah. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa obyek pembicaraan rahasia dagang tidak lain adalah sekitar rahasia perusahaan

Terdapat beberapa istilah yang digunakan yang mengacu pada istilah rahasia dagang antara lain : *undisclosed information* (Trips), *confidential information* (Inggris, Australia), *know-how* (Jepang), *trade secret, proprietary information* (AS) . Istilah *confidential information* (Inggris dan Australia) cakupannya sangat luas, hal itu disebabkan

mencakup beberapa pengertian :

- a. *Personal secret (rahasia pribadi);*
- b. *Gouvernement secret (rahasia pemerintah);*
- c. *Trade secret (Rahasia Dagang);*
- d. *Artistic dan literary secret.*

Dengan demikian *trade secret* hanya merupakan bagian dari *confidential information* . Contoh *personal secret* misalnya berupa catatan medis penderita HIV. Pengungkapan *personal secret* seperti halnya pengungkapan *medical report* penderita HIV merupakan pelanggaran *personal secret* dan bukan merupakan pelanggaran Rahasia Dagang. Walaupun atas dasar untuk kepentingan umum alasan diatas dapat dikesampingkan. Sedangkan hasil rapat para menteri ekuin sebelum dipublikasi dapat merupakan *gouvernement secret*.

Bagaimana dengan *trade secret* ?

Di Amerika Serikat , dalam *the first restatement of tort, section 757 comment b* : *trade secret* adalah “ *any formula, pattern, device or compilation information which is used in one’s business, and gives him an opportunity to obtain an advantage over competitors who do not know or use it* “. Dengan demikian tampak bahwa *trade secret* meliputi hal-hal baik **yang kelihatan maupun yang tidak kelihatan**. Sesuatu yang dapat dilihat dapat berupa sesuatu yang tertulis, atau bisa dilihat (misalnya: formula, alat, pola), sedangkan sesuatu yang tidak tertulis dan tidak dapat dilihat misalnya, pengetahuan, informasi, keahlian, skill dsb. Semua hal tersebut merupakan sesuatu yang dapat digunakan **sebagai alat bersaing** karena **mempunyai nilai kompetitif** bagi pemiliknya dalam upaya memperoleh keuntungan dalam kegiatan bisnis, sedangkan pihak lain sebagai pesaing usaha tidak mengetahuinya atau tidak menggunakan informasi tersebut. Dalam perkembangannya , pada awal tahun 1979 telah dibuat *uniform* di bidang

trade secret di AS, yang merupakan penyeragaman dari 40 negara bagian di AS dan distrik Columbia. Dalam *Uniform Trade Secrets Act* disebutkan bahwa yang dimaksud dengan “*trade secret* “ means *information, including formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process that :*

- a. *derives independent economic value, actual or potential , from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use , and*
- b. *is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy*⁸⁷.

Di Indonesia dalam UU No. 30 tahun 2000 tentang Rahasia Dagang disebutkan bahwa Rahasia Dagang adalah informasi di bidang teknologi atau bisnis yang tidak diketahui oleh umum, mempunyai nilai ekonomi dan berguna dalam kegiatan usaha serta dijaga kerahasiaannya oleh pemiliknya.

Dengan demikian terdapat beberapa unsur Rahasia Dagang, yaitu :

- a. Informasi di bidang teknologi dan bisnis;
- b. Tidak diketahui umum;
- c. Mempunyai nilai ekonomi;
- d. Berguna dalam kegiatan usaha;
- e. Dijaga kerahasiaannya oleh pemiliknya.

Menurut UU No. 30 tahun 2000 tentang Rahasia Dagang maka Rahasia Dagang dianggap lahir pada saat seseorang menciptakan atau menemukan penemuan baru dalam bentuk informasi yang mempunyai nilai ekonomi yang karena pertimbangan tertentu sengaja disimpan dan dipertahankan

87 Merges, Mennel, Lemley, *Intellectual Property in The New Technological Era*, Aspen Publishers, Newyork 2003, hal 30

sebagai informasi yang bersifat rahasia. Prinsipnya Rahasia Dagang dimiliki oleh orang yang menemukan.

Contoh : Formula Coca Cola- sampai dengan tahun 2006, kurang lebih telah mencapai hampir 120 tahun, formula Coca Cola tetap tersimpan sebagai *trade secret* yang melegenda dan tidak pernah di patenkan dimanapun. Berawal pada tahun 1886 pada bulan Mei di Atlanta, Georgia AS , **John Styth Pemberton**, seorang ahli farmasi yang membuat sirup karamel berwarna dalam sebuah ketel kuningan di kebun belakang rumahnya, yang ternyata rasanya banyak digemari masyarakat. Pada tahun 1899 proses pembotolan Coca Cola berskala besar dilakukan. pemilik The Coca Cola Company, Asa G Chandler memberikan hak pembotolan eksklusif pada Joseph B Whitehead dan benjamin F Thomas dari Chattanooga Tennessee. Saat ini Coca Cola telah mempunyai jaringan usaha di hampir dua ratus negara di dunia. Di banyak negara telah pula dilakukan dengan cara bekerjasama dengan perusahaan pembotolan local. Di Indonesia, Coca Cola mulai diperkenalkan pada tahun 1932 oleh De Netherlands Indische Mineral Water Fabrik Jakarta di bawah manajemen Bernie Vonings dari Belanda. Setelah kemerdekaan dengan masuknya pemegang saham dari bangsa Indonesia, berganti nama dengan Indonesia beverages Limited (IBL). Pada tahun 1971 IBL menjalin kerjasama dengan Mitsui Toatsu Chemical Inc, Mitsui & Co Ltd, dan Mikuni Coca Cola Bottling Co, membentuk PT. Djaya Beverages Bottling Company (DBBC). Pada 12 Oktober 1993 Coca Cola Amatil Limited (CCL), sebuah perusahaan publik dari Australia mengambil alih kepemilikan DBBC dan merubah namanya dengan Coca Cola Amatil Indonesia Jakarta. Sampai dengan saat ini CCA didukung oleh 11 Pabrik pembotolan dengan didukung kurang lebih 9000 karyawan dan melayani uang lebih 400000 pelanggan di ndonesa.

Dengan demikian Rahasia Dagang akan dapat dimanfaatkan untuk menambah perlindungan HAKI, disamping merek, paten desain industri dan hak cipta. Pemanfaatannya terutama untuk melindungi gagasan ide atau gagasan sebuah karya cipta, gagasan teknik yang belum diwujudkan dalam bentuk nyata. Melihat pokok persoalan Rahasia Dagang adalah informasi, terutama menyangkut ide gagasan konsep, maka sangat erat kaitanya dengan hak cipta. Sehingga tidak salah apabila David I Bainbridge berpendapat bahwa : *“copy right protects the expression of an idea but the law of confidence is wider and protect the idea it self / hak cipta melindungi sebuah ekspresi dari gagasan/ide, tetapi rahasia dagang perlindungannya lebih luas dapat melindungi gagasan/ide itu sendiri.”*⁸⁸

Rahasia dagang merupakan salah satu bagian dari Hak Kekayaan Intelektual , yang masing-masing diatur dengan UU tersendiri, seperti halnya UU merek, UU Paten, UU Desain, UU Hak Cipta, UU Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu. Rahasia dagang mempunyai korelasi yang dekat dengan Hak Cipta dalam kaitannya memberikan perlindungan hukum atas berbagai hasil kreatifitas intelektual manusia. Hak cipta berisi hak eksklusif untuk memproduksi , mempertontonkan, mempertunjukkan, mendistribusikan dan melakukan perubahan sebuah akspresi ke bentuk asli sebuah karya cipta. Hak cipta hanya melindungi bentuk original dari sebuah ekspresi ide tetapi tidak melindungi ide itu sendiri. Hak cipta dan rahasia dagang kadang melindungi beberapa informasi yang sama dan kadang karenanya mempunyai hubungan yang eksklusif antara satu dan lainnya .Di bawah ini dicontohkan bagaimana hak cipta dan rahasia dagang bekerjasama memberikan perlindungan:

- a. HC dan rahasia dagang memberikan perlindungan baik pada ciptaan yang tidak dipublikasikan sepanjang ide

88 David Bainbridge, *Intellectual Property*, Piman Publishing, Fouth Edition, 1999, p 45

- (ide-ide) dalam karya cipta tersebut cukup inovatif untuk dikualifikasikan sebagai rahasia dagang (setiap informasi rahasia mempunyai *comparatif advantage* dalam bisnis). Dan informasi yang tetap dirahasiakan dapat dilindungi rahasia dagang;
- b. HC dan rahasia dagang melindungi baik untuk ciptaan yang didistribusikan secara terbatas dan dibatasi dengan perjanjian lisensi HC yang mana licensee mengakui atau menyatakan serta sanggup menjaga rahasia dagang dari karya cipta tersebut. Perlindungan ganda ini secara khusus berhubungan dengan bisnis program komputer;
 - c. Perlindungan rahasia dagang biasanya tidak disediakan untuk software bila *source code* tersebut disediakan atau dibuat untuk publik dalam bentuk tanpa pembatasan seperti halnya ditulis dalam majalah komputer atau media distribusi lainnya (sebuah *floppy disc*);
 - d. Ciptaan yang secara luas didistribusikan tanpa perjanjian lisensi khusus pada umumnya akan hilang status rahasia dagang nya tetapi mungkin hak ciptanya tetap ada.

2. OBYEK RAHASIA DAGANG

Obyek rahasia dagang adalah **informasi**, sehingga bisa merupakan suatu yang tertulis ataupun tidak tertulis. Apa yang ada di perusahaan baik berupa tulisan atau tidak tertulis sepanjang itu dirahasiakan dan mempunyai nilai kompetitif sebagai alat bersaing dapat merupakan rahasia dagang. Keunggulan komparatif kemungkinan diperoleh dari sebuah informasi yang sifatnya rahasia, ide atau *state of events* yang secara potensial dieksploitasi untuk menarik sebuah pendapatan atau asset sebuah bisnis. Jika pemilik informasi tidak dapat memperoleh keuntungan ekonomi dari informasi tersebut, maka tidak ada rahasia dagang dalam hal ini. Jika mempertahankan informasi tersebut akan

memberikan keunggulan komparatif pada pemiliknya maka ini dikualifikasikan sebagai rahasia dagang dan ini adalah rahasia dan dalam kenyataannya dijaga kerahasiaannya.

Umumnya lingkup dan obyek informasi yang dilindungi dengan rahasia dagang dalam suatu perusahaan adalah :

- a. Metoda produksi
- b. Metoda pengolahan
- c. Metoda penjualan
- d. Informasi lain di bidang teknologi atau bisnis yang memiliki nilai ekonomi dan tidak diketahui oleh masyarakat umum.

Dengan demikian kiat-kiat untuk memajukan perusahaan, daftar pelanggan, data penjualan, prospek pemasaran, formula, pengetahuan teknis, profil konsumen, informasi mengenai penelitian dan pengembangan, rencana usaha, informasi teknis (seperti operasi suatu mesin), sumber kode-kode program komputer adalah serangkaian informasi yang mempunyai nilai komersial dan dapat digunakan untuk meraih keuntungan dalam kegiatan usaha sehingga layak dilindungi sebagai rahasia dagang. Terhadap informasi di atas tentunya pemilik informasi akan berusaha melindunginya dari penyadapan/-pencurian informasi oleh pihak lain, terutama pesaing usahanya.

Sebuah informasi internal yang dimiliki pelaku bisnis dapat dikualifikasikan sebagai rahasia dagang bila terbukanya informasi tersebut akan membawa dampak buruk bagi pelaku usaha tersebut dalam persaingannya. Sebagai contoh informasi yang biasanya dipertimbangkan sebagai rahasia dagang adalah :

- informasi yang berkaitan dengan karakteristik konsumen;
- informasi yang berkaitan dengan harga dan biaya produk;

- sumber bahan baku,khususnya apabila bagian ini terbuka akan berakibat membuka rahasia ciri dari rahasia yang berkaitan dengan bahan atau ramuan;
- buku dan catatan bisnis;
- informasi penjualan;
- daftar pelanggan;
- informasi yang berkaitan dengan peluang bisnis;
- informasi yang berkaitan dengan distributor,supplier dsb.

Dilain pihak , informasi bisnis tidak akan dilindungi Rahasia Dagang bila dapat dikembangkan secara independen dengan sedikit kesulitan . Informasi yang secara umum tidak dapat dikualifikasikan sebagai rahasia dagang termasuk didalamnya adalah buku pedoman umum untuk pekerja/pegawai/karyawan dan kebijakan personal yang mendiskusikan mengenai hak dan tanggung jawab pekerja .

Rahasia Dagang kadang melibatkan sebuah pendekatan baru, formula, alat-alat, atau metoda untuk kegiatan bisnis akan tetapi sebuah inovasi struktur yang asli atau reorganisasi dari sebuah informasi yang tersedia milik publik yang menciptakan keuntungan komparatif dapat dikualifikasikan sebagai rahasia dagang bila dijaga kerahasiannya. Banyak informasi yang pada saat ini ditata ulang sehingga dapat lebih mudah disimpan dan dicari kembali dari *database* komputer hal ini kadang dikenal dengan *knowledge engineering* yaitu sebuah mesin baru yang dapat dicari kembali formatnya yang mungkin dikualifikasikan sebagai kompilasi inovasi, hal ini digolongkan sebagai rahasia dagang bila dijaga kerahasiannya , karena ini memungkinkan sebuah bisnis menganalisa sebuah informasi lama ke dalam cara baru yang dapat memberikan keunggulan dalam langkah persaingan.

Database adalah sebuah type informasi yang disorganized dalam sebuah cara dan diberi fasilitas yang

dapat dicari kembali . Sebuah *ensiclopedy* adalah contoh database yang diatur secara alpabet dan berisi infoirmasi yang dapat dicari kembali melalui subyek . Istilah *database* saat ini dipahami sebagai *computer database*. *Computer database* biasanya berisi informasi yang dihubungkan dalam sebuah cara yang dapat dicari kembali dengan cepat, baik dengan cara yang spesifik /khusus atau dalam kombinasi dengan item yang lain. *Database* mungkin dilindungi sebagai Rahasia Dagang. Sebagai contoh *database* yang menyediakajn informasi bagi penerbit buku untuk mengidentifikasi pihak –pihak atau orang – orang yang memebli buku dalam tahun sebelumnya akan dikualifikasikan sebagai rahasia dagang jika tetap dijaga kerahasiannya . Database sering berisi componen atau materi yang dilindungi hak cipta yang dimiliki orang lain selain pemilik database, sehingga dalam kasus database atas arsip atau penyimpanan dokumen atau artikel koran atau majalah maka hak cipta atas artikel tersebut tetap dimiliki oleh pencipta asli atau penerbit, bahkan type database ini dapat tetap dfianggap rahasia dagang karena cara material tersebut diorganized atau diatur adalah sebagai nilai tambah atas material itu sendiri.

Formula sebuah produk yang disimpan dan menambah nilai *competitive* bagi pelaku bisnis dapat dikualifikasikan sebagai rahasia dagang. Sebuah formula dapat berisi bebrapa kombinasi, komposisi yang menghasilkan sebuah produk khusus. Sebagai contoh banyak formula yang telah diberikan status rahasia dagang untuk minuman ringan, pembersih lantai, atau racun tikus.

Ide dapat dilindungi sebagai Rahasia Dagang bila secara umum tidak diketahui dikalangan para pelaku bisnis dan menawarkan kompetitif *advantage* serta diciptakan secara rahasia . Nilai riil suatu ide pada akhirnya tergantung pada sukses komersial yang diraihny . Sebuah ide yang

menawarkan sebuah kemungkinan membantu dalam persaingan bisnis seharusnya dipelihara sebagai rahasia dagang sampai dengan hal itu menampakkan suatu yang langka atau cara pemikiran yang secara independen lain. Kecuali bila sebuah peluang emas untuk memperoleh keuntungan sebagai pesaing yang potensial hilang. Perlindungan rahasia dagang juga tersedia untuk ide-ide yang kemudian menjadi sebuah penemuan sampai dengan sebuah paten diperoleh. Sekali sebuah ide menjadi paten, maka ide itu menjadi bagian dari paten. Dengan demikian informasi itu menjadi milik publik dan tersedia untuk umum dan karenanya tidak dipertimbangkan lagi sebagai Rahasia Dagang.

Perlindungan Rahasia Dagang atas ide seharusnya dibandingkan dengan perlindungan hak cipta yang hanya melindungi bentuk nyata dari sebuah ekspresi ide dan bukan ide itu sendiri, karena dari perbedaan ini aturan rahasia dagang dapat lebih baik memberikan perlindungan hukum untuk suatu konsep dan tahap pengembangan dari sebuah ciptaan sebelum pada akhirnya diwujudkan dalam bentuk yang nyata bisa dilihat dan dipublikasikan. Pada fase ini perlindungan dengan hak cipta mengambil alih peran.

Daftar pelanggan dari suatu bisnis boleh jadi dikualifikasikan sebagai rahasia dagang jika daftar tersebut memberi kontribusi keuntungan dari sebuah bisnis yang bersaing dan dijaga kerahasiannya. Dalam aturan rahasia dagang terapat beberapa type daftar pelanggan;

- a. Daftar pelanggan yang dipelihara oleh *retailer*;
- b. Daftar pelanggan yang dipelihara oleh profesional;
- c. Daftar pelanggan yang dipelihara oleh pedagang besar

Daftar pelanggan yg dipelihara oleh *retailer* dan professional kebanyakan dikualifikasikan sebagai rahasia dagang dengan alasan :

- a. nama individu dalam daftar tsb biasanya telah diperoleh sebagai hasil upaya langsung oleh *retailer* atau professional dalam rangka membangun *goodwill*;
- b. DP memberikan pada pemiliknya sebuah *competitive advantage* melalaui *retailer* atau professional yang signifikan.

Daftar pelanggan yang berada pada pedagang besar seringkali tidak dikualifikasikan sebagai rahasia dagang karena pengecer atau distributor biasanya mudah diidentifikasi melalui buku panduan pedagang atau sumber lain. Daftar demikian biasanya tidak mempunyai *competitiuve advantage* bagi pemiliknya tetapi terdapat perkecualian , sebagai contoh daftar toko buku yang dibuat dalam bentuk buku secara teknis akan sangat bernilai bagi distributor pedagang buku .

Pengetahuan tradisional (*traditional knowledge*) dapat juga merupakan rahasia dagang. Sebagai contoh sebuah organisasi internasional yang dikenal dengan *The International Chamber of Commerce* mengidentifikasikan *industrial know how* masuk dalam pengetahuan terapan, metode dan data yang dibutuhkan untuk merealisasi atau melaksanakan teknik yang melayani tujuan industri. Pengetahuan industrial berbeda dengan pengetahuan bisnis yang normalnya termasuk di dalamnya berisi teknik-teknik pemasaran. Macam informasi yang dilindungi dengan istilah pengetahuan industri akan dikualifikasikan sebagai rahasia dagang apabila hal tersebut dispesialisasikan dan tidak dikenal umum dalam lingkup masyarakat bisnis sehingga dapat digunakan sebagai alat kompetisi bagi perusahaan dan dipelihara sebagai rahasia dagang dalam perusahaan. Di Perancis, Jerman, Jepang dan AS, dan banyak negara lain , pengetahuan industri dapat ditetapkan sebagai rahasia dagang ketika sebuah proses yang umum

atau sebuah metoda dimintakan paten atau dipatenkan atau hal lain yang tersedia untuk umum . Sebagai contoh , metoda pembuatan sebuah pedang telah secara luas dikenal di Jepang, tetapi factor demikian seperti teknik keramik, pemanasan dengan api dan temperatur sering menentukan apakah sebuah pedang akan bagus atau gagal. Karena pengetahuan industri diasosiasikan dengan beberapa factor yang dapat digunakan sebagai alat bersaing maka dapat dikualifikasikan sebagai rahasia dagang.

Rahasia industri atau *industrial secret* seperti halnya teknik, teknologi atau ilmu atau proses mekanik, proses rahasia formula, desain industri yang tidak didaftar, teknik manufaktur dan metoda, rahasia pengetahuan tentang mesin dan peralatan merupakan contoh rahasia di bidang industri. Hukum di beberapa negara , seperti Jepang membedakan antara *industrial secret* dengan *commercial secret*. Di AS walaupun demikian pengadilan secara umum menyamakan semua rahasia dagang sebagaimana disebut di atas. Dalam bahasa lain apakah itu rahasia dagang atau tidak adalah sebuah informasi di bidang bisnis, pengetahuan industri atau rahasia industri tidak mempunyai konsekuensi hukum di AS.

Rahasia dagang , secara hukum masih eksis dan tetap dilindungi bahkan walaupun banyak orang yang mengetahuinya, sejauh pengetahuan itu tetap disimpan dalam kegiatan bisnis yang memiliki rahasia dagang tersebut. Contoh, pada perusahaan besar rahasia dagang mungkin diketahui oleh ratusan bahkan ribuan orang, namun demikian sejauh pelaku usaha tetap ada lanagkah yang nyata untuk menjaga agar tidak diketahui publik atau pelaku bisnis lain maka status rahasia dagang atas informasi tersebut tetap dipertahankan.

3. SYARAT PERLINDUNGAN HUKUM RAHASIA DAGANG

Di Indonesia, dalam Pasal 3 UU No.30 tahun 2000 tentang rahasia dagang menyebutkan bahwa rahasia dagang mendapatkan perlindungan hukum apabila informasi tersebut bersifat rahasia, mempunyai nilai ekonomi, dan dijaga kerahasiaannya melalui uapay yang semestinya. Dengan demikian sebuah informasi agar t mendapatkan perlindungan hukum sebagai rahasia dagang paling tidak harus memenuhi tiga syarat. Tiga syarat tersebut adalah :

- a. **Informasi tersebut bersifat rahasia**, artinya hanya diketahui *secara terbatas* oleh pihak tertentu atau tidak diketahui secara umum oleh masyarakat. Dengan demikian dalam suatu perusahaan dapat saja rahasia tesebut hanya diketahui oleh Direktur atau Komisaris, tetapi juga dapat hanya diketahui beberapa kepala bagian, atau hampir semua karyawan juga tahu tentunya dikecualkan *cleaning service* –misalnya) asalkan belum merupakan rahasia yang sifatnya umum diketahui masyarakat banyak maka masih merupakan informasi yang dikategorikan rahasia;
- b. **Informasi tersebut mempunyai nilai ekonomi**, artinya dapat digunakan untuk menjalankan kegiatan usaha atau usaha yang bersifat komersial atau dapat meningkatkan keuntungan secara ekonomi. Dengan demikian nilai informasi tersebut pada berhasil tidaknya mendatangkan keuntungan untuk pemiliknya atau paling tidak informasi tersebut menjadi begitu penting karena sebagai alat untuk bersaing dengan *competitor*nya.
- c. **Informasi tersebut dipertahankan kerahasiaannya** dengan upaya-upaya sebagaimana mestinya, artinya ada langkah-langkah yang layak dan patut untuk menjaga rahasia tersebut. Dengan demikian syarat ini menuntut adanya upaya riil atau langkah nyata dari pemilik

rahasia tersebut untuk menjaga rahasia tersebut. Dalam satu perusahaan dengan perusahaan lainnya dapat dipastikan terdapat upaya yang berbeda dalam menjaga rahasia perusahaan tersebut. Contoh-contoh yang dapat dijadikan langkah nyata menjaga rahasia dagang antara lain, dari yang sifatnya sederhana sampai dengan yang cukup rumit sbb :

- tulisan “ Selain karyawan dilarang masuk “:, “ *Staff only* “, “ *No Trespassing*”,
- tulisan peringatan “ Dilarang mengambil gambar “, “ Dilarang memotret “,
- apabila banyak rahasia dalam data base komputer maka komputer dipasang *password*,
- mengikat karyawan yang pensial membocorkan informasi penting perusahaan dengan menandatangani pernyataan untuk menjaga rahasia perusahaan atau sering dikenal dengan *Confidentiality Agreement*,
- membuat perjanjian untuk saling menjaga rahasia perusahaan dengan pihak di luar perusahaan yang potensial membocorkan rahasia perusahaan, misalnya antara perusahaan dengan agen, distributor, notaris, konsultan hukum, akuntan, perusahaan penilai dsb. Kontrak ini sering dikenal dengan *Non Disclosure Agreement*.
- memasang CCTV

Selain syarat sebagaimana tersebut di atas masih terdapat syarat lain, yaitu informasi tersebut harus **secara kontinyu digunakan dalam bisnis** pemilik Rahasia Dagang (*Continous use*). Dengan demikian bukan termasuk di dalamnya hal-hal yang hanya sekali atau kadang-kadang saja digunakan dalam bisnis pemilik Rahasia Dagang.⁸⁹

89 Margreth Barret., *Intellectual Property*, Smith's Review, Published by Emanuel Law Outlines, Inc, 1991, p. 3.

Menurut Margreth Barret, paling tidak terdapat enam factor dalam mempertimbangkan keberadaan Rahasia Dagang, yaitu :

- a. **Seberapa luas informasi yang dianggap Rahasia Dagang yang dimiliki pemilik bisnis tertentu.** Dalam hal ini factor yang dominan adalah **seberapa jauh informasi yang dianggap rahasia dagang tersebut dikenal oleh masyarakat pada umumnya** dan pelaku bisnis lain yang bergerak pada bisnis yang sama. Dalam hal ini tidak perlu dibuktikan bahwa pemilik rahasia dagang adalah satu-satunya pemilik rahasia tersebut dan tidak ada pihak lain yang mengetahuinya. Pihak lain mungkin mengetahui informasi tersebut namun dalam jumlah yang sangat terbatas dan yang terpenting adalah adanya upaya-upaya nyata untuk menjaga rahasia dagang tersebut.
- b. **Siapa saja di dalam perusahaan pemilik rahasia dagang yang mengetahui informasi yang dirahasiakan tersebut?.** Berdasarkan ketentuan ini maka perlu diketahui siapa saja yang diizinkan membuka informasi yang dirahasiakan tersebut pada karyawan atau pihak lain yang berkaitan dengan bisnis perusahaan, akan tetapi tentunya harus terdapat pembatasan-pembatasan yang wajar. Contohnya pemilik rahasia dagang akan membatasi pada karyawan yang benar-benar membutuhkan informasi tersebut dalam pekerjaannya serta membatasi akses pihak lain yang tidak memerlukannya.
- c. **Nilai informasi yang dianggap rahasia tersebut bagi perusahaan dan pesaing usahanya.** Pada umumnya semakin informasi tersebut bernilai semakin ketat upaya untuk melindunginya. Dengan demikian semakin perusahaan banyak melakukan upaya melindungi informasi tersebut maka semakin tampak nilai

informasi yang dirahasiakan tersebut bagi perusahaan. Sebaliknya informasi yang bersifat umum dan sudah dikenal banyak orang maka bukan merupakan informasi yang perlu mendapat perlindungan, sehingga tidak banyak perusahaan yang perlu melakukan upaya-upaya melindunginya. Hal itu disebabkan informasi tersebut tidak banyak mempunyai nilai bagi perusahaan;

- d. **Upaya-upaya untuk mengembangkan informasi yang dirahasiakan.** Jika terdapat upaya nyata dari perusahaan untuk mengembangkan informasi yang dianggap rahasia tersebut dengan banyak biaya, waktu, dan berbagai upaya, umumnya ini adalah informasi yang dikategorikan Rahasia Dagang (perusahaan). Sebaliknya informasi yang demikian mudah diperoleh oleh pihak lain serta dikembangkannya umumnya tergolong informasi yang dibawah standart untuk mendapat perlindungan sebagai rahasia dagang;
- e. **Dengan cara seperti apa perusahaan pesaing dapat mengembangkan informasi yang dianggap rahasia tersebut.** Umumnya jika informasi ang dangap rahasia tersebut **gampang diduplikasi, atau direkayasa ulang, atau ditemukan, umumnya tidak termasuk informasi sebagai rahasia dagang** sehingga perlindungan hukumnya lemah daripada informasi yang begiotu sulit dipeoleh serta dikembangkannya. Rahasia Dagang umumnya tidak melarang tindakan rekayasa ulang produk atau tindakan yang dilakukan sebagai hasil pengembangan yang independen. Dengan demikian rahasia dagang tidak memberikan hak eksklusif atau monopoli, berbeda dengan hak paten yang memberikan hak eksklusif pada inventornya. Jika informasi yang dianggap rahasia tersebut ternyata dapat direkayasa ulang oleh pihak lain dngan cara-cara yang tidak terlampau rumit, umumnya pengadilan di

AS masih menganggap sebagai informasi yang rahasia khususnya apabila si perekayasa melakukannya dengan iktikad tidak baik.

Hak yang dimiliki pemilik rahasia dagang adalah ;

- a. berhak untuk menggunakan sendiri
- b. memberikan lisensi pada pihak lain (misalnya : menyewakan, menyerahkan, menyediakan untuk dijual) atau melarang orang lain menggunakan atau mengungkapkan pada pihak ke 3 untuk kepentingan komersial, artinya dalam perjanjian lisensi yang eksklusif di bidang rahasia dagang, pendiri lisensi dapat memberi hak pada penerima lisensi untuk melarang pihak ke 3 mengungkapkan rahasia dagang tersebut.

Rahasia Dagang dapat dialihkan pada pihak lain dengan cara-cara pewarisan hibah wasiat perjanjian tertulis. Disyaratkan juga bahwa pengalihan tersebut harus disertai dengan dokumen tentang pengalihan hak yaitu dokumen yang membuktikan terjadinya pengalihan hak tetapi tidak mencakup rahasia dagang yang diperjanjikan. Pengalihan ini harus dicatatkan pada ditjend HKI dan ini hanya yang bersifat administratif tidak mencakup substansinya.

4. LISENSI

Berbeda dengan perjanjian lain yang menjadi dasar pengalihan Rahasia Dagang (hibah wasiat), pewarisan perjanjian lain maka lisensi hanya memberikan hak secara terbatas dan dalam waktu yang terbatas pula lisensi hanya memberikan hak untuk memakai atau mnggunakannya dalam waktu tertentu. Mengingat sifat rahasia dagang yang tertutup maka pelaksanaan lisensi rahasia dagang biasanya dengan mengirimkan atau memperbantukan secara langsung tenaga ahli yang menyimpan rahasia dagang. Hal ini berbeda dengan bantuan teknik yang biasanya dilakukan

dalam rangka pelaksanaan proyek, pengoperasian mesin baru, atau kegiatan lain yang khusus dirancang dalam rangka bantuan teknik.

Pada dasarnya pemegang hak atas rahasia dagang tetap dapat melaksanakan sendiri atau memberikan lisensi pada pihak lain, kecuali diperjanjikan lain (ada eksklusif) perjanjian lisensi wajib dicatatkan pada ditjend HKI, bila tidak dicatatkan maka perjanjian tersebut tidak mempunyai akibat hukum terhadap pihak ke 3.

5. PELANGGARAN RAHASIA DAGANG

Pelanggaran rahasia dagang terjadi apabila :

- a. dengan sengaja mengungkapkan rahasia dagang atau mengingkari kesepakatan atau kewajiban yang tertulis atau tidak tertulis untuk menjaga rahasia dagang. Dengan demikian penyampaian informasi pada orang lain yang tidak diberitahukan bahwa informasi tersebut bersifat rahasia maka pengungkapan informasi tersebut pada pihak ke 3. Bukan termasuk pembocoran rahasia. Hal ini berarti bahwa untuk dapat dilindungi sebagai informasi yang bersifat rahasia maka informasi tersebut harus secara jelas diberitahukan kerahasiaannya. Dokumen rahasia harus diberi tanda “rahasia” atau kalau berbentuk lisan maka ungkapan/-pernyataan “ini rahasia” harus secara jelas diucapkan. Walaupun demikian dalam banyak kasus tidak perlu secara eksplisit menyampaikan sifat rahasia suatu informasi pada penerima. Semuanya tergantung pada hakim untuk menilainya apabila sampai terjadi sengketa di pengadilan bagaimana dengan pengungkapan rahasia dagang secara tidak disengaja ? apakah pelanggaran hak ?

Suatu rahasia dagang dianggap telah di langgar jika seseorang membocorkannya yang menyebabkan

pihak lain dapat membacanya, menyalin dalam bentuk lain menyiarkannya, menyebarkan dengan cara apapun, yang menyebabkan orang lain tahu akan rahasia tersebut. Tidak harus seluruh rahasia dagang dibocorkan tapi sebagian saja sudah cukup dasar untuk meminta pertanggungjawaban dan yang penting adalah bocornya rahasia tersebut, terlepas dari sengaja atau tidak sengaja. Pembatasan rahasia dagang secara tidak sengaja tetap dapat diminta pertanggungjawabannya hanya saja pengenaan (saksi pidana) hanya dalam dikenakan pada pembatasan rahasia yang dengan sengaja.

- c. memperoleh atau menguasai rahasia dagang dengan cara yang tidak layak atau tidak patut atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Cara-cara yang dianggap tidak layak atau tidak patut misalnya: membujuk, memaksa, sedangkan cara-cara yang dianggap bertentangan dengan UU misalnya : mencuri, menyadap, menipu ,pembongkaran, atau dengan mata-mata;

Pelanggaran secara melawan hukum dapat juga terjadi pada saat seorang karyawan mengkomunikasikan pada orang lain sebuah rahasia dagang karena pelanggaran CA (*confidentiality agreement*) atau NA (*non disclosure agreement*) atau kewajiban untuk menjaga kerahasiaan atau pekerjaan yang berkaitan dengan rahasia dagang, hal ini dikenal dengan pelanggaran membuka rahasia dagang . Siapa saja yang secara melawan hukum membuka rahasia dagang boleh jadi bertanggung jawab untuk semua hasil yang akan membahayakan kepentingan ekonomi pemilik rahasia dagang.

Dalam kontek pembicaraan pembocoran informasi yang dirahasiakan yang tergolong rahasia dagang maka dapat pula terjadi dengan menggunakan mata-mata kegiatan

industri yang umumnya berisi serangkaian tindakan atau aktifitas yang langsung berkaitan dengan penemuan rahasia dagang sebuah perusahaan melalui cara –cara yang illegal :

- a. memata-matai secara elektronik;
- b. pembajakan pegawai untuk membuka informasi yang berkaitan dg rahasia dagang;
- c. menempatkan mata-mata diantara pegawai perusahaan;
- d. merekan jaringan telepon perusahaan, computer, E-mail;
- e. pencurian dokumen yang berisi informasi yang rahasia.

Di AS, pemilik rahasia dagang yang rahasianya dicuri oleh pihak lain sebagai hasil mata-mata kegiatan industri boleh jadi akan menadapatkan ganti rugi yang besar jika rahasia dagang tersebut digunakan oleh pihak lain yang dianggap salah atau melamnggar atau berniat jahat. Di beberapa negara bagian ,bagaimanapun, pencurian melalui amta-mata kegiatan industri ditoleransi sebagai hal yang biasa sebagai bagian yang biasa atau normal dalam aktifitas bisnis.

Bagi pemilik rahasia dagang yang mengajukan gugatan ke PN terhadap pesaing yang menggunakan rahasia dagang miliknya harus menunjukkan bahwa pesaing telah memperolehnya dengan cara yang melanggar hukum .Sebaliknya biasanya pihak yang digugat pemakaian rahasia dagang akan menggunakan konsep pengembangan yang independen sebagai upaya menghilangkan unsur pengambilan rahasia dagang pihak lain secara melawan hukum. Sebuah rahasia dagang tidak diperoleh secara melawan hukum apabila diperoleh secara independen atau ditemukan oleh pesaing melalui penelitian yang serupa.

Untuk mencegah mereka memunculkan sebuah konsep yang independen sebagai upaya pertahanan atas aksi pelanggaran rahasia dagang maka banyak pengusaha besar yang tidak akan :

- a. menandatangani NA dari pihak luar perusahaan yang ingin menjual sesuatu pada perusahaan;
- b. pengujian beberapa pekerjaan oleh seorang diluar perusahaan, kecuali bila pihak di luar perusahaan mau menandatangani pernyataan teertulis mengenai penyerahan hak utnuk atas ciptaan tersebut sebagai rahasia dagang

6. PENYELESAIAN SENGKETA

Pemegang hak Rahasia Dagang yang ditanggung dapat menggugat siapapun yang dengan sengaja tanpa hak melanggar hal-hal tersebut diatas, berupa :

- a. Gugatan ganti kerugian;
- b. Penghentian semua pembuatan (misalnya : membuat, menyewakan, menyerahkan, menyediakan untuk dijual hasil produksi yang dibuat dengan rahasia dagang tersebut).

Akan tetapi, harus dilakukan pembuktian adanya pelanggaran dan adanya kerugian yang diderita misalnya dapat berupa hilangnya keuntungan, biaya-biaya yang terpaksa dikeluarkan akibat dari pelanggaran.

Dengan demikian pelanggaran terhadap rahasia dagang apabila ingin diselesaikan dengan gugatan dipengadilan maka harus dibuktikan adanya kerugian sebagai akibat pelanggaran Rahasia Dagang tersebut. Pengajuan gugatan ganti kerugian tidak menutup penyelesaian pelanggaran rahasia dagang dari aspek pidana. Apabila ada indikasi dengan sengaja dan tanpa hak menggunakan rahasia dagang pihak lain, dengan ancaman pidana paling lama 7 tahun dan denda paling banyak 300 juta. Dalam pemeriksaan pembuktian hak perkara pidana atas permintaan pada pihak, hakim dapat memerintahkan agar sidang dilakukan secara tertutup.

Bila pemilik Rahasia Dagang dapat menunjukkan adanya kerugian sebagai akibat dicurinya rahasia dagang oleh pihak lain (tergugat), pemilik dapat mengajukan gugatan kompensasi pada pengadilan :

- a. ganti kerugian atas keuntungan yang diperoleh pesaing sebagai hasil penggunaan rahasia dagang tersebut;
- b. ganti rugi berupa hilangnya keuntungan yang diderita pemilik rahasia dagang.

Lebih lanjut bila pencuri informasi dilakukan dengan sengaja maka pengadilan di beberapa negara bagian di AS akan mengenakan denda ganti kerugian atau ganti kerugian yang dihadiahkan pada penggugat sebagai hukuman terhadap pelaku.

7. PERKECUALIAN

Tidak dianggap sebagai pelanggaran rahasia dagang apabila :

- a. Pengungkapan rahasia dagang didasarkan pada kepentingan hankam, kesehatan, keselamatan masyarakat.
- b. Tindakan rekayasa ulang atas produk yang dihasilkan dari penggunaan rahasia dagang milik orang lain yang dilakukan semata-mata untuk pengembangan lebih lanjut produk yang bersangkutan.

8. PERBEDAAN DAN PERSAMAAN DENGAN HKI LAINNYA

- a. Rahasia Dagang akan hilang sifat kerahasiaannya bila dimintakan paten. Sekali paten dikeluarkan maka apa yang diungkapkan telah menjadi milik umum. Rahasia itu masih ada sejauh masih dalam tahap pengajuan permohonan, segala sesuatunya masih dianggap rahasia dagang sampai dengan dikeluarkannya paten.

- b. HAKI lainnya dilindungi karena dipublikasikan tetapi rahasia dagang dilindungi karena sifatnya yang rahasia.
- c. Rahasia dagang dilindungi walau tidak bersifat kreatif, asli, baru.
- d. HAKI lainnya selalu dalam bentuk nyata misalnya : cipta, paten, merek, desain selalu dalam bentuk gambar tulisan, tetapi rahasia dagang dapat berbentuk lisan (tidak berbentuk nyata/tidak dapat dilihat). Dalam rahasia dagang bentuk bukanlah hal yang penting tetapi penggunaan dari informasi tersebut yang penting, sehingga sangat mungkin berbentuk sebuah konsep yang dilindungi. Bahkan rahasia dagang sering dijadikan perlindungan untuk hasil kreatifitas intelektual yang belum sempurna bila dilindungi dengan cabang HKI yang lain, misalnya paten, atau hak cipta.

Contoh

Beberapa produk dan jasa sebelum di *release* pada publik ada kalanya dilakukan testing atau uji coba pada kondisi yang sebenarnya untuk meyakinkan bahwa produk tersebut layak di pasaran. Kondisi ini sering dikenal dengan sebutan *beta testing*, ini sangat penting untuk produk-produk program komputer, yang biasanya sangat kompleks dan sangat rumit diprediksi kejadiannya pada situasi yang senyatanya dan tidak dapat diprediksi secara tepat hanya dengan didasarkan pada kode tertulis. Untuk mengidentifikasi problem-problem yang potensial dan kesalahan dalam *software*, biasanya pengusaha yang mengembangkan *software* memberi izin sejumlah orang secara bebas menggunakan *software* tersebut dalam percobaan . *Software* dalam kondisi demikian belum dapat dilindungi secara sempurna dengan paten atau *copyright* .Untuk itu, perlindungan yang paling memungkinkan adalah dengan rahasia dagang. Untuk

mencegah *software*, sebagai rahasia dagang, selama *beta testing*, pengembang biasanya membutuhkan *beta tester* untuk menandatangani *non disclosure agreement* yang berisi janji atau kesanggupan untuk tidak membocorkan rahasia tersebut pada siapapun, kecuali ada ijin dari pengembang.

- e. HAKI yang lain dilindungi untuk jangka waktu tertentu tetapi Rahasia Dagang tidak terbatas waktunya.. Sepanjang masih dapat dilindungi dengan aman sepanjang itu usianya.
- f. HAKI yang lain diberikan hak monopoli dan hak yang eksklusif, tetapi Rahasia Dagang walaupun diakui dan dilindungi hukum tidak diberikan hak monopoli dan hak yang eksklusif artinya pada rahasia dagang, orang lain bisa secara bebas menciptakan rahasia dagangnya sendiri atau mengambil produk yang ada rahasia dagangnya untuk direkayasa memang sampai dengan rahasia dagangnya diperoleh.

9. HUBUNGAN ANTARA PERUSAHAAN DENGAN KARYAWAN

Situasi yang paling umum kewajiban menjaga kerahasiaan timbul karena hubungan antara karyawan/ pegawai dengan pemilik perusahaan / majikan. Kebanyakan litigasi mengenai pelanggaran rahasia dagang dilakukan oleh pegawai yang telah melakukan pelanggaran atas kewajiban untuk menyimpan rahasia yang diwajibkan oleh pemilik perusahaan/ majikan atau mantan majikan.

Terdapat 3 jenis informasi yang dapat diperoleh pegawai dalam pekerjaannya, selama ia bekerja pada suatu perusahaan :

- a. Informasi yang bersifat umum tidak dipandang rahasia;
- b. Informasi yang sekali dipelajari akan dapat diingat

harus oleh pegawai dan **menjadi bagian dari ketrampilannya** atau “pengetahuan umum” informasi ini harus diperlukan sebagai informasi yang rahasia atau pengetahuan “plus”. Pengungkapan informasi ini secara tidak sah dianggap sebagai pelanggaran rahasia dagang akan tetapi, pengakhiran hubungan antara majikan dan pegawai yang bersangkutan, dapat mengakibatkan si pegawai bebas menggunakan pengetahuan khusus tersebut, sepanjang informasi tersebut tidak dapat dipisahkan dari ketrampilan dan pengetahuan yang dibutuhkan oleh pegawai yang bersangkutan. Mantan pemilik perusahaan tidak dapat mencegahnya untuk menggunakan informasi tersebut.

- c. Rahasia Dagang ini adalah informasi yang sangat tinggi sifat kerahasiaannya misalnya formula kimiawi, metoda/desain khusus untuk konstruksi, *blue print* perusahaan. Informasi ini sangat rahasia dan tidak dapat digunakan oleh bekas pegawai apabila ia memutuskan hubungan kerja dengan majikan.

Faktor yang mungkin dipertimbangkan pengadilan untuk menentukan apakah suatu informasi termasuk Rahasia Dagang yaitu apakah informasi digunakan dipisahkan dari informasi yang dapat digunakan secara bebas oleh pegawai. Bila “ya” maka itu informasi Rahasia Dagang.

Untuk menjamin agar Rahasia Dagang tersebut tetap terjamin kerahasiaannya, maka dapat dibuat kontrak antara pemilik perusahaan dengan pekerja pegawai/karyawan yang berisi kewajiban/kesanggupan pegawai untuk menjaga kerahasiaan informasi. Kontrak itu sering di kenal dengan *Confidentiality Agreements*.

10. MELINDUNGI RAHASIA DAGANG

Sesuai dengan UU No. 30 tahun 2000 tentang Rahasia Dagang, maka terdapat tiga syarat utama yang secara kumulatif harus dipenuhi agar informasi dapat memperoleh perlindungan hukum sebagai rahasia dagang dalam suatu perusahaan. Tiga syarat tersebut adalah informasi tersebut : bersifat rahasia, mempunyai nilai ekonomi, dan dijaga kerahasiannya oleh pemiliknya. Walaupun dua syarat pertama terpenuhi tetap syarat ketiga tidak dipenuhi maka sulit untuk mendapat perlindungan sebagai rahasia dagang sebagaimana dimaksudkan dalam UU No.30 tahun 2000. Syarat yang ketiga tersebut benar-benar menuntut tindakan yang aplikatif dari pemilik informasi tersebut, yaitu adanya langkah nyata, riil untuk menjaga rahasia dagang tersebut.

Deborah.E. Bouchoux, berpendapat terdapat dua cara yang umumnya dilakukan perusahaan untuk melindungi rahasia perusahaan, dalam kaitannya dengan langkah nyata, riil untuk melindungi rahasia perusahaan, yaitu langkah-langkah fisik (*physical measures*) dan langkah-langkah pembuatan perjanjian tertulis (*written agreements*).

Langkah fisik antara lain dapat berupa rangkaian upaya-upaya perusahaan untuk membatasi akses pihak lain berkaitan dengan informasi yang dirahasiakan, antara lain dapat berupa :

- memasang tulisan “ Selain karyawan dilarang masuk “, “ *Staff only* “, “ *No trespassing* ”,
- memasang tulisan peringatan “ Dilarang mengambil gambar “, “ Dilarang memotret “,
- apabila banyak rahasia dalam *data base* komputer maka komputer dipasang *password*,
- dokumen rahasia yang tertulis dan disimpan dalam map atau yang lain maka diberikan tanda yang jelas tulisan “ Rahasia “, “ Dilarang mengcopy tanpa ijin tertulis dari... “

- Kalau berupa informasi rahasia yang sifatnya lisan maka kalimat “ ini rahasia “sebaiknya diucapkan secara jelas,
- Tidak mengcopy dokumen penting disembarang tempat foto copy,
- Sebaiknya mempunyai mesin copy sendiri untuk mengcopy dokumen penting perusahaan,
- Membakar atau memusnahkan dokumen penting yang sudah tidak terpakai
- Menghapus file penting secara permanen dari komputer apabila sudah tidak terpakai;
- Memasang alarm, *security system*, *security personnel*;

Sedangkan cara-cara yang dilakukan dengan membuat perjanjian tertulis (*written agreement*), antara lain dapat berupa :

- a. Perjanjian untuk tidak bersaing dengan Perusahaan lama

Adalah perjanjian yang berisi janji dari karyawan untuk tidak bersaing dengan mantan majikan atau melaksanakan bisnis yang bersaing dengan mantan majikan untuk jangka waktu tertentu setelah terjadinya PHK, biasanya perjanjian untuk tidak bersaing adalah bagian dari perjanjian yang lebih komplit yang ditanda tangani oleh karyawan. Perjanjian ini dapat meminimalisasi risiko terbukanya rahasia dagang atau digunakannya rahasia dagang oleh mantan karyawan. Perjanjian yang membatasi hak mantan karyawan seringkali sulit dibuktikan dan ditegakkan di PN. Sebagian PN cenderung tidak menyukai kontrak ini yang membatasi hak mantan karyawan atas mata pencahariannya. Karyawan dengan level yang tinggi dan mempunyai tanggung jawab yang besar biasanya merupakan sasaran kontrak ini. Sedangkan mereka yang hanya sedikit mempunyai tanggung jawab biasanya dikecualikan dari pembatasan kontak ini.

b. Perjanjian untuk tidak bersaing oleh pelaku bisnis

Sebagai suatu syarat penjualan sebuah bisnis maka pemilik, *officer* atau direktur biasanya diminta untuk menandatangani perjanjian untuk tidak bersaing dengan pembeli perusahaan itu untuk beberapa waktu. Janji ini menunjukkan bahwa di dalam transaksi tersebut terdapat sebuah rahasia dagang sebagai bagian pembelian suatu perusahaan. Jika pemilik lama baik *officer*, Direktur diijinkan menggunakan informasi ini dalam persaingan bisnis maka tentunya pembeli perusahaan tidak akan dapat *income*. Untuk alasan ini biasanya pengadilan mempunyai kehendak untuk menegakkan perjanjian ini.

Selain itu, yang paling banyak dilakukan perusahaan untuk menjaga rahasia dagang perusahaan dilakukan dengan membuat perjanjian tertulis antara perusahaan dengan karyawan di dalam perusahaan, yaitu :

- Mengikat karyawan yang potensial membocorkan informasi penting perusahaan dengan menandatangani pernyataan untuk menjaga rahasia perusahaan atau sering dikenal dengan *Confidentiality Agreement (CA)*. Misalnya antara perusahaan dengan programmer, akuntan internal, farmakolog dsb;
- Membuat perjanjian untuk saling menjaga rahasia perusahaan dengan pihak di luar perusahaan yang potensial membocorkan rahasia perusahaan, misalnya antara perusahaan dengan agen, distributor, notaries, konsultan hukum, akuntan, perusahaan penilai dsb. Kontrak ini sering dikenal dengan *Non Disclosure Agreement (NA)*.

Kebanyakan aturan mengenai Rahasia Dagang dikaitkan dengan bagaimana karyawan boleh

melakukan tindakan yang berkaitan dengan Rahasia Dagang yang dimiliki oleh perusahaan selama dan setelah dia bekerja bahkan bila hal ini tidak dirancang dan ditulis dalam perjanjian.

Menejemen dan karyawan dengan tingkat yang tinggi yang terikat dengan kontrak rahasia dagang selama menjalankan tugasnya secara hukum mempunyai kewajiban yang melekat untuk menghargainya sebagai informasi rahasia, yaitu melindunginya sebagai rahasia dagang. Kewajiban ini dikatakan menciptakan sebuah hubungan informasi rahasia dalam pekerjaan antara pegawai dan pelaku usaha. Seorang ahli dengan tingkat tinggi dan tanggung jawab yang besar lebih memungkinkan informasi rahasia dagang itu berada. Sebagai contoh seorang insinyur, ilmuwan, atau eksekutif biasanya akan dianggap sebagai subyek yang dipercaya untuk menjaga rahasia dagang, tentunya dikecualikan resepsionis, *officer clerk*, *janitor*. Akan tetapi, tidak ada seorang karyawan pun yang secara hukum diijinkan dengan sengaja memamerkan rahasia dagang perusahaan. Suatu praktek yang biasa pada perusahaan yang memiliki rahasia dagang membutuhkan karyawan yang punya akses pada rahasia dagang tersebut untuk menandatangani perjanjian untuk tidak menggunakan atau membuka rahasia perusahaan selama masa kerja ya. Apakah ditanda tangani atau tidak *agreement* tersebut, akan tetapi jika mantan karyawan tersebut menggunakan informasi yang diperoleh dalam pekerjaannya untuk keuntungan pribadi atau bagi keuntungan pesaingnya maka pengadilan biasanya akan mengenakan denda ganti kerugian terhadap pekerja tersebut.

Kontrak antara pegawai dengan pemilik perusahaan yang mana pegawai menyetujui untuk menyimpan rahasia semua rahasia dagang, baik laki-laki atau perempuan yang mempelajari rahasia dagang

tersebut dalam pekerjaannya sering dikenal dengan *Confidentiality Agreement(CA)* . Jika kemudian pemilik perusahaan / majikan perusahaan kemudian mencegah seorang pegawai atas penggunaan informasi yang dipertimbangkan sebagai rahasia dagang maka CA dapat membuktikan bahwa pekerja mengakui kewajibannya dalam perusahaan telah berusaha keras menjaganya .Pesaing usaha yang berusaha mempelajarinya dan mencari tahu rahasia dagang melalui mantan pegawai yang melanggar kewajibannya dapat dicegah dari penggunaan informasi tersebut untuk kepentingan komersial , bahkan bila mereka tidak tahu bahwa mantan karyawannya tersebut telah mengingkari kewajiban menjaga kerahasiannya.

CA dapat juga membantu keberadaan bahwa sebuah bisnis menciptakan informasi khusus yang dikualifikasikan sebagai rahasia dagang, sebuah informasi yang dibutuhkan untuk mendapat perlindungan hukum. Kerahasiaan pekerjaan adalah *duty of trust* antara majikan dan karyawan sehingga biasanya Pengadilan tidak perlu mempertimbangkan keberadaan CA secara tertulis. Istilah CA dan non disclosure digunakan secara bergantian. Akan tetapi, NA lebih menjelaskan sebuah perjanjian antara pemilik rahasia dagang dengan pihak lain bukan dalam hubungan kerja dengan perusahaan.

Contoh : Perjanjian menjaga rahasia perusahaan yang bersifat pernyataan sepihak dari karyawan;

CONFIDENTIALITY AGREEMENT

1. *I understand and acknowledge that during my employment with(The company), I have receive or been exposed to trade secrets of the company including, but not limited to those listed on exhibit A to this agreement.*

Pada klausula pertama ini berisikan hal-hal yang berkaitan dengan **pernyataan/pengakuan** bahwa selama bekerja pada perusahaan X karyawan telah menerima, mengetahui banyak informasi perusahaan yang tergolong *sebagai trade secret*.

2. *I acknowledge that I have read, signed and been furnished with the copy of my employment agreement with the company .I certify that I have complied with and will continue to comply with all the provisions of the employment agreement, including my obligation to preserve as confidential all of the company's trade secret.*

Pernyataan atau pengakuan bahwa karyawan telah membaca, menandatangani perjanjian kerja, pernyataan akan tunduk terhadap ketentuan perjanjian kerja serta **sanggup** menjaga rahasia perusahaan.

3. *I certify that I do not have in my possession, I have not retain copies of ,nor have I failed to return : any system documentation, user manuals, modification reports, training instructions, formulas, compilers, data structures, alogarithms, computer source code, notebooks, notes, drawings, proposals or other documents or other materials, or equipment or other property belonging to the company.*

Pernyataan bahwa dirinya **tidak mempunyai hak** atas kepemilikan berbagai informasi yang tergolong rahasia perusahaan...seperti halnya... sebut secara detail..... dan penyataan bahwa informasi tersebut milik perusahaan oleh karenanya harus dikembalikan ke perusahaan manakala berhenti bekerja pada erusahaan tersebut.

4. *During my employment I contributed to the development of the company's trade secrets. I acknowledge that ,as provided in my employment agreement, all right, title and interest in and to any programming conceived or developed by me, whether in whole or in*

part, during the course of my employment by the company belongs to the company.

Pernyataan bahwa hasil modifikasi, pengembangan rahasia perusahaan yang dilakukan selama bekerja pada perusahaan menjadi **milik perusahaan**.

Employee's typed or printed name

.....

Employee's signature

.....

Date

Contoh klausula-klausula sebagaimana disebut di atas, dapat ditambah dengan beberapa klausula lain yang dipandang penting, contohnya :

1. Hal- hal berkaitan dengan penyelesaian sengketa , jika terjadi sengketa di kemudian hari;
2. Hal-hal berkaitan dengan sanksi pelanggaran , jika terjadi keadaan diingkarinya pernyataan tersebut;
3. Kalimat bahwa pernytaan yang dibuat tersebut dibuat dalam kondisi tanpa tekanan dan dibuat tanpa pengaruh , tekanan pihak lain;
4. Hal-hal berkaitan dengan kapan mulai dan kapan akan berakhirnya pernyataan tersebut;

Type *Confidentiality Agreement* di atas adalah type perjanjian yang bersifat “ **One Way** “, lebih berupa Surat Pernyataan sefihak, dan ditanda tangani sefihak oleh fihak yang menyatakan. Selain itu ada type “**Mutual**“, yang ditanda tangani dua fihak, perusahaan dan karyawan.

Sedangkan pada *Non Disclosure Agreement* lebih bersifat perjanjian yang “ mutual “ atau perjanjian yang dibuat oleh dua pihak, yaitu antara perusahaan dengan pihak di luar perusahaan yang potensial tahu akan rahasia perusahaan, misalnya Notaris, Pengacara, Konsultan Hukum, termasuk Agen, Distributor. Adapun substansinya sangat tergantung pada kehendak para pihak, namun demikian paling tidak memuat beberapa hal sebagaimana disebut berikut;

- a. Jenis rahasia dagang yang dilarang dipublikasikan ;
- b. Tujuan dilarangnya pengungkapan informasi yang bersifat rahasia tersebut;
- c. Ketentuan tentang kewajiban untuk tidak membocorkan rahasia dagang tersebut;
- d. Pengembalian material yang berkaitan dengan rahasia dagang;
- e. Perkecualian;
- f. Jangka waktu perjanjian;
- g. Ketiadaan hak yang diberikan;
- h. Jaminan;
- i. Biaya-biaya perkara;
- j. Modifikasi;
- k. Ketiadaan agen yang lain;
- l. Hukum yang diterapkan bila terjadi sengketa;
- m. Lain-lain

Namun demikian di dalam praktek paling tidak terdapat lima elemen yang seringkali muncul dalam *Non Disclosure Agreement*, yaitu;

1. *Definition of Confidential Information*

Berisikan sederet informasi yang digolongkan ke dalam rahasia perusahaan yang harus dijaga kerahasiaannya yang dituangkan dalam perjanjian.

“Informasi yang dirahasiakan termasuk di

dalamnya adalah : kode program komputer, informasi keuangan perusahaan, inovasi dst “.

2. *Exclusion from Confidential Information*

Perkecualian informasi yang tidak dikategorikan sebagai rahasia dagang yang mengakibatkan tidak terkena perjanjian ini, dikecualikan oleh kontrak adalah

3. *Obligation of Receiving Party*

Kewajiban-kewajiban yang harus dilakukan oleh penerima, utamanya berisi ;

- pernyataan harus memelihara dengan baik informasi yang dirahasiakan serta menggunakannya secara terbatas;
- tidak dapat memutuskan secara sepihak yang dapat mengakibatkan bocornya informasi tersebut pada pihak lain atau menyebabkan pihak lain memperoleh informasi tersebut secara tidak layak.

4. *Time Periods*

Jangka waktu yang pasti sejak kapan berlakunya kontrak yang memberikan kewajiban penerima untuk memelihara informasi yang dirahasiakan;

Jangka waktu yang pasti dapat dapat dirumuskan sbb :

“ si penerima informasi tidak akan menggunakan atau membeberkan informasi yang dirahasiakan tersebut untuk jangka waktu..... tahun dan berlaku efektif sejak

5. *Misscellaneous Provision ;*

- biasanya berisi cara penyelesaian sengketa dan hukum yang digunakan
- *attorney fee* (biaya-biaya perkara ,pengacara) siapa yang menanggung;

6. PERJANJIAN KEAGENAN

Dalam Pasal 21 disebutkan bahwa :

- (1) Perikatan antara prinsipal dengan agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal barang dan atau jasa produksi luar negeri harus berbentuk **perjanjian yang dilegalisir Notary Public** dan surat keterangan dari Atase Perdagangan Republik Indonesia atau Pejabat Kantor Perwakilan Republik Indonesia di negara prinsipal.
- (2) Perikatan antara prinsipal dengan agen, agen tunggal, distributor, distributor tunggal barang dan atau jasa produksi luar negeri harus berbentuk **perjanjian yang dilegalisir Notaris**.
- (3) Prinsipal dapat membuat perjanjian hanya dengan satu agen tunggal atau distributor tunggal untuk jenis barang dan atau jasa yang sama dari suatu merek di wilayah pemasaran tertentu untuk jangka waktu tertentu.
- (4) Prinsipal dapat membuat perjanjian dengan satu atau lebih agen atau distributor untuk jenis barang dan atau jasa yang sama dari suatu merek di wilayah pemasaran tertentu di luar wilayah pemasaran agen tunggal atau distributor tunggal.
- (5) Dalam hal prinsipal membuat perjanjian lebih dari satu agen atau distributor sebagaimana dimaksud pada ayat (4) , prinsipal wajib menyebutkan nama-nama agen atau distributor yang telah ditunjuk.
- (6) Apabila terdapat perjanjian lebih dari satu agen tunggal atau distributor tunggal oleh prinsipal untuk jenis barang dan atau jasa yang sama dari suatu merek dalam wilayah pemasaran tertentu , maka STP diberikan kepada pemohon pertama.
- (7) Perjanjian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) paling sedikit memuat;
 - (a). Nama dan alamat lengkap pihak-pihak yang membuat perjanjian;
 - (b) Maksud dan tujuan perjanjian;

- (c) Status keagenan atau kedistributoran;
- (d) Jenis barang dan atau jasa yang diperjanjikan;
- (e) Wilayah pemasaran;
- (f) Hak dan kewajiban masing-masing pihak;
- (g) Kewenangan;
- (h) Jangka waktu perjanjian;
- (i) Cara-cara pengakhiran perjanjian;
- (j) Cara-cara penyelesaian perjanjian;
- (k) Hukum yang dipergunakan;
- (l) Tenggang waktu penyelesaian.

Setiap perjanjian yang ditulis dalam bahasa asing maka wajib diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh penterjemah tersumpah.

Lebih lanjut dalam ketentuan Pasal 22 disebutkan mengenai pengakhiran perjanjian, bahwa perjanjian keagenan yang masih berlaku, dapat berakhir atas dasar persetujuan dari kedua belah pihak sesuai dengan kesepakatan dan ketentuan hukum yang berlaku.

Beberapa sebab yang dapat mengakibatkan berakhirnya perjanjian keagenan sebelum masa berlakunya berakhir adalah :

1. Perusahaan dibubarkan;
2. Perusahaan menghentikan usaha;
3. Dialihkan hak keagenan / kedistributorannya;
4. Bangkrut atau terjadinya kepailitan;
5. Perjanjian tidak diperpanjang.

7. DISTRIBUTOR

Peraturan Menteri Perdagangan RI No.11/M-DAG/PER/3/2006 mengatur mengenai ketentuan dan tata cara Penerbitan Surat tanda Pendaftaran Agen atau Distributor barang dan jasa. Dengan demikian peraturan tersebut mengatur baik untuk agen ataupun distributor barang atau jasa, baik produk luar negeri ataupun dalam negeri.

Menurut Pasal 1 angka 5, disebutkan bahwa distributor adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak untuk dan atas namanya sendiri berdasarkan perjanjian yang melakukan pembelian , penyimpanan, penjualan serta pemasaran barang atau jasa yang dimiliki / dikuasai.

Dengan karakter yang dimiliki distributor, maka terdapat beberapa perbedaan antara agen dan distributor.

1. Agen bertindak untuk dan atas nama prinsipalnya, sedangkan distributor bertindak untuk dan atas nama dirinya sendiri;
2. Sebagai akibat hukum lebih lanjut dari akarakter angka 1 tersebut, maka tanggung jawab atas tindakan yang dilakukan oleh agen pada pihak ketiga menjadi tanggung jawab prinsipalnya sedangkan tanggung jawab terhadap pihak ketiga atas tindakan distributor menjadi tanggung jawab distributor sendiri;
3. Prinsipal mempunyai kewenangan yang besar untuk melakukan pengawasan atau kontrol atas tindakan yang dilakukan agen, sedangkan pada distributorship , maka prinsipal tidak mempunyai kewenangan untuk melakukan pengawasan atau kontrol atas tindakan yang dilakukan distributor;
4. Pada hubungan keagenan, maka agen tidak mempunyai alas hak atas kepemilikan barang atau jasa yang diserahkan padanya oleh prinsipal, sedangkan pada distributorship, maka distributor mempunyai alas hak milik atas barang atau jasa yang ada padanya;
5. Distributor mempunyai kewenangan yang lebih besar atas barang atau jasa yang diperolehnya dari prinsipal, misalnya melakukan penjualan, penyewaan, pembebanan , sedangkan agen tidak mempunyai yang kewenangan sebagaimana dimiliki distributor;
6. Agen hanya berstatus sebagai penerima titipan atas barang atau jasa yang diserahkan padanya oleh prinsipal, sedangkan distributor berstatus sebagai pemilik atas barang atau jasa yang diserahkan oleh prinsipal pada nya;

7. *Income* utama yang diperoleh agen berasal dari komisi penjualan (prosentase penjualan), sedangkan *income* utama distributor diperoleh dari selisih harga beli barang atau jasa dari prinsipal dengan harga jual barang atau jasa pada pihak ketiga;
8. Agen tidak memiliki kewenangan yang bebas untuk melakukan diskresi dalam melakukan tugasnya, sedangkan distributor mempunyai kewenangan yang luas untuk melakukan diskresi dalam melaksanakan tugasnya.
9. Barang atau jasa yang ada pada distributor diperoleh dengan cara melakukan transaksi jual beli dengan prinsipal, sedangkan barang atau jasa yang ada pada agen diperoleh bukan karena transaksi jual beli dengan prinsipal, tetapi berstatus sebagai barang titipan dari prinsipal.

O. Keagenan Berdasarkan Peraturan Menteri Perdagangan RI No. 24 Tahun 2021 tentang Perikatan Untuk Pendistribusian Barang Dan Oleh Dsitributor Atau Agen

Secara anatomi, peraturan tersebut terdiri dari 12 pasal. Apabila ditinjau dari sudut legal drafting sebuah peraturan sangat kurang memadai baik dari sisi kaedah anatomi regulasi maupun substansi yang diatur, uatamanya bilan dibandingkan dengan Permendag No. 11 tahun 2006 tentang tata cara Pendaftaran Agen dan distributor. Padahal permendag tahun 2021 ini secara tegas mencabut permendag tahun 2006, sebagaimana disebut dalam Pasal 11 Permendag No. 24 tahun 2021, yang menyatakan bahwa denga berlakunya ketentuan permendag No. 24 tahun 2021, maka ketentuan sebagaimana diatur dalam Permendag No.11 tahun 2006 dinyatakan tidak berlaku lagi.

Dari kaedah anatomi regulasi, peraturan ini tidak dibuat sebagaimana layaknya anatomi regulasi dengan membaginya dalam beberapa bab, bab terbagi lagi dalamn beberapa bagian. Pola sebagaimana lazimnya drafting regualsi taidak digunakan. Hal demikian tidak memudahkan pembaca memahami anatomi regualsi tersebut. Daris sisi substansi, regulasi ini juga terdapat ketidak konsistensi kaitannya dengan obyek yang diaturr,

obyek yang diatur dalam regulasi tersebut disebutkan hanya mengatur mengenai perikatan untuk pendistribusian barang oleh distributor dan agen. Padahal dalam penjelasan umumnya terdapat pengertian mengenai jasa. Dengan demikian menjadi pertanyaan besar, apakah regulasi ini memang dirancang hanya untuk perikatan pendistribusian barang dan tidak mengatur soal pendistribusian jasa. Ditinjau secara empiris, soal yang berkaitan dengan keagenan di bidang jasa, telah banyak dilakukan. Lebih lanjut peraturan ini tidak mengatur kembali soal yang berkaitan dengan pendaftaran agen dan distributor, dengan demikian wajar jika peraturan enteri perdagangan tahun 2021 jumlah pasalnya tidak terlampaui banyak, hanya 12 Pasal.

Beberapa hal penting yang diatur dengan peraturan ini antara lain :

Pasal 1 angka 1.

1. **Barang** adalah setiap benda, baik berwujud, tidak berwujud, baik bergerak, tidak bergerak, baik dapat dihabiskan atau tidak dapat dihabiskan, dapat diperdagangkan, dipakai, digunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.
2. **Jasa** adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi dan yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari keagenan/ kedistributoran barang yang terdaftar.
3. **Agen** adalah pelaku usaha distribusi yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas nama pihak yang menunjuknya berdasarkan perjanjian dengan imbalan komisi untuk melakukan kegiatan pemasaran barang tanpa memiliki dan atau menguasai barang yang dipasarkan.

Pasal 6,

- (1) Perikatan antara principal dengan distributor, distributor tunggal, agen, atau agen tunggal terhadap barang produksi luar negeri harus berbentuk perjanjian yang dilegalisir oleh notaris dan telah dilengkapi dengan surat keterangan atau legalisir dari atase perdagangan RI atau [ekjabat kantor perwakilan RI di Negara principal.

- (2) Perikatan antara principal dengan distributor, distributor tunggal, agen, atau agen tunggal terhadap barang produksi dalam negeri harus berbentuk perjanjian yang dilegalisir oleh notaris public.

Perjanjian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) paling sedikit memuat;

- (a). Nama dan alamat lengkap pihak-pihak yang membuat perjanjian;
- (b) Maksud dan tujuan perjanjian;
- (c) Status keagenan atau kedistributoran;
- (d) Jenis barang dan atau jasa yang diperjanjikan;
- (e) Wilayah pemasaran;
- (f) Hak dan kewajiban masing-masing pihak;
- (g) Kewenangan;
- (h) Jangka waktu perjanjian;
- (i) Cara-cara pengakhiran perjanjian;
- (j) Cara-cara penyelesaian perjanjian;
- (k) Hukum yang dipergunakan;
- (l) Tenggang waktu penyelesaian.

P. MUATAN POKOK PENGATURAN UNDANG-UNDANG KEAGENAN

Kebutuhan akan Undang-undang keagenan di Indonesia begitu mendesak untuk direalisasi mengingat eksistensinya sudah tidak terpisahkan dengan rangkaian kegiatan bisnis di Indonesia, baik yang berskala kecil apalagi yang berskala besar, baik untuk produk maupun jasa. Hal-hal yang berkaitan dengan perusahaan, baik keberadaan perusahaan maupun hal-hal yang berkaitan dengan aktifitas perusahaan, hampir semuanya telah mendapatkan pengaturan yang memadai dalam bentuk UU. Misalnya UU yang mengatur tentang keberadaan badan usaha, seperti halnya UU PT, Koperasi, BUMN. UU yang berkaitan dengan aktifitas perusahaan, seperti halnya UU Wajib daftar perusahaan, UU tentang Dokumen perusahaan, Undang-undang tentang kekayaan Intelektual, UU Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang dst. Namun demikian UU yang mengatur tentang Hubungan

antara perusahaan dengan agen atau distributornya belum tersentuh pengaturannya dalam bentuk UU.

Apabila Indonesia akan membuat UU di bidang keagenan maka apa yang pernah dirancang di Amerika Serikat dalam bentuk *Restatement of Law- Agency, Restatement (Third) of Agency Current through April 2006*, dapat dijadikan bahan pembandingan.

Dalam *Restatement of Agency*, pengaturan *agency* tersebut dikelompokkan dalam beberapa *Chapter* yang terbagi dalam beberapa *topic*.

- Chapter 1. *Introductory Matters*;
- Chapter 2. *Principles of Attribution* ;
- Chapter 3. *Creation and Termination of Authority and Agency Relationships*;
- Chapter 4. *Ratification*;
- Chapter 5. *Contracts and Other Transactions with Third Parties*;
- Chapter 6. *Torts- Liability of Agent and Principal*;
- Chapter 8. *Duties of Agent and Principal to Each Other* .

1. INTRODUCTORY MATTERS

Pada sub ini berisi mengenai hal-hal yang berkaitan dengan terminology dan definisi . Definisi mengatur mengenai batasan, cakupan dari tema utama yang dijadikan obyek pengaturan, yaitu mengenai pengertian agen yang dimaksudkan dalam UU tersebut. Sedangkan terminology memberikan batasan-batasan mengenai beberapa hal yang senantiasa berkaitan dengan obyek utama, yaitu keagenan. Dengan demikian terminology mengatur banyak hal sedangkan definisi mengatur beberapa hal saja.

Dalam *restatement of agency*, definisi hanya diberikan untuk *agency* dan *manifestation*. *Agency* dalam *Restatement of Law – Agency*, diberikan pengertian dasar sebagai hubungan yang dibangun atas dasar kepercayaan yang timbul pada saat seseorang (prinsipal) memberikan persetujuannya dengan jelas pada pihak lain (agen) untuk melakukan perbuatan tertentu untuk dan atas nama serta dibawah pengawasan

prinsipal dan untuk hal tersebut agen dengan tegas menyetujuinya atau memberikan persetujuannya dengan cara yang lain untuk melakukan perbuatan tertentu. Sedangkan *manifestation* memberikan penekanan bahwa untuk adanya hubungan keagenan tersebut dipersyaratkan bahwa para pihak, baik prinsipal ataupun agen, haruslah menunjukkan adanya pernyataan yang secara tegas bahwa dirinya menyetujui hubungan keagenan tersebut, haruslah terdapat niat untuk memberikan *authority* pada agen untuk prinsipal dan haruslah ada niat untuk menyetujuinya menerima *authority* untuk melakukan perbuatan hukum tertentu bagi agen. Pernyataan dengan tegas untuk menyetujui tersebut dapat ditunjukkan melalui perjanjian tertulis, kata-kata, ataupun dengan tindakan lain.

Terminology, memberikan batasan pengertian banyak hal yang berkaitan dengan keagenan pada umumnya, dan hal ini dapat dipastikan akan banyak dijumpai dalam banyak bunyi pasal UU keagenan tersebut. Beberapa hal yang perlu diperhatikan dan dibutuhkan penjelasan dalam *terminology* adalah menyangkut banyak istilah yang berkaitan dengan:

- *Subagent*;
- *Coagents*;
- *Disclosed, undisclosed, partially disclosed principal*;
- *Unidentified Principals*;
- *Gratuitous Agent*;
- *Authority, implied authority, express authority*;
- *Actual authority, apparent authority*;
- *Estoppel*;
- *Respondeat superior*;
- *Fiduciary duties*;
- *Notice*;
- *Person*;
- *Power given as security*;
- *Power attorney*;
- *Superior and subordinate coagents*;
- *Trustee and` agent trustee*;
- *Dst*

2. *PRINCIPLES ATTRIBUTION*

Bagian ini merupakan bagian utama dari pengaturan mengenai keagenan, yaitu berkaitan dengan prinsip-prinsip dasar dalam hubungan keagenan, yaitu hubungan antara prinsipal dengan agen dan sebaliknya serta hubungan keduanya dengan pihak ketiga. Prinsip-prinsip dasar tersebut merupakan modal utama dalam kaitannya dengan permasalahan yang mungkin timbul dalam hubungan keagenan tersebut, baik kemungkinan masalah yang timbul antara prinsipal dengan agen, atau antara agen dengan pihak ketiga, atau antara prinsipal dengan pihak ketiga, atau antara pihak ketiga dengan prinsipal dan agennya. Dengan demikian peran *principles attribution* begitu besar disebabkan akan dijadikan rujukan utama untuk menyelesaikan problematik yang mungkin timbul, ketiadaan pengaturan beberapa hal prinsip dalam *principles attribution* akan menyebabkan penafsiran yang berbeda-beda manakala timbul sengketa di pengadilan di kemudian hari. Untuk itu, ketelitian, kecermatan, kehati-hatian, merupakan modal utama dalam merumuskan apa-apa saja yang seharusnya dirumuskan dalam segmen ini, selain pemahaman substansi yang luas yang merupakan sumbangan yang besar dalam merumuskan prinsip-prinsip dasar hubungan keagenan.

Obyek utama hubungan keagenan antara *principal* dengan *agent* adalah persoalan yang berhubungan dengan kewenangan (*authority*) yang akan didelegasikan dari prinsipal pada agen. Dengan demikian persoalan *authority* layak ditempatkan sebagai bagian utama pada segmen *principles attribution*, berikutnya baru yang berkaitan dengan doktrin-doktrin yang berhubungan dengan persoalan keagenan. Dalam *Restatement of Agency Law* di AS *principles attribution* hanya memuat dua bagian pokok, yaitu berkaitan dengan *actual authority* dan *related doctrines*.

Actual authority diberikan penjelasan bahwa tindakan agen dikatakan sebagai *actual authority* apabila perbuatan atau tindakan yang dilakukan oleh agen tersebut akan membawa akibat hukum atau konsekuensi hukum bagi prinsipal. Berikutnya, diatur pula hal-hal yang berkaitan dengan *scope of actual authority*, *apparent authority*, dan *respondeat superior*.

Pada bagian *related doctrines*, dijelaskan beberapa hal yang berkaitan dengan doktrin-doktrin di bidang keagenan, misalnya *estoppel to deny existence*, *liability of disclosed principal*, *restitution of benefit*.

Estoppel to deny existence of agency relationship, memberikan pengaturan yang tujuannya untuk mencegah agen menolak bertanggung jawab terhadap pihak ketiga dengan cara menolak keberadaan hubungan keagenan dengan prinsipalnya.

Liability of Undisclosed Principal, ketentuan ini mengatur tentang hal-hal yang berkaitan dengan tanggung jawab principal terhadap pihak ketiga atas kontrak yang dibuat oleh agennya yang dilakukan diluar batas kewenangannya, sementara pihak ketiga berniat untuk melakukan kontrak dengan agen sendiri. Pihak ketiga disebabkan ketidaktahuannya identitas prinsipal, dapat menggugat prinsipal. Namun dalam kondisi demikian harus dibuat aturan yang membatasi hak pihak ketiga untuk dapat melakukan gugatan terhadap *undisclosed principal*. *Pertama*, pihak ketiga tidak dapat menuntut prinsipal yang mempunyai ihtikat baik dan prinsipal telah membereskan persoalan tersebut dengan agennya. *Kedua*, pihak ketiga tidak dapat menuntut prinsipal apabila pihak ketiga telah menentukan pilihannya untuk menyelesaikan masalahnya dengan agen dan bukan dengan prinsipal.

Restitution of benefit, apabila prinsipal mendapatkan penghasilan dengan cara yang tidak adil atau dengan cara-cara yang curang melalui tindakan yang dilakukan agen, maka prinsipal harus bertanggung jawab atas claim penghasilan yang diperoleh dengan cara yang tidak adil tersebut.

3. *CREATION AND TERMINATION OF AUTHORITY AND AGENCY RELATIONSHIPS*

Pada bagian ini diatur mengenai cara terbentuknya atau cara timbulnya hubungan keagenan antara prinsipal dengan agen. Untuk selanjutnya diatur pula mengenai beberapa hal yang berkaitan dengan cara-cara berakhirnya hubungan keagenan antara prinsipal dengan agen.

Pada sub ini terbagi dalam beberapa bagian atau topik;

Topik 1. *Creating and Evidencing Actual Authority*;

Topik 2. *Capacity to Act As Principal or Agent*;

Topik 4. *Termination Of Agent's Power*;

Topik 5. *Agents With Multiple Principals*.

Creating and Evidencing Actual Authority, bagian ini mengatur mengenai beberapa hal yang berkaitan dengan terjadinya hubungan keagenan antara prinsipal dengan agen. Pada dasarnya terjadinya hubungan keagenan tidak membutuhkan bentuk formal tertentu, dengan demikian dapat dituangkan dalam bentuk tertulis ataupun secara lisan. Namun demikian dapat saja dibuat ketentuan yang mengharuskan hubungan keagenan dituangkan dalam bentuk formal, yaitu tertulis atau catatan tertentu untuk bidang keagenan tertentu, atau hubungan keagenan yang lebih dari satu tahun dapat saja diwajibkan dalam bentuk tertulis. Untuk itu harus ditegaskan dalam peraturan bahwa ketiadaan bentuk formal tersebut atau bentuk tertulis atau catatan tertentu yang mengatur hubungan keagenan mengakibatkan prinsipal tidak terikat terhadap tindakan agen.

Capacity to Act As Principal or Agent, bagian ini mengatur mengenai persyaratan yang harus dipenuhi untuk dapat bertindak sebagai prinsipal ataupun sebagai agen. Dalam beberapa hal harus diatur pula mengenai perkecualian, misalnya dapatkah anak di bawah umur bertindak selaku agen atau prinsipal ?.

Termination of Agent's Power, bagian ini mengatur mengenai cara berakhirnya hubungan keagenan. Segmen ini dapat dibagi dalam tiga bagian, yaitu *Termination of Actual Authority*, *Termination of Apparent Authority*, *Termination of Power Given as Security or Irrevocable Proxy*.

Actual authority mensyaratkan adanya pernyataan persetujuan yang jelas dari prinsipal dan hal tersebut haruslah dikomunikasikan pada agen. Sedangkan untuk *apparent authority*, maka pernyataan persetujuan dari prinsipal tersebut haruslah dikomunikasikan pada pihak ketiga. *Actual authority* adalah delegasi kewenangan yang diterima agen dari

prinsipalnya, sedangkan kewenangan yang secara jelas diberikan oleh prinsipalnya pada agen disebut dengan *express authority*.

Kadang terjadi agen yang tidak mempunyai *actual authority* tetapi masih dapat memberikan kesan seolah-olah agen mempunyai *authority* dan hal tersebut dipercaya oleh pihak ketiga. Untuk melindungi pihak ketiga dalam situasi seperti ini aturan keagenan masih memungkinkan mengikat prinsipal dengan mendasarkan pada ***apparent authority***.

Apparent authority muncul manakala tindakan-tindakan prinsipal mengakibatkan pihak ketiga secara wajar mempercayai bahwa agen diberikan kewenangan untuk melakukan tindakan tertentu pada pihak ketiga. Perlu ditegaskan bahwa “*apparent authority*” hanya terjadi pada situasi dimana menampilkan kesan terdapatnya *authority* dan bukan pada situasi terdapatnya *authority* yang sebenarnya, dan hal itu terjadi atau diciptakan oleh prinsipal. Sedangkan *irrevocable proxy* menyangkut hal-hal yang berkaitan dengan kuasa yang tidak dapat dibatalkan dalam hubungan keagenan antara prinsipal dengan agen.

Di Singapura, sebagaimana di cantumkan dalam Ch.15, diatur mengenai UU Keagenan, yang terbagi dalam beberapa *section*;

Section 1 . Definition

Section 2 . Definition of Agency;

Section 3 .Agency Contrasted with other relationships;

Section 4 . Creation of Agency;

Section 5 . Ratification;

Section 6 . Relationship Between the Principal and the agent;

Section 7. Relationship between The agent and Third party;

Section 8 . Undisclosed Agency;

Section 9. Breach Warranty of Authority;

Section 10. Termination of Agency .

UU keagenan di Singapura memiliki kekhasan disebabkan mengatur suatu hal yang agak berbeda dengan UU keagenan umumnya di negara lain, yaitu *section 3*, yang mengatur sekaligus menegaskan ciri utama hubungan keagenan antara prinsipal dengan agen. Dalam *Section* ini dibedakan antara hubungan keagenan dengan hubungan hukum lain

yang mirip dengan keagenan , tetapi tidak termasuk dalam hubungan keagenan, yaitu mengenai status *Bailees, Trustees, Servants, Employee*. Hal ini perlu diatur mengingat karakter kelompok ini mirip dengan hubungan keagenan.

Di Malaysia, aturan mengenai keagenan merupakan bagian dari hukum kontrak, sebagaimana disebutkan dalam Part X of the *Contract Act* 1950, yang pada dasarnya substansi yang diatur sama dengan substansi Undang-undang keagenan di banyak negara lain, antara lain mengatur hal-hal yang berkaitan dengan;

Definition, dalam Section 135 *Contract Act* 1950 disebutkan bahwa *Agent is a person employed to do any act for another in dealing with third person, sedangkan principal is the person to whom such act is done or who is so represented*. Dengan demikian pengertian agen dan prinsipal di UU keagenan di Malaysia juga sama dengan kebanyakan aturan keagenan di negara lain.

Pada *Section* berikutnya diatur hal-hal sebagai berikut :

Capacity of Agents and Principals, hal ini berkaitan dengan hal-hal yang berhubungan dengan persyaratan untuk dapat bertindak selaku *agent* atau *principal* beserta perkecualiannya, misalnya dapatkah seorang anak dibawah umur dapat bertindak selaku agen atau prinsipal, dan apakah akibat hukumnya ?.

Creation of Agency, pada bagian ini diatur mengenai cara-cara bagaimana hubungan keagenan terjadi, yaitu dengan *cara express appointment, implied appointment, ratification, estopple*.

Classification of Agency, pembedaan keagenan didasarkan pada beberapa kriteria, yaitu berdasarkan keluasan *authority* yang diberikan pada agen, didasarkan pada pekerjaan yang dilakukan oleh agen.

Authority , ketentuan ini mengatur hal-hal yang berkaitan dengan kewenangan yang diberikan pada agen, dalam hal ini diatur beberapa bagian yaitu mengenai *actual authority, apparent* atau *ostensible authority, breach of warranty of authority*.

Duties of agent towards principals, mengenai kewajiban yang harus dilakukan agen pada prinsipalnya, dalam hal ini diatur mengenai *to obey the principal's instructions, in the absence of instructions from the principal to act accordingly the exercise care and diligence in carrying out his work and to use such skill as he possesses, to render proper accounts when required, to communicate with the principal during emergency, act in good faith and no conflict of interest, to make any secret profit out of the performance of his duty, to pay to his principal all sums received on his behalf, not to delegate his authority to other person.*

Sub Agents, dalam section ini tidak saja diatur mengenai siapa yang disebut sub agen tetapi juga persyaratan yang harus dipenuhi untuk dapat ditunjuknya sub agen, diatur pula mengenai hubungan sub agen dengan agen, dengan prinsipal.

Liability between the parties, bagian ini mengatur mengenai tanggung jawab prinsipal terhadap pihak ketiga, serta kapan tanggung jawab agen terhadap pihak ketiga terjadi.

Effect of contract by sub agent and agent, mengatur mengenai akibat hukum kontrak yang dibuat sub agen atau agen dengan pihak ketiga terhadap prinsipal.

Duties of principal towards agent, mengatur mengenai tanggung jawab prinsipal terhadap agen yang ditunjuknya, misalnya mengenai *to pay commission or other agreed remuneration, not to willingly or hinder the agent from earning commission, to indemnify or reimburse the agent for lawful acts done in the exercise of his duty.*

Effect of contracts made by agents, bagian ini mengatur mengenai akibat hukum kontrak yang dibuat oleh agen bagi prinsipal, dalam hal ini diatur mengenai persyaratannya, apakah nama prinsipal secara terbuka diinformasikan pada pihak ketiga, atau sering dikenal dengan *named principal, disclosed principal, dan undisclosed principal.*

Termination of agency, mengatur hal-hal yang berkaitan dengan cara-cara berakhirnya hubungan keagenan, yaitu dengan cara *by the act of the parties*, yang dapat terjadi dengan cara *mutual consent, unilateral revocation, unilateral renunciation by the agent.* Cara yang lain adalah

dengan cara *by operation of the law*, yaitu karena ketentuan peraturan.

Pada tahun 1986 *European Communities* mengumunkan sebuah pedoman yang tertuang dalam 86/653/EEC *on self-employed commercial agents*. Ketentuan ini di Inggris ditindak lanjuti dalam *National Law in the Commercial Agents Regulations* tahun 1993. Di India ketentuan tentang agen diatur dalam *Section 182 of the Contract Act 1872* yang memberikan definisi *agent as a person employed to do any act for another or to represent another in dealings with third persons*.

Daftar Referensi

- Angela Schneeman., ***The Law of Corporations, Partnerships, and Sole Proprietorships***, Lawyers Cooperative Publishing., Delmar Publishers Inc, 1993 .
- Andrew Gibson and Douglas Fraser, ***Business Law***, Third Edition, Lawbook Co, 2011.
- Attorney Stephen Elias., ***Patent, Copyright, Trademark***, Nolo Press Berkely 1997
- Charles F. Hemphill,Jr. , Judy A . Long, ***Basic Business Law***, Second Edition, Regents/ Prentice Hall, Englewood Cliffs, New jersey, 1994.
- Constance E. Bagley., ***Managers and the Legal Environment, Strategies for the 21 st Century***, West Publishing Company, 1995.
- Davidson, Knowles., ***Business Law; Principles and Cases in the Legal Environment, South Western College Publishing***, 1996.
- Daniels. Kleinberger., ***Agency, Partnership, and LLCs***, Walter Kluwer, Third Edition, 2008.
- Deborah E. Bouchoux, ***Protecting Yopur Company's Intellectual Property***, Amacom 2001.
- Hanry Camphel Black, M.A.,. ***Black's Law Dictionary***, ST. Paul.Minn, West Publishing Co, 1991.
- Henry R. Cheeseman., ***Contemporary Business Law***, Third Edition, Prentice Hall, Inc, 2000.
- Henry R. Cheeseman., ***Contemporary Essentials of Business Law***, Prentice Hall, 1999.

James B. Smith., ***Business Law in California***, General Educational Publications, 1975.

Jetro K. Lieberman, George J. Siedel, ***Business Law and the Legal Environment***, Harcourt Brace Jovanovich Publisher, 1985.

Josph L. Frasca., ***C.P.A. Law Review***, Richard D. Irwin, INC, 1972.

Jesse S. Raphael., ***The Collier Quick and easy Guide to Law***, Collier Books, New York, N.Y.,1962.

Kenneth W.Clarkson, Roger LeRoy Miller dkk, ***West Business Law: Text Cases, legal and Regulatory environment***, West Publishing Company, St.Paul Newyork Los Angeles San Francisco,Fifth Edition 1992.

Len Young Smith, Richard A. Mann, Barry S. Roberts, ***Essentials of Business Law and the Legal Environment***, West Publishing Company, 1992.

Mallor, Barnes,Bowers, Langvardt, ***Business Law, The Ethical, Global,and E-Commerce Environment***, Mc Graw Hill Irwin 2001.

Mallor,Barnes,Bowers,Langvardt, ***Business Law; The Ethical, Global,and E Commerce Environment***, Mac Graw Hill, 2004.

Martin M. Shenkman., ***The complete Book of Trust***, John Wiley & Sons, Inc, 1993.

Merges, Mennel, Lemley, ***Intellectual Property in The New Technologycal Era***, Aspen Publishers, Newyork 2003.

Roger E Meiners, Al H. Ringleb, Frances L. Edwards, ***The Legal Environment of Business***, Sixth Edition, West Publishing Company, 1997.

Roger LeRoy Miller & William Eric Hollowell, ***Business Law ,Text and Exercises***, West Educational Publishing 1999.

Roger LeRoy Miller , Gaylord A. Jentz, ***Business Law Today***, West t Publishing Company, 1994.

Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz., ***Business Law Today, Text & Summarized Cases- Legal, Ethical, Regulatory and International Environtment***, West Publishing Co, 1997.

Ronald A. Anderson., ***Business Law***, Seventh Edition, South-Western Publishing Co. 1980

Ross Westerfield Jordan., ***Fundamental of Corporate Finance***, Mcgraw-Hill Higher Education, 2003.

Steven H. Gifs., ***Law Dictionary***, Barron's Educational Series, INC, 1984.

William G., James M. McHugh., Susan M. Mchugh, ***Understanding Business***, Irwin, 1990.

BAB III.

AUDIT HKI (HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL) BAGI PERUSAHAAN

A. Lingkup Hak Kekayaan Intelektual menurut Konvensi-konvensi Internasional

Audit HKI bagi perusahaan sama halnya dengan audit laporan keuangan perusahaan, hanya saja dari sisi yang berbeda. Audit laporan keuangan perusahaan tentunya melihat dari sisi keuangan dengan demikian akan segera dapat diketahui berapa hak dan berapa kewajiban perusahaan dari aspek keuangan. Audit HKI perusahaan melihat perusahaan dari sisi hak kekayaan intelektual, dengan demikian akan diketahui seberapa potensi ekonomi yang belum dimanfaatkan oleh perusahaan dari sisi HKI, juga seberapa risiko yang mungkin harus ditanggung karena menggunakan HKI bukan milik perusahaan. Dengan demikian audit HKI perusahaan lebih banyak berperan sebagai tindakan preventif dalam kaitannya mencegah kemungkinan perusahaan mengalami gangguan hukum HKI yang dapat berakibat sampai dengan gulung tikarnya perusahaan sebagai akibat gugatan pihak lain dari aspek HKI pada perusahaan tersebut. Untuk dapat melakukan audit HKI tentunya harus memahami dengan baik prinsip dasar dan cakupan HKI

pda umumnya, termasuk di dalamnya mengenai historis pengaturan HKI tersebut .

Konvensi Internasional yang merupakan cikal-bakal pengatuan Hak Milik Intelektual adalah Konvensi Paris 1883⁹⁰ dan Konvensi Bern tahun 1886⁹¹. Konvensi Paris tahun 1883 mengatur mengenai *Industrial Property (Paris Convention for the protection of Industrial Property)*. Sedangkan *Berne Convention* mengatur mengenai karya sastra dan ciptaan seni (*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Wokrs*).

Di dalam *Paris Convention* secara jelas diatur mengenai cakupan bidang Hak Milik Intelektual yang dianggap berkaitan dengan kegiatan industri.

Dalam article 1 (2) disebutkan bahwa: *The protection of industrial property has as its object patens,utility models,industrial designs, trademarks, service marks ,tradenames, indication of source or appellations of origin, and the repression of unfair competition*. Sedangkan pemahanam mengenai *Industrial property* itu sendiri harus dipahami secara luas, sebagaimana disebut dalam Article 1 (3) : *Industrial property shall be understood in the broadest sense and shall apply not only to industry and commerce proper,but likewise to agricultural and extractive industries and to all manufactured or natural products, for example, wines, grain, tobacco leaf ,fruit, cattle, minerals, mineral waters, beer,flowers, and flour*. Secara detail pengaturan lingkup Hak Milik Intelektual diatur sbb,dalam article 4 diatur mengenai :*Paten, Utility Models, Industrial designs, Marks, Inventor's certificates*;Dalam article 8 diatur mengenai hal-hal yang berkaitan dengan *Trade Names*. Article 10 mengatur mengenai *False Indications*. Article 10 bis mengatur mengenai *Unfair Competition*.

Dengan demikian, cakupan bidang hak milik intelektual yang diatur dalam *Paris Convention* adalah : Paten, Merek, Desain Industri,*Utility*

90 *Paris Convention for the Protection of Industrial Property of March 20,1883.As Revised at Brussels on December 14,1900,at Washington on June 2, 1911,at The Hague on November 6,1925,at London on June 2 ,1934,at Lisbon on October 31,1958,and at Stockholm on July 14 ,1967,and as Amended on September 28,1979.*

91 *Berne Convention of September 9,1886, terakhir direvisi di Paris on July 24 ,1971.*

Models, Trade Names, Unfair Competition, False Indications. Berdasarkan pengaturan ini maka tidak nampak *Copyright* diatur dalam konvensi Paris. Hal itu disebabkan pandangan saat itu menganggap hak cipta belum bersentuhan dengan hal-hal yang berhubungan dengan industri, tetapi lebih banyak berkaitan dengan persoalan cipta, rasa, dan karsa.

Hak cipta (*Copyright*) sendiri diatur secara terpisah di luar Konvensi Paris, yaitu diatur dalam Konvensi Bern tahun 1886. Dalam perkembangan berikutnya, hak cipta juga mendapat perhatian tersendiri dalam UCC⁹² (*Universal Copyright Convention*), yang ditandatangani tanggal 6 September 1952 dan mulai berlaku pada tanggal 16 September 1955). Jika dibandingkan antara Konvensi Bern dengan UCC maka sebenarnya perbedaannya terletak pada dasar falsafah yang mengaturnya. Konvensi Bern menganut dasar falsafah Eropa yang menganggap hak cipta sebagai hak alamiah daripada si pencipta pribadi, sehingga lebih menonjolkan sifat individualis yang memberikan hak monopoli. Sedangkan UCC mencoba untuk mempertemukan antara falsafah Eropa dengan falsafah Amerika (walaupun ada akhirnya falsafah Amerika yang dikedepankan), yang lebih memandang hak monopoli yang diberikan pada si pencipta diupayakan pula untuk memperhatikan kepentingan umum.⁹³

Menurut Sudargo Gautama, dapat dikatakan bahwa konvensi Hak cipta sedunia (UCC) adalah usaha untuk mempertemukan aliran-aliran yang terdapat di benua Eropa dan Amerika berkenaan dengan masalah Hak cipta. Memang tidak dapat disangkal terdapat dua front besar, yaitu negara-negara Eropa yang tergabung dalam Konvensi Bern dan negara-negara Amerika Latin yang tergabung dalam berbagai konvensi –konvensi inter Amerika tentang hak Cipta. Falsafah Eropa dan Amerika tentang hak cipta memang berbeda. Menurut falsafah negara-negara Eropa yang tergabung dalam Konvensi Bern, maka hak cipta dianggap sebagai hak

92 UCC (*Universal Copyright Convention*) mengalami revisi terakhir pada tanggal 24 Juli 1971 di Paris. Konvensi ini terdiri dari 21 Pasal. Konvensi ini tercipta atas prakarsa UNESCO, oleh karenanya dalam konvensi ini juga diatur mengenai perlindungan karya-karya dari Badan Organisasi Internasional.

93 Saidin, *op.cit* hal 139.

alamiah dari si pengarang secara pribadi, tetapi menurut falsafah negara-negara Amerika latin hak cipta dipandang sebagai suatu monopoli yang diberikan agar dapat dikembangkan dan distimulir karya-karya pencipta demi kepentingan umum. Konsepsi Eropa Kontinental ini dapat disandarkan atas asas-asas revolusi Perancis yang mengedepankan hak individu. Menurut kalangan Amerika Serikat dan negara-negara Amerika Latin salah satu sebab mengapa mereka tidak bersedia untuk turut serta dalam Konvensi Bern karena konvensi ini tidak terdapat formalitas-formalitas untuk terwujudnya hak cipta dan perlindungan daripadanya. Sebaliknya dalam konsepsi Amerika disyaratkan berbagai formalitas untuk terciptanya hak cipta. Justru untuk memeperemukan kedua sistem ini kita saksikan bahwa pihak UNESCO telah mengadakan berbagai usaha dan telah menghasilkan *Universal Copyright Convention (UCC)*.⁹⁴

Apabila dikaitkan dengan keberadaan *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization* tahun 1967⁹⁵ (Konvensi tentang pembentukan WIPO), maka disebutkan dalam konvensi ini bahwa : *Intellectual Property comprises two branches : industrial property; chiefly in inventions ,trademarks and designs, and copyright, chiefly in literary, musical, artistic, photographic and cinematographic works*. Dengan demikian menurut konvensi ini masih terlihat kesamaanya dengan konvensi Paris yang masih memisahkan Hak Milik Intelektual kedalam dua kelompok, yaitu yang berkaitan dengan industri seperti halnya Paten, Merek, Desain, sedangkan hak cipta yang dianggap sebagai bagian dari Hak Milik Intelektual yang tidak mempunyai kaitan dengan kegiatan industri.

94 Sudargo Gautama, *op.cit* hal 89-80

95 WIPO, *General Information*, Geneva 1978.p 6. WIPO adalah istilah dalam bahasa Inggris, dalam bahasa Perancis dan Spanyol dikenal dengan istilah "**OMPI**", dan istilah "**BONC**" dalam bahasa Rusia. WIPO ini didirikan dan ditandatangani di Stockholm pada tahun 1967 tetapi baru berlaku pada tahun 1970. Secara historis keberadaan WIPO ini berkaitan dengan adanya Konvensi Paris dan Konvensi Bern yang pada saat itu membutuhkan semacam Internasional biro atau secretariat dan pada tahun 1893 terbentuk *the United International Bureaux for the Preotection of Intellectual Property*, yang dikenal dengan sebutan "**BIRPI**"(dalam bahasa Perancis). Dalam perkembangannya ,dalam praktek, tugas-tugas BIRPI ini dilakukan oleh WIPO, yang secara resmi ditunjuk sebagai *special agency* dari *United Nations* pada tahun 1974, yang merupakan agen khusus ke empat belas dari PBB.

Sejak deklarasi Menteri-menteri Ekonomi/Perdagangan dari negara-negara anggota GATT yang dibuat di *Punta Del Este*, Uruguay pada tahun 1986, telah dinyatakan tekad untuk mewujudkan persetujuan mengenai 15 *Issues* dalam satu paket persetujuan⁹⁶. Diantara ke lima belas issues tadi terdapat kelompok yang dikenal dengan “*New Issues*” yang tidak aada kaitannya dengan komoditi pisik, yaitu : *Trade related Invesment Measures (TRIMs)*, *Trade related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)*, dan *Trade in Services* (yang menjangkau lebih ari 20 cabang usaha). TRIPs merupakan issues baru yang berkaian dengan Hak Milik Intelektual yang berkaitan dengan perdagangan. Trips berbicara mengenai norma atau standar pengaturan di bidang Hak Milik Intelektual dari seluruh negara anggota GATT. Dalam bab II TRIPs diatur mengenai standar pemberian hak ,lingkup Hak Milik Intelektual serta pemanfaatannya. Lingkup Hak Milik Intelektual yang dicakup dalam TRIPs ini adalah : *Hak Cipta dan hak yang terkait dengan hak cipta (Neighbouring right)*, *Merek*, *Indikasi geografis*, *Desain Produk Industri*, *Paten*, *Lay-out Design dari Integrated Circuit*, dan *Perlindungan terhadap “undisclosed Information”*.

Berdasarkan uraian lingkup Hak Milik Intelektual yang diatur dalam beberapa Konvensi Internasional sebagaimana tersebut di atas, dapat disarikan dalam diagram sbb.

Tabel 1:

Lingkup Hak Milik Intelektual menurut beberapa Konvensi Internasional

No	Konvensi Internasional	Lingkup Hak Milik Intelektual	Keterangan
1	Paris Convention 1883	Patents	
		Utility Models	di AS digunakan istilah Petty paten atau Simple paten, atau paten sederhana (Indonesia)
		Industrial Designs	

96 Bambang kesowo, *Kebijakan di bidang Hak Milik Intelektual dalam hubungannya dengan Dunia Perdagangan Internasional khususnya GATT*, Panel Diskusi Bidang Hukum Hak Milik Inelektual DPP Golkar, Jakarta 4 Februari 1992, hal 7.

No	Konvensi Internasional	Lingkup Hak Milik Intelektual	Keterangan
		<i>Marks</i>	
		<i>Trade Names</i>	<i>Trade Names (nama dagang) berbeda dengan Trade Secret</i>
		<i>Unfair Competition</i>	
2	<i>Bern Convention 1886</i>	<i>Copyright</i>	<i>Sering diartikan Hak Cipta di Indonesia</i>
3	<i>The Convention Establishing the World Intellectual Property Organization 1967</i>	<i>Inventions</i>	
		<i>Trademarks</i>	
		<i>Designs</i>	
		<i>Copyright</i>	
4	<i>TRIPs</i>	<i>Hak Cipta dan hak-hak yang terkait dengan Hak Cipta/ Neighbouring Right</i>	
		<i>Merek</i>	
		<i>Indikasi geografis</i>	
		<i>Desain Industri</i>	
		<i>Paten</i>	
		<i>Lay-out Design</i>	<i>Desain Tata Letak Sirkuit terpadu</i>
		<i>Undisclosed Information</i>	<i>Biasanya diartikan sebagai rahasia Dagang(Ind), Trade Secret (AS), Know-How(japan), Confidential Information(Australia/ Inggris)</i>

Dengan demikian, dapat dilihat perkembangan lingkup Hak Milik Intelektual yang pada awal pengaturannya dalam Konvensi Paris dan Konvensi Bern ,serta Konvensi pembentukan WIPO , dibedakan ada tidaknya unsur industri, akan tetapi dalam TRIPs, lingkup Hak Milik Intelektual tersebut tidak dibedakan lagi atas dasar keterkaitannya dengan industri atau tidak. Justru TRIPs menganggap semua lingkup Hak Milik Intelektual mempunyai kontribusi yang besar terhadap industri serta mempunyai nilai ekonomi yang tinggi, termasuk hak

cipta. Selain itu TRIPs juga mengatur lingkup Hak Milik Intelektual yang baru, yaitu tentang IC/ *Integrated Circuit* atau desain tata letak sirkit terpadu, pengaturan mengenai rahasia dagang. Namun demikian, TRIPs tidak mengatur mengenai *Unfair Competition* sebagai bagian dari Hak Milik Intelektual. Dengan memberikan porsi yang sama terhadap masing-masing bidang Hak Milik Intelektual menjadikan kemungkinan terjadinya keterkaitan(*Intersection*) antar bidang Hak Milik Intelektual.

B. Lingkup Hak Milik Intelektual menurut Pandangan Pakar Hak Milik Intelektual

Beberapa penulis di bidang *Intellectual Property Rights* dari Amerika, seperti halnya Attorney Stephen Elias, menyebutkan bahwa “*Intellectual Property Law consist of several legal categories. Although these categories can overlap with respect to a particular intellectual property, they each have their own characteristics and terminology : Trade secret, Copyright, Trademark law, Patent law*”⁹⁷. Lebih lanjut disebutkan bahwa : *Unfair competition is not usually considered a separate branch of intellectual property Law, as it targets general business practices rather than intellectual property as such. However, the use of misleading names and marks to improperly lure customers away from another business is also very much what trademark law is concerned with, the two types of law often overlap.*⁹⁸

Senada dengan Attorney Stephen Elias, maka Deborah E.Bouchoux dalam bukunya juga menyebutkan bahwa : *Intellectual Property generally is Viewed as comprising four separate but often overlapping types of property rights : trademarks, copyrights, patents, and trade secrets.*⁹⁹

97 Attorney Stephen Elias, opcit p.3-4. Desain Industri dalam sistem Hukum *Intellectual Property* di Amerika masuk di dalam pengaturan mengenai Paten. Dalam sistem Hak Milik Intelektual di AS maka paten terdiri dari; *Utility Patent, Plant Patent, dan Design Paten.*

98 Ibid,hal 4. Seringkali memang *Unfair competition* tidak dianggap sebagai bagian dari Hak Milik Intelektual, hal itu disebabkan *unfair competition* lebih merupakan target umum dari praktek bisnis dan bukan merupakan hasil kreatifitas intelektual pada umumnya. Namun demikian, tidak jarang penggunaan merek tertentu yang membingungkan *cuctomers* seringkali *unfair competition* dianggap begitu dekat dan merupakan bagian dari merek, walaupun keduanya seringkali overlap.

99 Deborah,opcit p.3

Sedangkan bagi Margreth Barret, *The term Intellectual Property is used to identify severals distinct but related legal doctrines. The primary legal doctrines include patents, copyrights, trademarks and unfair competition, which are governed by Federal Law, and trade secrets, unfair competition, undeveloped ideas and the right to publicity, which are governed by state law. Each of these doctrines is related to others because is provides a form of property right in tangible creations of the mind. In some cases the doctrines overlap.*¹⁰⁰

Earl.W.kintner dan Jack Lahr dalam karangannya juga menyebutkan bahwa di Amerika yang secara umum bidang Hak Milik Intelektual yang diatur dengan *Federal Law* adalah : *patents, copyrights, trademarks, unfair competitions*, selanjutnya disebutkan terdapat lebih dari lima puluh negara bagian yang juga mengatur sendiri hal-hal yang berkaitan dengan *legislative and judicial, civil and criminal, developed and undeveloped*, termasuk hal-hal yang berkaitan dengan *trade secrets, trademarks, unfair competition, business and property value, right to publicity and protection of personalities.*¹⁰¹

Roy Hunt, menyebutkan bahwa bidang Hak Milik Intelektual yang diatur dalam *Federal Law Sistem* adalah : *patens, copyrights, trademarks, unfair competition*, sedangkan banyak bidang lain yang diatur *State Law* seperti halnya *Trade Secrets, Unfair competition, Right of publicity.*¹⁰²

Sedangkan Weston, memerinci bidang cakupan Hak Milik Intelektual dalam beberapa item, yaitu : *patens, utility models, industrial designs, trade secrets and know how, trademarks, service marks, tradenames and commercial names, appellations of origin, indications of source, copyrights, moral rights, and neighbouring rights.*¹⁰³

Di Inggris, beberapa penulis bidang Hak Milik Intelektual, seperti

100 Margreth Barret, opcit p.1. Di dalam sistem Hukum Hak Milik Intelektual di AS pengaturan mengenai *Intellectual Property* diatur oleh tiga aturan hukum, yaitu : *federal law, state law, dan foreign law.*

101 Earl W.Kintner and Jack Lahr, op.cit p.3.

102 Roy Hunt, *Protecting Intellectual Prioperty in United States*, **Makalah**, Diponegoro University Faculty of Law Semarang, May 5 th 1997, p.1-2.

103 Weston, *Outline of a Prospective Intellectual Property course*, **Makalah** Training IPR, UI-UNDP, SETNEG, Jakarta September-Nopember 1994. Hal.1

halnya John Holyoak, menyebutkan bahwa ; *Due in part to these developments the various intellectual property rights have become relatively well known: trademarks, patents, copyrights, rights in performances, registered designs and design rights.* Namun demikian, lebih lanjut dijelaskan bahwa : “ *When we refer to intellectual property rights, we do not wish to make the distinction between the industrial property rights, such as patents and trademarks, and artistic intellectual property rights, such as copyright. We think this distinction is no longer valid as copyright is now used in such a flexible way, for example to protect computer programs, that it can no longer be called an exclusively artistic right.* Selanjutnya dijelaskan bahwa “ *but this dichotomy between industrial patents and artistic copyright has been essential element in the historical development of the protection of what we call intellectual property.*¹⁰⁴ Tulisan ini ingin menggambarkan bahwa bidang-bidang Hak Milik Intelektual yang ada saat ini, walaupun secara historis dibedakan antara *Industrial property* dan karya *non industrial property*, seperti halnya karya artistik, tetapi dalam perkembangannya tidak relevan lagi membedakan bidang cakupan Hak Milik Intelektual pada dua bidang tersebut. Hal itu dikarenakan perkembangan zaman sekarang menunjukkan bahwa terdapat keterkaitan yang erat antar bidang Hak Milik Intelektual tersebut dalam memberikan wadah perlindungan hukum terhadap berbagai macam hasil kreativitas intelektual manusia, ditambah lagi perkembangan zaman juga nampak semakin menonjolnya sifat komersial atau nilai ekonomi dari karya cipta, sehingga tidak lagi sekedar sebagai karya ungkapan seni dan sesuatu yang artistik semata, tetapi nilai industrialnya juga semakin menonjol pada hak cipta.

Jeremy Phillips, membuat peta lingkup Hak Milik Intelektual ke dalam beberapa kategori, yaitu : *Inventions* (khusus membicarakan mengenai paten), *copyright, pseudo-copyright, right in information and reputation* (termasuk di dalamnya membicarakan mengenai : *unfair competition, breach of confidence and passing off, trademarks*), *some topic current interest (design registration, the protection of plant varieties).*¹⁰⁵

104 John Holyoak, *op.cit* p.5.

105 Jeremy Phillips, *op.cit* p.XI-XV

Sedangkan Ross Wilson, seorang ahli Hak Milik Intelektual dari Australia membuat peta lingkup Hak Milik Intelektual kedalam dua kelompok, yaitu: constitution (*patents, trademarks, copyrights, designs, integrated circuit layouts, plant breeder's rights*), *Common Law* (*trade secrets, trademarks*).¹⁰⁶

Francois Desemontet, seorang ahli Hak Milik Intelektual dari Switzerland membagi Hak Milik Intelektual kedalam : *human mind creation*(*patent and copyright*), *marks, names, signs, and unfair competition*.¹⁰⁷

Senada dengan para penulis Hak Milik Intelektual di negara-negara lain, beberapa pakar Hak Milik Intelektual di Jepang juga memberikan pendapatnya yang hampir sama mengenai lingkup Hak Milik Intelektual.

M.Uchida, menyatakan bahwa konsep Hak Milik Intelektual terdiri dari :

1. *Industrial Property* (yang terdiri dari *Rights on Intellectual Works-patent, utility models, semi conductor circuit layout usage right, copy right on computer program, plant variety, trade secret, and design*), *Business affairs* (yang terdiri dari : *trade mark, trade name, right under anti- trust law misalnya : service mark, indication of country origin*).
2. *Copyright*, yang berupa : *right on compilation(database), right on leasing and lending(computer software rental, record rental), right on broadcasting and community broadcasting), right on applied art, merchandising right*.¹⁰⁸

106 Ross Wilson, *Experience and practice of registration and Litigation procedures of IPR in Australia, Role of Intellectual Property Rights in the Global Competitive markets of 2000's*, **Makalah**, Faculty of Law Diponegoro University Semarang Indonesia 16 September 199, p.1

107 Francois Desemontet,, *Basic Course in Intellectual Property*, University of Fribourg(Switzerland) Shool of Law, **Makalah** Training IPR, Jakarta September – Desember 1994, p 1-2

108 M.Uchida, *Concept of Intellectual Property Right*, **Papers on IPR Course**, Tokyo Japan, November-Desember 1997, p.1. Lebih lanjut Uchida berpendapat bahwa hak *patent, utility model, semiconductor circuit layout usage right, copyright on computer program dan plant new variety* disebut dengan istilah ***Rights relating to technical Innovation*** dan biasanya merupakan ***Industrial technology society yang physical***

Riichi Ushiki, memberikan pendapatnya mengenai lingkup Hak Milik Intelektual sedikit berbeda dengan Uchida. Menurutnya Hak Milik Intelektual terbagi dalam : *industrial property* (yang terdiri dari : *patent law, utility model law, design law, trademark law, and unfair competition law*), *Copy right law*(yang terdiri dari : *literary, scientific, musical works, artistic works, computer program works*), *law for other intellectual property items* (yang terdiri : *IC mask works-semiconductor chip layout, typefaces/fonts-copyright law or unfair competition law, trade secret-proprietary information-unfair competition*).¹⁰⁹

Perkembangan pengelompokan Hak Milik Intelektual di dunia internasional berpengaruh juga pada pandangan beberapa penulis Hak Milik Intelektual di Indonesia. Bambang Kesowo menyatakan bahwa Haki pada intinya terdiri dari beberapa jenis yang secara “tradisional” dipilih dalam dua kelompok, yaitu : hak cipta(*copyright*) , dan hak atas kekayaan industri (*industrial property*) yang bersisikan : paten, merek, desain produk industri, penanggulangan praktek persaingan curang¹¹⁰. Namun demikian, lebih lanjut dijelaskan bahwa pengenalan jenis di atas pada dasarnya berpangkal pada Konvensi pembentukan WIPO. Masalah lain yang perlu dicatat adalah pencantuman masalah penanggulangan praktek persaingan curang. Banyak negara yang menunjukkan keengganan menerima jenis ini sebagai bagian dari haki. Alasannya jenis ini tidak memiliki karakter yang jelas sebagai karya intelektual. Selain itu terdapat pandangan lebih berharga menerima *trade secret* sebagai bagian dari haki daripada *unfair competiion*. Sebaliknya kelompok negara-negara yang menerima pencantuman penanggulangan praktek persaingan curang sebagai bagian haki, justru menolak masuknya *trade secret* karena alasan ketidak pastian. Mereka berpendapat adalah tidak

value. Sedangkan hak *design, trade mark, trade name, right under anti-trust law, right on compilation, right on leasing and lending, right on broadcasting and community broadcasting, copyright on applied art, and merchandising right* disebut dengan istilah ***Rights relating to new business and service***, yang biasanya merupakan ***highly advanced society- yang berupa intellectual value***.

109 Riichi Ushiki, *Intellectual Property Sistem*, **Paper on IPR Couse**, Tokyo Japan November-Desember 1997,p.1.

110 Bambang Kesowo, *Op.cit* hal 16.

wajar mengharuskan memberikan perlindungan untuk sesuatu yang tidak jelas dan keberadaannya dapat diketahui secara umum. Namun demikian pihak yang terakhir ini pun secara diam-diam juga menerima kehadiran *trade secret* setelah disodorkan pertimbangan substantif. Intinya bukan pada sifat kerahasiaan tetapi pada informasi tentang teknologi yang memiliki nilai ekonomi¹¹¹. Perlu pula ditambahkan bahwa sifat “tradisional” dari pengelompokan itu. WIPO sendiri sebenarnya tidak melakukannya. Pengelompokan itu berlangsung dalam praktek negara-negara. Asumsi pengelompokan ada tidaknya dengan kegiatan industri mungkin benar pada masanya. Tetapi siapakah yang dahulu mengira bila karya-karya yang dilindungi hak cipta sekarang ini dapat dipisahkan dengan kegiatan industri?. Misal, program komputer, film, dan rekaman suara. Sekali pun pengelompokan sebagaimana di atas telah kehilangan validitasnya dewasa ini, tetapi masih sering digunakan sekedar untuk mempermudah cara penyampaian pemahaman mengenai haki.¹¹²

Muhamad Djumhana, dalam bukunya menulis bahwa sampai saat ini di kalangan para ahli dan praktisi belum ada suatu pendapat yang seragam mengenai apa saja yang dapat dikelompokkan sebagai Hak Milik Intelektual. Ada kalangan yang hanya mengelompokkan bahwa Hak Milik Intelektual hanya menyangkut hak cipta dan hak milik industri. Ada juga yang menambahkan dengan jenis baru seperti halnya “*Law of Confidence*” sebagai perlindungan terhadap *trade secret* dan *know-how*, serta “*action for passing off*”. Namun demikian, secara garis besar pengelompokan jenis Hak Milik Intelektual ini dapat dikelompokkan dalam pengelompokan yang tradisional dan pengelompokan yang didasarkan pada sumber hukumnya. Kelompok yang tradisional menggunakan acuan yang berasal dari WIPO, sedangkan kelompok yang kedua mendasarkan pada sumber hukumnya. Lebih lanjut dijelaskan bahwa walaupun terdapat pengelompokan seperti itu sebenarnya tidak banyak mempengaruhi dalam praktek hukumnya, malahan sekarang ini pengelompokan seperti itu kurang mempunyai daya pembeda disebabkan karya-karya intelektual tersebut dalam pemanfaatannya seringkali saling

111 *Ibid*, hal 17

112 *Ibid*, hal 18

tumpang tindih serta terjadi kombinasi. Misalnya kita melihat kombinasi antara lukisan sebagai bagian dari hak cipta dan merek dagang yang berupa karya lukisan(Yurisprudensi mengenai “ *Snoopy*” yang semula merupakan hak cipta dari *Charles Schulz* menjelma menjadi merek dagang :” *Snoopy*”).¹¹³

Sudargo Gautama, menulis bahwa dalam *Intellectual Property* bidang yang khusus berkenaan dengan industri dan pengetahuan sering disebut orang dengan hak milik industri(*Industrial Property*). Yang diutamakan disini adalah bahwa hasil penemuan atau ciptaan di bidang ini dapat dipergunakan untuk maksud-maksud industri. Penggunaan di bidang industri ini lah yang merupakan aspek terpenting dari *industrial property* sebagai suatu bagian dari Hak Milik Intelektual. Bidang yang lain adalah bidang yang berhubungan dengan kesenian atau hal-hal yang menyangkut estetika. Di bidang ini dapat dikelompokkan hak cipta (*copyright*), model, atau desain. Walaupun yang ditekankan disini adalah segi estetis dan kesenian , akhir-akhir ini juga eksploitasi industrinya lebih tampil ke muka. Lihat saja segala kemajuan teknik yang berhubungan dengan kaset,audio dan video,elektronika,lagu-lagu yang eksploitasinya justru berkenaan dengan royalty yang membuatnya menjadi actual pada masa ini.¹¹⁴Dengan demikian berbagai bidang tersebut dapat dikombinasikan hingga memperlihatkan ciri-ciri khas masing masing bidang intelektual ini. Misalnya kombiansi antara paten dan hak cipta pada program komputer.Kombinasi antara hak cipta dengan merek dagang pada Lukisan : *Snoopy*”, *Mickey Mouse*”, *Donald Duck*”, atau “ *Garfield*”.¹¹⁵

Sedangkan Saidin dalam karangannya menyebutkan bahwa hak milik intelektual dapat dikelompokkan ke dalam : hak cipta (*copyright*) yang terdiri dari hak cipta sendiri dan *neighbouring right*, dan hak

113 Muhamad Djumhana dan R.Djubaedilah, *Op.cit* hal 22-23. Dalam buku karangannya dikutip pendapat John.F.Wiiliam : *The protection available is more wide ranging than is often appreciated and is devided between that under statute, and that under common law: Statute : patent ,trademark, copyrights, registered designs, industrial design copyright. Common law: action for passing off, and breach of confidence.*

114 Sudargo Gautama, *op.cit*, hal 4

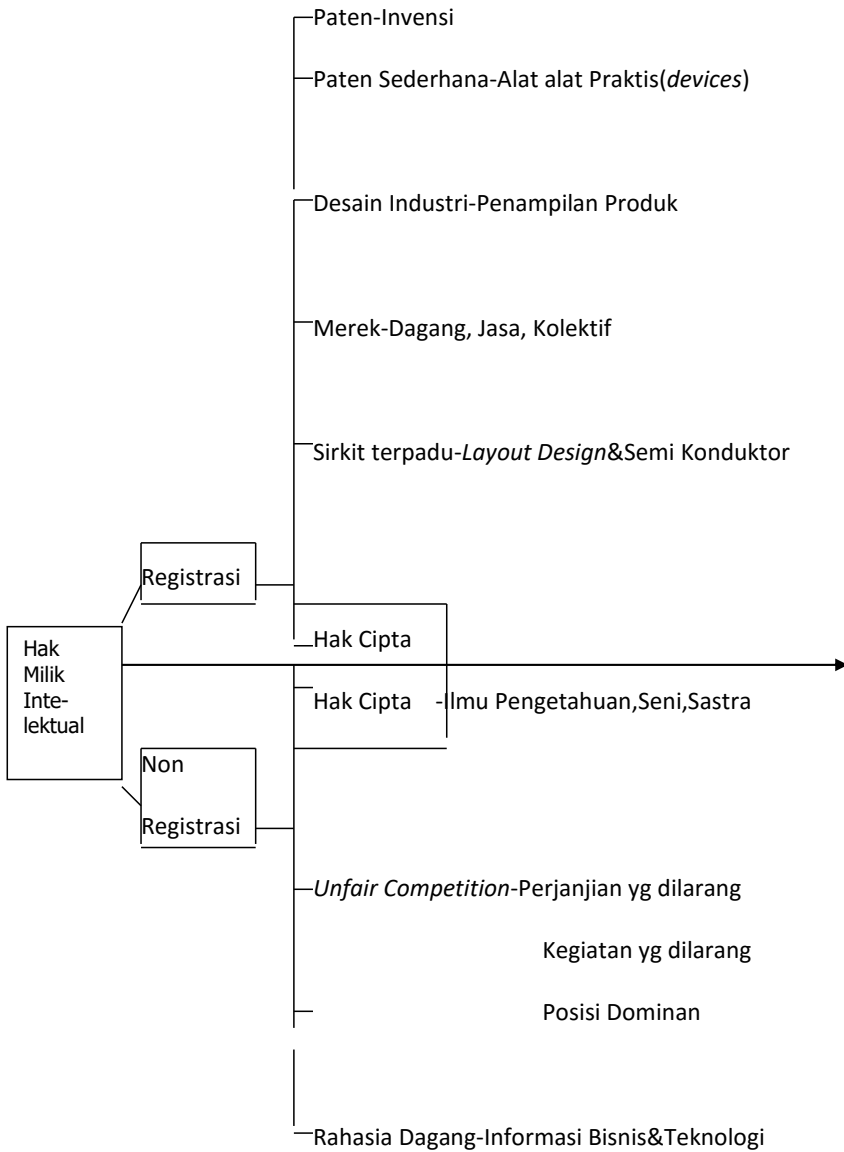
115 *Ibid*, hal 3

kekayaan industri(*industrial property*). Hak kekayaan industri sendiri dapat diklasifikasikan ke dalam : *patent, utility models-rancang bangun, industrial design, trademark, trade names, dan indication of source or appellation of origin*. Penyebutan ini didasarkan pada *Convention Establishing The World Intellectual Property Organization*. Dalam literature yang banyak di tulis para pakar Hak Milik Intelektual di *Anglo Saxon*, bidang kekayaan industri ditambah lagi dengan beberapa bidang lain ,yaitu : *trade secrets, service mark dan unfair competition protection*. Sehingga hak kekayaan industri dapat diklasifikasikan sebagai berikut :*patent, utility models, industrial designs, trade secrets, trade marks, service marks, trade names or commercial names, appellation of origin, indication of origin, unfair competition*. Ditambahkan lebih lanjut bahwa apabila didasarkan pada kerangka WTO/TRIPs maka dapat diambahkan dua bidang lagi, yaitu : perlindungan varietas baru tanaman, dan *integrated circuit*(sirkuit terpadu).¹¹⁶

Eddy Damian, dalam buku karangannya membuat diagram mengenai pengelompokan Hak Milik Intelektual sbb: bahwa Hak Milik Intelektual mempunyai dua cabang utama, yaitu : Kekayaan industri,yang merupakan kekayaan di bidang penemuan(*inventions*), merek (barang atau jasa), desain industri, indikasi geografis. Hak cipta dan hak-hak yang berkaitan , yaitu kekayaan di bidang : tulisan, ciptaan musik, ciptaan drama, ciptaan audio visual, lukisan dan gambar, patung, ciptaan foto, ciptaan arsitektur, rekaman suara, pertunjukan musik, aktor, dan penyanyi, serta penyiaran.¹¹⁷

116 Saidin, *op.cit* ,hal 12-13.

117 Eddy Damian, *op.cit* ,hal 23.



C. Aspek Pengaturan Hak Milik Intelektual

1. Pengaturan Hak Milik Intelektual secara Internasional

Hak Milik Intelektual (*Intellectual Property Right*) telah menyita perhatian dunia sejak lama, sejak konvensi Paris mengenai *The International Union for the Protection of Industrial Property* ditanda tangani di Paris tahun 1883, maka setelah itu begitu banyak kesepakatan-kesepakatan internasional di bidang Hak Milik Intelektual dibuat banyak negara. Hal ini menunjukkan bahwa persoalan Hak Milik Intelektual telah sejak lama disadari tidak saja sebagai persoalan dalam satu negara akan tetapi lebih dari itu sudah menjadi persoalan antara negara , yang membutuhkan pengaturan bersama . Seiring dengan semakin banyaknya kesepakatan bersama antar negara di bidang Hak Milik Intelektual maka dibutuhkan pula sebuah badan¹¹⁸ yang mampu mengelola serta mengadministrasikan kesepakatan bersama antara negara di bidang Hak Milik Intelektual tersebut. Badan yang dimaksud baru terbentuk tahun 1967 dengan nama WIPO(*World Intellectual Property Organization*) yang didirikan dengan *The Convention Establishiing the World Intellectual Property Organization* tahun 1967. WIPO merupakan salah satu dari 15 agen khusus PBB(*United Nations*) yang didirikan dengan tujuan : “*WIPO’s objectives are to promote the protection of intellectual property throughout the world through cooperation among states and , where appropriate, in collaboration with any other international organization and to ensure administrative cooperation among the intellectual property Unions.*

118 WIPO, *op.cit* p.5. *As the promoting of the protection of intellectual property throughout the world, WIPO encourage the conclusion of new international treaties and the harmonization of national legislations: it gives legal-technical assistance to developing countries; it assemble and disseminates information, and it maintains services for international registration or other administrative cooperation among members States. Unions means : the Paris Union, Madrid Agreement, the Madrid Union, the Nice Union ,the Lisbon Union, the Locarno Union, the IPC Union, the PCT Union ,the Berne Union, the Rome Convention Union, The Geneva convention, UPOV, Union Will also mean the Trademark registration Treaty, the Two Viena Agreement, the Budapest Treaty, the Brussels Convention.*

Menurut versi WIPO maka kesepakatan internasional di bidang Hak Milik Intelektual tersebut dikelompokkan ke dalam beberapa kelompok, yaitu : *General, Intellectual Property Protection Treaties, Global Protection sistem Treaties, dan Classification Treaties.*

Termasuk dalam kelompok (1) *General Treaties* adalah : *WIPO convention, dan International Convention for the Propetction of new Varieties of Plants(UPOV).*

Sedangkan termasuk ke dalam kelompok (2) *Intellectual Property Protection Treaties* adalah :

- a. *Berne Convention for the protection of Literary and Artistic Works;*
- b. *Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorized Duplication of Their Phonograms;*
- c. *Madrid Agreement for the repression of False or Deceptive Indications of source on Goods;*
- d. *Nairobi Treaty on the Protection of the Olymp[ic Symbol;*
- e. *Paris Convention for the Protection of Industrial Property;*
- f. *Patent Law Treaty(PLT);*
- g. *Trademark Law Treaty(TLT);*
- h. *Treaty on the International registration of Audiovisual Works(Film register Treaty);*
- i. *Washington Treaty on Intellectual Property in respect of Integrated Circuits;*
- j. *WIPO Copryright Treaty(WCT);*
- k. *WIPO Performances and Phonograms Treaty(WPPT).*

Sedangkan yang tergabung dalam kelompok (3) *Global Protection Sistem Treaties* adalah :

- a. *Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Proceude;*
- b. *Hague Agreement Concerning the International Deposit of Industrial Designs;*

- c. *Lisbon Agreement for the Protection of Appellation of Origin and Their International registration;*
- d. *Madrid Agreement Concerning the International registration of Marks;*
- e. *Patent Cooperation Treaty (PCT).*

Kelompok terakhir (4) adalah *Classification Treaties* yang terdiri dari :

- a. *Locarno Agreement Establishing an International Classification for Industrial Designs;*
- b. *Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purpose of the Registration of Marks;*
- c. *Strasbourg Agreement Concerning the International Patent Classification;*
- d. *Vienna Agreement Establishing an International Classification of the Figurative Elements of Marks.*¹¹⁹

Selain WIPO, WTO(*World Trade Organization*) juga merupakan badan dunia yang dibentuk tidak saja mengurus komoditas dagang, tetapi juga menangani kesepakatan antar negara anggota yang berkaitan dengan aspek dagang yang berkaitan dengan hak milik intelektual. Kesepakatan negara anggota WTO ini dikenal dengan TRIPs(*Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights*).¹²⁰

119 <http://www.wipo.org.id>

120 Sebelum nya badan ini bernama GATT. Sejak putaran Uruguay 1986 telah diagendakan 15 *Issues* yang dibicarakan dalam pertemuan pra menteri ekonomi/ perdagangan, salah satunya adalah issue mengenai TRIPs.. Hingga akhir Desember(18 Desember 1991) masih cukup banyak perbedaan pendapat yang sulit dipertemukan dalam persetujuan TRIPs tersebut. Perbedaan pendapat tersebut terutama berlangsung antara negara-negara maju dan negara-negara berkembang. Perbedaan tersebut berkaitan dengan tingkat atau standar pengaturan , hal ini timbul sebagai akibat perbedaan tingkat standar kehidupan social ekonomi di masing-masing bidang Hak Milik intelektual. Negara maju menghendaki adanya standar pengaturan yang tinggi dengan pelaksanaan atau penegakan hukum yang ketat. Sementara negara-negara berkembang menginginkan standar yang walaupun di atas minimal tetapi terjangkau oleh kemampuan dan sesuai dengan kepentingan nasional mereka. dalam hal tidak tercapainya kesepakatan itulah ,Direktur jenderal GATT dalam kedudukannya selaku

Selain WIPO, WTO, maka terdapat satu lagi organ khusus PBB yang memprakarsai kesepakatan bersama di bidang Hak Milik Intelektual khususnya hak cipta, yaitu UNESCO. badan ini telah berhasil memberikan sponsor terciptanya *Universal Copyright Convention (UCC)* tahun 1955.¹²¹

Pengelompokan tersebut diatas dapat juga dilakukan berdasarkan bidang Hak Milik Intelektual, sebagai berikut :

- a. Paten
 - 1) *Paris Convention for the Protection of Industrial property 1883*;
 - 2) *Patent Cooperation Treaty (PCT) 1970*;
 - 3) *Budapest Treaty on the Recognition of the Deposit for the Purpose of Patent Procedure 1977*;
 - 4) *The Strasbourg Agreement Concerning the International Patent Classification 1971*.
- b. Trademarks
 - 1) *Paris Convention on the Protection of Industrial Property 1883*;
 - 2) *The Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks 1892*;
 - 3) *Nice Agreement Concerning the International*

Ketua “*Trade Negotiating Committee*” mengambil prakarsa dan atas tanggung jawabnya sendiri merumuskan Pasal-pasal yang bersangkutan. inilah yang mengakibatkan timbulnya sebutan bahwa naskah persetujuan TRIPs sebagai “*Chairman Text*”. Pada tanggal 15 April 1994 Pemerintah Indonesia menandatangani *Final Act the Uruguay Embodying the Result of Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, yang mencakup persetujuan TRIPs., yang pada akhirnya diratifikasi dengan UU N0.7 tahun 1994 tentang ratifikasi *the Concvention establishing the WTO* termasuk di dalamnya tentang TRIPs.

121 Prakarsa UNESCO ini didalam rangka untuk mengakomodasi terdapatnya dua aliran falsafah berkenaan dengan hak cipta. disatu sisi sebagian masyarakat internasional menganut *Civil Law Sistem*, mereka berkelompok dalam Konvensi Berne. Di pihak lain terdapat sebagian masyarakat internasional yang menganut *Common Law Suystem*, yang berkelompok kedalam konvensi hak cipta regional, terutama berlaku di negara-negara Amerika Latin dan Amerika Serikat. Diantaranya adalah : *Inter American Convention on the Rights of the Authors in Literary, Scientific Works 1905* dan *Buenos Aires Convention 1910*, yang direvisi di Havana 1928, Washington 1946.

Classification of Good and Services for the Purpose of the Registration of Marks 1861;

- 4) *Viena Agreement Establishing an International Classification of the Figurative Element of Marks 1973;*
- 5) *Trademark Registration Treaty 1973;*
- 6) *Lisbon Agreement for the Protection of Appellation of Origin and Their International Registration 1958.*

c. *Desain Industri*

- 1) *Paris Convention on the Protection of Industrial Property 1883;*
- 2) *The Haque Agreement Concerning the International Deposit of Industrial Designs 1925;*
- 3) *Locarno Agreement Establishing an International Classification for Industrial Designs 1968;*

d. *Hak Cipta /Copyright*

- 1) *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886;*
- 2) *UCC/Universal Copyright Convention 1955;*
- 3) *Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization 1961;*
- 4) *Traktat Geneva tentang International recording of Scientific Discoveries 1978;*
- 5) *Convbention relating to the Distribution of Programme carrying Signals Transmitted by satellite 1974;*
- 6) *WIPO Copyright Treaty;*
- 7) *WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT);*
- 8) *Convenion for the Protection of Producers of Phonograms Againts Unauthorized Duplication of Their Phonograms.*

e. *Layout Design*

Pengaturanya secara internasional di dalam *Treaty on the Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits (Washington Treaty 1989).*

- f. Varitas baru Tanaman/*New plant varieties*
Diatur dalam *Internatonal Convention on the Protection of New Varieties of Plant/UPOV 1961*.

Tabel 2:

Matriks Scope Hak Milik Intelektual menurut beberapa Konvensi Internasional

Scope of IP	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Patent										
Utility Models										
Trademarks										
Service Mark										
Geographical Indication										
Indication off Source										
Copyright										
Neighbouring Right										
Industrial Design										
Layout Design										
Trade Secret										
Trade Name										
Commercial Name										
Unfair Competition										
CLASSIFICATION										
Patent										
Design										
Trademark										
OTHERS										
New Varieties of Plant										

Catatan: 1=Paris Convention, 2=Bern Conv, 3=UCC, 4=TRIPS, 5=Strasbourg, 6=Nice Agreement, 7=Locarno Agr, 8=Viena, 9=WIPO, 10=UPOV

2. Pengaturan Hak Milik Intelektual Nasional¹²²

Secara historis, peraturan perundang-undangan di bidang Hak Milik Intelektual di Indonesia telah ada sejak tahun 1840 an. Pemerintah kolonial Belanda waktu itu memperkenalkan peraturan perundang-undangan perlindungan Hak Milik Intelektual pada tahun 1844. Pada tahun 1855 Pemerintah Belanda mengundangkan UU Merek (th 1855), UU Paten(th 1910), dan UU hak Cipta (th 1912). Indonesia saat itu masih bernama *Netherlands East-Indies* dan telah menjadi anggota *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* 1883 sejak tahun 1888, menjadi anggota *Madrid Convention* dari tahun 1893 sampai dengan 1936, dan menjadi anggota *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* sejak tahun 1914.

Pada saat pendudukan Jepang ,yang berlangsung tahun 1942 sampai dengan 1945, maka semua peraturan perundang-undangan di bidang hak milik intelektual tersebut tetap berlaku.

Pada tanggal 17 Agustus 1945 Indonesia memproklamlirkan kemerdekaan Indonesia. Sebagaimana ditetapkan dalam Pasal II aturan peralihan UUD 45 maka semua peraturan peninggalan zaman kolonial Belanda masih tetap berlaku sepanjang belum dibuat yang baru serta tidak bertentangan dengan UUD 45. Dengan demikian peraturan di bidang Hak Milik Intelektual, khususnya mengenai merek ,yang tercantum dalam *Reglement Industriele Eigendom Kolonien* Stb 545 tahun 1912, paten yang tercantum dalam *Octrooiwet* 1910 S.No.33 yis S 11-33,S 22-54, hak cipta yang tercantum dalam *Auteurswet* 1912 Stb N0.600, dinyatakan masih tetap berlaku, sepanjang tidak bertentangan dengan UUD 45. Namun demikian, peraturan mengenai Paten peninggalan kolonial Belanda dianggap bertentangan dengan semangat nasionalisme bangsa Indoensia saat itu, hal itu disebabkan terdapatnya ketentuan bahwa permohonan paten

122 Sebagian besar tulisan ini diambil dari “*Buku Panduan hak kekayaan Intelektual tahun 2003* “ Ditjen HKI, dengan beberapa penambahan dari penulis.

dapat diajukan di kantor Paten yang berada di Batavia, namun pemeriksaanya dilakukan di *Octrooiraad* Belanda.

Pada tahun 1953 menteri kehakiman RI mengeluarkan pengumuman yang merupakan perangkat peraturan di bidang paten yang pertama, yaitu Pengumuman Menteri Kehakiman No.J.S. 5/41/4, yang mengatur tentang pengajuan sementara permintaan paten dalam negeri, dan Pengumuman Menteri Kehakiman N0.J.g. 1/2/17 yang mengatur tentang pengajuan sementara permintaan paten Luar Negeri.

Pada tanggal 11 Oktober 1961 Pemerintah Indonesia mengundangkan UU N0.21 tahun 1961 tentang Merek Perusahaan dan Merek Perniagaan.Undang-undang ini menggantikan UU Merek peninggalan Kolonial Belanda. UU N0 21 tahun 1961 merupakan UU pertama di bidang Hak Milik Intelektual yang dibuat setelah Indonesia merdeka.

Pada tanggal 10 Mei 1979 Indonesia melakukan ratifikasi Konvensi Paris(*Paris Convention for the Protection of Industrial Property*) berdasarkan Keputusan presiden N0.24 tahun 1979. Namun demikian partisipasi Indonesia dalam konvensi tersebut belum penuh karena Indonesia membuat *reservasi* /perkecualian terhadap sejumlah pasal, yaitu Pasal 1 sampai dengan pasal 12, pasal 28 ayat 1.

Tanggal 12 April 1982 Pemerintah mengesahkan UU N0.6 tahun 1982 tentang Hak Cipta, untuk menggantikan UUHC peninggalan kolonial Belanda. UUHC tahun 1982 tersebut diundangkan dengan maksud untuk mendorong serta melindungi penciptaan, penyebarluasan hasil kebudayaan di bidang karya ilmu, seni dan sastra, serta didalam rangka mempercepat perumbuhan kecerdasan kehidupan bangsa.

Tahun 1986 seringkali disebut sebagai awal era moderen sistem Hak Milik Intelektual di tanah air. Pada tanggal 23 Juli 1986 Presiden RI membentuk sebuah Tim Khusus di bidang Hak Milik Intelektual dengan keppres N0.34 tahun 1986 (Tim

ini dikenal dengan Tim Keppres 34). Tugas utamanya adalah menyusun kebijakan ansiuonal di bidang HKI, perancamngan peraturan perundang-undangan di bidang HKI, serta sosialisasi sistem HKI di kalangan insstnasi pemerintah terkait, aparat penegak hukum dan masyarakat luas. Tim Keppres ini mempunyai peran yang cukup besar dalam menyelesaikan perdebatan nasional berkaitan dengan perlu tidaknya sistem paten di Indonesia saat itu. Dengan melakukan berbagai revisi RUU paten yang telah diselesaikan sejak tahun 1982, akhirnya Pemerintah mengesahkan menjadi UU N0.6 tahun 1989 tentang Paten.

Era tahun 1985-1987, pembajakan berbagai bentuk karya cipta begitu marak terjadi di negei ini, hampir tidak ada karya cipta yang tidak dibajak saat iu. Buku dan kaset, video, merupakan karya cipta yang paling banyak dibajak. Kondisi ini apabila dibiarkan terus berlanjut akan sangat membahayakan kehidupan sosial dan menghancurkan gairah mencipta. Penyanyi terkenal dari Inggris Bob geldof mengancam melakukan mogok makan di depan istana negara saat itu karena pembajakan kaset “ *We are the World*”, yang merupakan kaset dengan misi kemanusiaan untuk membantu mengatasi kelaparan di Afrika. Kaset ini dibajak habis di Indonesia tanpa ada sepeser royalty dibayarkan pada pemegang hak ciptanya di luar negeri. Karena tekanan dari dunia internasional serta kondisi pembajakan yang begitu marak di dalam negeri maka Pemerintah mengundang UU N0 7 tahun 1987 tentang perubahan UUHC tahun 1982 tentang hak Cipta.

Pada tahun 1988, Pemerintah dengan Keputusan Presiden N0.32 tahun 1988 menetapkan pembentukan Direktorat Jenderal Hak cipta, Paten, dan Merek (DJ HCPM) untuk megambil alih fungsi dan tugas Direktorat Paten dan hak Cipta yang merupakan salah satu unit eselon II dilingkungan Direktorat Jenderal Hukum dan Perundang Undangan , Departemen Kehakiman.

Pada tanggal 23 Oktober 1989 Dewan Perwakilan Rakyat menyetujui rancangan Undang-undang tentang Paten, yang selanjutnya disahkan menjadi UU N0.6 tahun 1989 tentang Paten. UU Paten ini mulai berlaku pada tanggal 1 Agustus 1991. Pengesahan UU Paten ini mengakhiri perdebatan panjang tentang seberapa pentingnya sistem paten dan manfaatnya bagi bangsa Indonesia. Dalam pertimbangan UU paten tersebut tampak bahwa perangkat hukum paten dibutuhkan untuk memberikan perlindungan hukum serta mewujudkan suatu iklim yang lebih baik bagi kegiatan penemuan teknologi. Hal itu disebabkan dalam pembangunan nasional secara umum dan khususnya di sektor industri, teknologi memegang peran yang sangat penting. Pengesahan UU paten ini juga dalam rangka untuk menarik investasi asing serta mempermudah masuknya teknologi ke dalam negeri.

Pada tanggal 28 Agustus Pemerintah RI mengesahkan UU N0 19 tahun 1992 tentang Merek, yang mulai berlaku pada tanggal 1 April 1993. UU ini menggantikan UU N0.21 tahun 1961 tentang Merek Perusahaan dan Merek Perniagaan. UU N0.19 tahun 1992 ini dimaksudkan untuk menciptakan UU yang lebih dapat mengikuti perkembangan zaman saat itu. Perubahan terpenting adalah dengan diberlakukannya sistem *first to file* untuk perlindungan merek, dibandingkan dengan sistem *first to use* pada UU merek lama.

Pada tanggal 15 April 1994 Pemerintah Indonesia menandatangani *Final Act Embodying the Result of the Uruguay Round of Multilateral Trade related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)*. Selanjutnya dengan melakukan ratifikasi keikutsertaan Indonesia kedalam organisasi Perdagangan Dunia (WTO) dengan UU N0.7 tahun 1994.

Pada tahun 1997, Pemerintah Indonesia kembali melakukan perubahan terhadap beberapa UU HKI yang ada, yaitu dengan mengesahkan UU N0.12 tahun 1997 tentang Perubahan UU N0.6 tahun 1982 tentang Hak Cipta sebagaimana telah diubah

dengan UU N0.7 tahun 1987. UU N0.13 tahun 1997 tentang Perubahan UU N0.6 tahun 1989 tentang Paten. UU N0.14 tahun 1997 tentang perubahan UU N0.19 tahun 1992 tentang Merek. Selain itu, Pemerintah juga telah menyusun seperangkat Rancangan Peraturan Perundang-undangan baru di bidang HKI, yaitu : RUU Desain Industri, RUU Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu-*Layout Designs of Integrated Circuits*, dan RUU Rahasia Dagang. Pengesahan ketiga UU di bidang HKI serta penyiapan rancangan RUU tersebut di dalam rangka untuk menyesuaikan dengan TRIPs yang akan segera berlaku definitive bagi Indonesia pada tanggal 1 Januari tahun 2000. Pada tahun ini juga ditandai dengan diratifikasinya lima konvensi internasional oleh Pemerintah Indonesia, yaitu : *Paris Convention for The protection of Industrial Property* (Keppres N0.15 tahun 1997), *Patent Cooperation Treaty* (*PCT*- Keppres N0.16 tahun 1997), *Trademark Law Treaty* (Keppres N0.17 tahun 1997), *Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (Keppres N0.18 tahun 1997), *WIPO Copyright Treaty* (Keppres N0.19 tahun 1997).

Pada tahun 2000, pemerintah mengesahkan beberapa UU di bidang HKI, yaitu UU N0.29 tahun 2000 tentang Perlindungan Varitas Baru Tanaman, UU N0.30 tahun 2000 tentang Rahasia Dagang, UU N0.31 tahun 2000 tentang Desain Industri, UU N0.32 tahun 2000 tentang Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu. Dengan disahkannya UU N0.29 tahun 2000 tentang Perlindungan Varitas Baru Tanaman, maka mengakhiri perjalanan panjang perlindungan yang selama ini diberikan paten untuk varitas baru tanaman. Dengan UU ini penemuan varitas baru tanaman tidak lagi dilindungi paten tetapi diberikan perlindungan lain selain paten, yaitu Perlindungan Varitas Baru Tanaman (PVT), yang tidak lagi ditangani Ditjen HKI tetapi ditangani Departemen Pertanian.

Tahun 2001, Pemerintah RI masih melakukan beberapa perbaikan UU di bidang HKI, yaitu dengan disahkannya UU N0.14 tahun 2001 tentang Paten dan UU N0.15 tahun 2001

tentang merek. Kedua UU ini dimaksudkan mencabut UU lama yang dirasakan kurang sesuai dengan ketentuan TRIPs. Perubahan yang tampak mendasar adalah dalam persoalan penyelesaian sengketa dan sifat delik. Pada penyelesaian sengketa maka mulai diperkenalkannya penggunaan peradilan Niaga untuk sengketa perdata di bidang *commercial*, termasuk HKI. Sifat delik untuk paten dan merek juga diubah dari **delik biasa** menjadi **delik aduan**. Hal ini membawa konsekuensi eksistensi penyelidikan ataupun penyidikan oleh aparat penegak hukum harus didahului dengan adanya pengaduan dari pemilik yang sah dengan bukti sertifikat kepemilikan.

Pada tahun 2002, Pemerintah mensahkan UU N0.19 tahun 2002 tentang Hak Cipta. UUHC ini mencabut UUHC lama yang ada. UUHC baru ini juga dalam rangka menyesuaikan dengan keadaan perkembangan zaman yang telah berubah, terutama keikutsertaan dalam TRIPs dan *WIPO Copyright Treaty*. Beberapa hal baru antara lain : penegasan **database** sebagai ciptaan yang dilindungi hak cipta, penggunaan peradilan niaga, **Injunction**, ancaman pidana tersendiri untuk perbanyakan program komputer untuk kepentingan komersial secara tidak sah dan melawan hukum.

Di tahun 2014, pemerintah bersama DPR menyetujui diterbitkannya UU No. 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta, menggantikan UUHC lama.

Di tahun 2016, terjadi perubahan pengaturan di bidang Merek, dengan diterbitkannya UU N0.20 tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi geografis.

Tabel 3:

Matriks Bidang dan Ciri-ciri Hak Milik Intelektual

Kriteria	Paten	Merek	Hak Cipta	Rahasia Dagang	Desain Industri	IC	Unfair
Registered Right							
Unregistered Right							
Invention/Novelty							

Kriteria	Paten	Merek	Hak Cipta	Rahasia Dagang	Desain Industri	IC	Unfair
<i>Sign/tanda(gambar, Kata,huruf,angka)</i>							
Sastra,Illmu pengetahuan, seni							
Orisinalitas							
Konfigurasi/ <i>Appearances Of products</i>							
Informasi bisnis/ teknologi							
<i>Lay-out Design/</i> semi Konduktor/chip							
Penetapan sementara Pengadilan/ <i>injunction</i>							
Delik aduan							
Delik biasa							
Substansial elemen							
Peradilan Niaga							
Pengadilan Negeri							
Hak Ekonomi							
Hak Moral							
Klasifikasi							

D. LANGKAH AUDIT HKI PERUSAHAAN

1. Pengantar Umum

Kotler menyebutkan bahwa terdapat beberapa factor yang berpengaruh terhadap kesejahteraan suatu bangsa , yaitu :
*Modal , yang terdiri dari ;*¹²³

- Natural Capital (Modal Alami)*: tanah, air , kayu, mineral dsb
- Physical Capital (Modal Fisik)* : mesin-mesin, bangunan, fasilitas publik lainnya;

¹²³ Kotler dkk., *The Marketing of Nations, A Strategic Approach to Building National Wealth*, The Free Press, New York, 1997, dalam *Bunga Rampai Hak Atas Kekayaan Intelektual*, Tulisan Nashir Budiman, , IIPS (*Indonesian Intellectual Property Society*) tahun 2001, hal 137

- c. *Human Capital (Modal Insani)*: nilai produktif Sumbang daya manusia, Hak kekayaan Intelektual (HKI);
- d. *Social Capital (Modal Sosial)* : nilai-nilai keluarga, masyarakat, berbagai organisasi yang dibentuk masyarakat.

Indonesia yang dikenal kaya raya dengan hasil alam, ternyata tetap saja menyandang status sebagai negara miskin pada saat badai krisis ekonomi dunia melanda negeri ini awal tahun 1997 lalu. Untuk itu sudah saatnya mulai merubah paradigma pembangunan yang hanya disandarkan pada Natural Capital/ modal alami, kearah *Human Capital* atau *Intellectual Capital*¹²⁴. Sebagaimana dapat disaksikan pada negara Singapura yang tidak memiliki sumber daya alam yang cukup namun dapat lebih sejahtera daripada Indonesia. Lembah Silicon (*Silicon Valley*) yang luasnya hanya separuh kerayaan Monaco, dengan penduduk hanya kurang lebih 1,3 Juta Jiwa, yang 400 .000 ribu penduduknya bekerja menciptakan Teknologi tinggi, dapat menjadi denyut nadi Ekonomi Amerika Serikat, bahkan *Gross Domestic Bruto* (GDB) nya mampu menduduki peringkat 12 Dunia. Dengan demikian , pengelolaan Hki yang baik dapat mendatangkan daya saing bagi suatu negara dalam percaturan dunia , khususnya dalam melakukan perdagangan dengan negara lain.

Melihat potensi HKI dalam suatu perusahaan yang kadangkala memiliki nilai ekonomi yang sangat tinggi perlu dilakukan suatu review mengenai hal tersebut. Tetapi, kadangkala audit HKI juga dibutuhkan untuk mengetahui tingkat kesehatan perusahaan dari aspek HKI, apakah terdapat potensi HKI yang dapat mengganggu jalannya perusahaan karena HKI tersebut tidak secara sadar diketahui berada di lingkungan perusahaan dalam kondisi illegal (misalnya software illegal yang terpasang ada komputer- komputer di perusahaan , noda dering / RBT yang terpasang pada jaringan telepon perusahaan). Untuk

124 Thomas A.Stewart, *Intellectual Capital, The New Wealth of Organization*, Nicholas Brealey Publishing, London 1997, ibid hal 137

itu dibutuhkan langkah-langkah audit untuk mengantisipasi beberapa hal di atas.

Untuk melakukan audit HKI dibutuhkan modal dasar, yaitu; memahami aspek ekonomi dari masing-masing cabang HKI, memahami prinsip dasar cabang-cabang HKI, menentukan langkah audit yang tepat.

Dari aspek ekonomi, sebenarnya HKI merupakan asset perusahaan yang sifatnya *intangible asset*, yaitu asset perusahaan yang non fisik, tidak kelihatan, tidak berwujud. Tetapi kadangkala asset yang tidak non fisik ini justru mempunyai nilai yang amat tinggi dari aspek ekonomi, lihat saja merek Microsoft, IBM, Coca Cola, Gudang garam, Djarum. Terlebih lagi bila merek-merek tersebut telah terkenal dan mencapai tahap *emotional branding*, sudah memberikan jaminan kualitas pada barang atau jasa tertentu maka nilainya menjadi membubung tinggi. Namun demikian, nilai ekonomi tidak saja pasti berupa income atau pendapatan pada perusahaan, tetapi dapat juga berupa kerugian yang ditanggung perusahaan karena persoalan yang bersumber dari HKI. Contohnya potensi gulung tikarnya perusahaan karena sengketa HKI dengan pihak lain, atau pembayaran ganti kerugian karena kalah besengketa dengan pihak lain dalam perkara HKI. Kerugian dapat juga timbul karena bocornya rahasia perusahaan ke tangan pesaing usaha.

Dengan demikian tujuan utama audit hki tida lain adalah untuk memberikan kenyamanan berusaha, ketenangan berusaha, sehingga perusahaan dapat focus pada urusan produksi, pemasaran, perluasan usaha dsb. Tujuan audit juga dalam rangka memahami hak-hak yang dimiliki perusahaan berkaitan dengan HKI, juga untuk mengenathu kewajiban yang seharusnya dipenuhi perusahaan yang berkaitan dengan HKI pihak lain dalam perusahaan. Ini artinya filosofi audit HKi bagi perusahaan sama halnya dengan *general checkup* untuk tubuh kita sehingga diketahui tingkat kesehatannya, audit artinya membiasakan bersikap hati- hati supaya sehat.

Dengan demikian, sebenarnya audit HKI berisi suatu tindakan untuk melakukan review berbagai macam type HKI yang dimiliki perusahaan tertentu, kemudian melakukan evaluasi, dan menentukan langkah yang tepat untuk melakukan tindakan perlindungan .

Tindakan audit dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu dilakukan sendiri oleh perusahaan tanpa melibatkan pihak luar perusahaan (*company itself*), atau dengan cara meminta lawfirm untuk melakukan audit pada perusahaan (*outside counsel*).

Apabila perusahaan memutuskan untuk melakukan audit HKI sendiri tanpa melibatkan pihak di luar perusahaan (*company itself*), maka perlu diperhatikan hal-hal ebagai berikut;

- a. harus dibentuk sebuah teamwork yang akan melakukan tugas audit, dan itu dilakukan oleh mereka yang memahami HKI;
- b. perlu dibuat bagian HKI tersendiri yang bertugas memelihara daftar asset HKI yang dimiliki perusahaan dan bertugas melakuka pembaharuan secara rutin atau piriodik;
- c. membuat daftar pertanyaan audit form;
- d. membuat daftar tindakan perusahaan untuk melindungi HKI sebagai hasil audit.

Apabila audit tidak dilakukan sendiri oleh team dari perusahaan, maka dapat diminta bantuan pihak luar perusahaan untuk melakukan audit HKI, dan biasanya adalah lawfirm yang memahami seluk beluk tentang HKI. Untuk itu, biasanya lawfirm akan meminta beberapa hal yang perlu disiapkan oleh perusahaan, antara lain ;

- a. lawfirm bekerja dengan meminta berbagai dokumen untuk dilakukan pemeriksaan, kadangkala dilakukan dengan kuesioner yang disiapkan;
- b. untuk itu harus telah disiapkan orang dalam perusahaan dengan jabatan tertentu untuk ditunjuk sebagai sumber informasi yang dibutuhkan oleh lawfirm;

- c. lawfirm akan memberikan laporan tertulis pada perusahaan (klien) tentang temuan-temuan asset HKI perusahaan;
- d. membuat kesimpulan hasil temuan-temuan;
- e. memberikan saran terbaik untuk mengambil langkah perlindungan.

E. Langkah Awal Audit

1. Cara melaksanakan audit diawali dengan membagi audit pada bidang-bidang /departement yang ada pada perusahaan.
2. Kemudian tentukan responden atau orang-orang yang akan diminta memberikan informasi dari departemen tersebut .
3. Sebut nama, jabatan, asal departemen, tanggal, hari, bulan dilakukannya audit .

Selanjutnya perlu dibuat form yang memuat beberapa informasi yang menyebutkan tentang nama karyawan yang di tunjuk untuk diminta membantu menyampaikan informasi, nama asal departemen, serta tanggal, hari, bulan dan tahun melakukan audit (*Employee's name, Employee's department, Date audit completed*).

Langkah selanjutnya adalah menyiapkan audit pada beberapa divisi yang ada dalam perusahaan. Hampir di semua bagian (*deparment*) perusahaan terdapat potensi HKI yang perlu diamati untuk bahan memberikan *legal opinion* dan menentukan langkah solusi yang tepat.

1. Bagian Sales and Marketing

- a. beberapa dokumen yang perlu ditemukan untuk dilakukan audit adalah:
 - 1) brosur-brosur pemasaran yang telah dikeluarkan perusahaan, sertakan perangkatnya apabila terdapat tampilan dalam bentuk Video, CD-ROMs, Power point, naskah iklan untuk radio, TV, copy dari iklan-iklan yang dibuat atau ditempatkan pada media tertentu misalnya pada media cetak, TV, Radio, Internet,

- 2) presentasi tertulis yang pernah dibuat untuk kepentingan sales atau marketing,
 - 3) setiap material tertulis yang digunakan pada departemen tersebut dalam jangka waktu 3 tahun dalam kaitannya kegiatan promosi yang dilakukan bisnis perusahaan;
- b. Temukan dan review setiap material yang menyertakan atau menggunakan *nama perusahaan, logo perusahaan, slogan, atau apapun yang berkaitan dengan nama perusahaan*, dalam kaitannya dengan kegiatan-kegiatan promosi, misalnya *lambang, logo, slogan* yang sering dicantumkan pada beberapa produk promosi misalnya pakaian, T-shirt, pulpen, blok note, mug, termos, topi, tas, atau yang lain;
 - c. Sertakan setiap material yang berkaitan dengan tindakan/langkah-langkah perusahaan yang berkaitan dengan ***teknik pemasaran/penjualan seperti halnya daftar harga, daftar pelanggan, rencana pemasaran***;
 - d. Sertakan setiap material yang berkaitan dengan ***usulan, rancangan pemasaran, brosur, atau benda-benda atau produk untuk pemasaran***;
 - e. Sertakan setiap ***kontrak atau perjanjian*** yang dibuat departemen atau perjanjian dimana departemen tersebut ikut serta sebagai pihak dalam kaitannya dengan ***pelayanan pada pihak lain*** untuk mempersiapkan atau membuat rancangan material yang digunakan oleh departemen tersebut;

2. Human Resources

- a. temukan *copy setiap material yang berkaitan dengan rekrutment karyawan baru, baik yang telah diterima ataupun yang telah dikirim*;
- b. cari dan sertakan semua yang berkaitan manual/petunjuk/pedoman yang diperuntukkan untuk karyawan, bisa berupa handbooks (buku pedoman karyawan perusahaan), peringatan-peringatan atau catatan-catatan yang berkaitan dengan pekerjaan di perusahaan;

- c. temukan material, baik tertulis atau dalam bentuk presentasi power point, atau yang lain , yang berkaitan program perusahaan kaitannya dengan kegiatan bimbingan /nasehat/ untuk karyawan, pelatihan-pelatihan,kursus, dsb;
- d. temukan materai dalam bentuk apapun atau material tertulis yang berkaitan dengan wawancara-wawancara terhadap karyawan yang mempunyai prospek bagus, surat-surat penawaran, laporan mengenai review terhadap karyawan dan penilaian terhadap performance karyawan, atau dokumen kaitannya dengan pelaksanaan interview yang dilakukan kaitannya dengan karyawan yang mengundurkan diri dari perusahaan;
- e. Temukan newsletters yang diterbitkan perusahaan bila ada, kebijakan-kebijakan, atau komunikasi tertulis pada karyawan perusahaan,. Jika material tersebut dikomunikasikan secara elektronik maka perlu bentuk copy tertulis dari material tersebut;

3. **Contracts and Administrative**

- a. Teliti semua bentuk standart dan ***templates*** yang digunakan dalam bisnis perusahaan, termasuk di dalamnya *bentuk-bentuk penyediaan jasa pelayanan , order pembelian, pernyataan kerja, invoice, perjanjian menjaga kerahasiaan perusahaan dengan pihak luar perusahaan, perjanjian-perjanjian dengan mana perusahaan melibatkan diri dengan pihak ketiga untuk berbagai tujuan, perjanjian yang telah disepakati kaitannya dengan pelayanan dari kontraktor independen, blangko surat-surat, bentuk dari kartu bisnis yang diterbitkan perusahaan bagi karyawan, berbagai bentuk apapun atau perjanjian/kontrak yang digunakan secara rutin atau kontinyu;*
- b. Metodologi apapun terhadap material yang digunakan perusahaan, apakah dalam ***bentuk tertulis atau dengan media lain;***

- c. Identifikasi setiap **jurnal atau publikasi** perdagangan / bisnis atau publikasi perdagangan atau bisnis yang mana perusahaan berlangganan dan menjelaskan mengenai bagaimana hal tersebut didistribusikan atau bagaimana didistribusikan dalam perusahaan;
- d. Tentukan apakah **music yang dimainkan dalam line telepon** perusahaan pada saat mana penelepon menunggu atau apakah setiap musik telepon tersebut disambungkan ke setiap kantor perusahaan;
- e. Jelaskan proses dengan mana perusahaan menggunakan **program komputer** untuk pekerjaan karyawan. Apakah program tersebut diinstal pada komputer karyawan (apakah pada desktop atau laptop). Temukan **copy semua perjanjian lisensi program komputer** yang digunakan perusahaan sehingga mempunyai hak menggunakan software atau produk lain yang dimiliki pihak lain ;
- f. Apakah perusahaan telah memperoleh **ijin dari pihak lain kaitannya dengan penggunaan merek, hak cipta atau paten**, jika belum maka siapkan semua dokumen yang diperlukan;
- g. Apakah perusahaan telah memiliki **hak lisensi dalam kaitannya dengan produk atau penemuan/invensi-invensi yang dimiliki perusahaan lain**, jika belum maka siapkan semua perjanjian lisensinya.

4. Graphics, Production, and Information Services

- a. Temukan setiap material yang berkaitan dengan setiap logo, slogan, desain, atau material-material yang digunakan perusahaan;
- b. Temukan setiap **printout** dari setiap layar yang mendisplay **website perusahaan** (termasuk yang sebelumnya pernah digunakan) dan jelaskan /uraikan proses dengan mana perusahaan menciptakan atau mengembangkan web tersebut (hanya bila itu dikembangkan oleh intern perusahaan sendiri);
- c. Identifikasi setiap **website yang dimiliki pihak lain yang ada**

kaitannya dengan perusahaan, yang berkaitan dengan produk, logo, slogan, merek;

- d. lakukan ***search internet*** sejauh diinginkan untuk menentukan apakah perusahaan lain menggunakan merek yang digunakan perusahaan pada situs mereka, apakah perusahaan lain juga melakukan link dengan situs yang dimiliki perusahaan, dan apakah terdapat ***kesamaan domain name*** dengan yang digunakan perusahaan;
- e. Sertakan semua dokumen kaitannya dengan pendaftaran domain name perusahaan.

5. Research, Engineering, and Development

- a. Sertakan semua material yang dikembangkan dan didesain untuk kepentingan perusahaan dalam jangka waktu 5 tahun, termasuk penemuan-penemuan (penciptaan sesuatu yang baru), discoveries (penemuan berupa alat-alat), program komputer serta perbaikan-perbaikan program tersebut atau program yang dibuat atas dasar pesanan, apakah itu program komputer yang dimiliki perusahaan atau program yang dimiliki pihak lain di luar perusahaan;
- b. Teliti semua produk perusahaan yang memiliki nilai guna, invensi-invensi, atau temuan-temuan untuk perusahaan dan deskripsikan dengan detail setiap proses atau metoda dengan mana perusahaan melakukan bisnisnya;
- c. Teliti semua catatan-catatan atau material lain yang menjelaskan mengenai proses dengan mana ciptaan-ciptaan, invensi-invensi atau temuan-temuan yang telah diciptakan untuk perusahaan.

6. All Departments

- a. Jelaskan, deskripsikan, temukan semua slogan, logo, desain, atau merek-merek lain yang digunakan perusahaan dalam 5 tahun terakhir;
- b. Temukan semua copy dari material yang ditulis dalam kaitannya dengan semua kegiatan promosi atau penawaran produk atau jasa perusahaan pada pihak lain;

- c. Identifikasi dan deskripsikan setiap item yang unik/khas, invensi-invensi, discoveries, metode menjalankan bisnis, atau proses dengan mana perusahaan melakukan operasi bisnisnya;
- d. Identifikasi setiap artikel, studi kasus, atau persoalan-persoalan yang telah ditulis dalam 3 tahun terakhir, apakah untuk perusahaan atau dipublikasikan secara independen, yang berkaitan dengan bisnis yang dijalankan perusahaan. Deskripsikan setiap presentasi yang telah diberikan dalam tiga tahun terakhir dalam kaitannya dengan perusahaan, bisnis yang dilakukannya, dan sertakan copy dari setiap material tertulis yang disitribusikan kaitannya dengan presentasi tersebut.
- e. Apakah perusahaan telah menyediakan almari atau tempat khusus untuk menyimpan material yang bersifat rahasia ?.
- f. Deskripsikan claim pihak lain dalam jangka waktu 3 tahun terakhir kaitannya dengan pelanggaran HKI yang dilakukan oleh perusahaan (jika ada). Misalnya yang berkaitan dengan merek, hak cipta, paten atau rahasia dagang);
- g. Identifikasi dan deskripsikan setiap metoda melakukan bisnis atau setiap informasi perusahaan yang kemungkinan diketahui pesaing usaha yang kemungkinan menimbulkan kerugian bagi perusahaan.

Setelah semua dokumen yang dibutuhkan terkumpul, maka langkah besar berikutnya adalah menentukan langkah –langkah nyata untuk tindakan pengamanan di hampir semua sector aktifitas perusahaan, hal ini sering dikenal dengan istilah *an action plan to protect intellectual property*. Sedangkan tindakan riilnya umumnya berkaitan dengan bidang-bidang khusus dari HKI, antara lain berkaitan dengan merek dagang (trademarks) , Merek Jasa (Service Marks), Slogans, dan logo/symbol perusahaan.

1. Merek

Perusahaan harus mengidentifikasi merek-merek dagang, merek jasa, domain name, dan logo yang digunakan dan yang

telah digunakan dalam melakukan bisnisnya, perlu diperhatikan perlindungan merek harus sesuai dengan jenis barang atau jasa yang diperdagangkan. Bila perlu mencakup pula barang atau jasa yang akan diperdagangkan dikemudian hari;

- a. Perusahaan harus memberikan jaminan bahwa merek yang digunakan tidak melanggar merek pihak lain dengan cara secara rutin melakukan searching atau pengecekan;
- b. Merek yang digunakan untuk perdagangan antar negara, harus diutamakan perlindungan hukumnya dengan cara melakukan pendaftaran di kantor merek. Merek yang signifikan seperti itu harus dipertimbangkan pula didaftarkan di negara tujuan perdagangan. Akan tetapi merek-merek yang sifatnya hanya sementara atau hanya digunakan jangka pendek tidak membutuhkan jamiann pendaftaran merek.
- c. Untuk semua merek, apakah terdaftar atau tidak, tempatkan tanda peringatan secukupnya ketika merek dipertontonkan pada material tertulis, pada website, atau ditempatkan pada produk (gunakan (R) hanya untuk merek yan telah terdaftar, atau TM untuk merek yang tidak terdaftar);
- d. Lakukan review semua material yang mempertontonkan merek untuk menunjukkan bahwa merek digunakan secara konsisten. Jika pihak lain diizinkan menggunakan merek milik perusahaan, pastikan bawa merek tersebut digunakan secara benar dengan melakukan review secara piriodik pada meterial tersebut. Pastikan bahwa merek tersebut digunakan pada barang ata jasa yang sama dengan yang terdaftar, juga tidak ada penambahan, pengurangan atau perubahan merek yang dipakai.
- e. Pastikan tidak meniru merek terkenal asing, baik yang telah terdaftar di indonesia atau belum terdaftar, untuk barang atau jasa sejenis atau tidak sejenis.
- f. Hindari advertising berlebihan atau penggunaan merek oleh pihak lain, secara sah sekalipun, tanpa kontrol guna mencegah merek menjadi *generic*.

2. Copyrights / Hak Cipta

- a. perusahaan sebaiknya mempertimbangkan pendaftaran ciptaan untuk *material-material tertulis* (termasuk di dalamnya material pemasaran dan presentasi-presentasi pemasaran) dan setiap bentuk *form* atau *form* perjanjian - perjanjian , program komputer, dan isi website;
- b. Apakah material tersebut didaftarkan atau tidak, *copyright notice* sebaiknya ditunjukkan pada semua material tertulis, software yang dijual perusahaan, dan website perusahaan (contoh : (C). 2000. Microsoft);
- c. Website perusahaan seharusnya mencantumkan pula secara garis besar mengenai persyaratan penggunaanya;
- d. Jika musik dimainkan pada telepon perusahaan, perusahaan harus mengurus royaltynya pada pencipta atau lembaga yang diberikan kuasa memungutnya;
- e. Jika perusahaan melakukan banyak copy artikel dari majalah atau jurnal perdagangan, maka perusahaan harus mengurus royalty pada copyright clearance center untuk mendapatkan izin. Peringatan tersebut sebaiknya ditempatkan dekat mesin foto copy untuk mengingatkan pemakainya.

3. Patents

- a. Jika perusahaan menemukan invensi yang layak dipatenkan, atau mengembangkan temuan baru atau proses yang bermanfaat , sebaiknya dipertimbangkan untuk mendapatkan hak paten;
- b. Perusahaan sebaiknya tidak menggunakan *peringatan paten* kecuali bila paten telah diberikan;
- c. Perusahaan sebaiknya hati-hati melakukan publikasi mengenai metoda baru atau temuan-temuan baru untuk menghindari gugurnya kebaruan.
- d. Lakukan searching terhadap invensi yang berkaitan dengan invensi yang dimiliki perusahaan untuk menemukan *prior art*.

- e. Paten atau tidak, pertimbangkan sisi ekonominya karena biaya pengurusan paten dan biaya tahunan baik paten biasa atau paten sederhana cukup mahal.

4. Rahasia Dagang (Trade Secrets)

- a. Perusahaan harus mengimplementasikan dan menegakkan kebijakan untuk melindungi rahasia perusahaan. Khususnya perusahaan harus melakukan hal-hal sebagai berikut :
 - 1) menjamin bahwa karyawan yang mempunyai akses ke rahasia perusahaan telah menandatangani perjanjian untuk menjaga rahasia perusahaan dan memahami kewajibannya untuk menjaga kerahasiaan tersebut;
 - 2) menjamin bahwa karyawan memahami kewajibannya untuk tidak melakukan copy material pihak lain, termasuk didalamnya program komputer dan material yang dilarang dari web orang lain;
 - 3) mengenakan denda dan prosedur atau tata cara keluar untuk mengingatkan karyawan akan kewajibannya untuk melindungi rahasia perusahaan.
- b. Lakukan stempel “ rahasia “ pada material tertulis;
- c. Lakukan pengawasan atas akses pada material rahasia perusahaan dan jamin bahwa hal itu hanya dibuka pada siapa yang telah menandatangani perjanjian menjaga rahasia perusahaan;
- d. simpan materi rahasia tersebut dalam almari yang terkunci, gunakan security system tertentu
- e. data base dalam komputer sebaiknya diberi pas word;
- f. Apabila perusahaan sedang mengembangkan produk tertentu dan membutuhkan tester pihak luar maka pastikan tester telah menanda tangani kontrak menjaga rahasia perusahaan;

5. Contracts and Miscellaneous

- a. Perusahaan harus melakukan review semua kontrak atau perjanjian dengan pihak lain untuk memastikan bahwa setia pihak dalam kontrak telah menyetujui untuk melindungi

- informasi yang bernilai rahasia dan menyetujui untuk membocorkan ada pihak lain;
- b. Perusahaan sebaiknya menutup asuransi untuk melindungi terhadap klaim pihak lain terhadap perusahaan atas pelanggaran HKI yang telah dilakukan perusahaan;
 - c. Perusahaan semestinya melakukan review setiap perjanjian untuk menemukan apakah dibutuhkan lisensi HKI atau tidak dari pihak lain, untuk mengantisipasi klaim pemilik HKI yang dilanggar;
 - d. perusahaan sebaiknya menunjuk pihak tertentu atau melakukan sendiri untuk melakukan audit HKI secara periodik, dalam rangka memastikan bahwa kebijakan perusahaan telah sejalan dengan upaya melindungi rahasia perusahaan yang telah di perbaharui sesuai dengan kebutuhan;
 - e. Perusahaan sebaiknya menyiapkan bagian dokumen yang berkaitan dengan HKI untuk memudahkan semua hal yang berkaitan dengan HKI;
 - f. perusahaan sebaiknya melakukan online dengan kantor HKI untuk melakukan search data yang ada kaitannya dengan merek, hak cipta, atau paten yang dimiliki perusahaan.
 - g. Jika perusahaan berganti nama atau pindah alamat, maka harus diberitahukan secara prosedural pada kantor HKI untuk meng *update* data yang dibutuhkan.

DAFTAR REFERENSI

Attorney Stephen Elias, *Patent, Copyright & Trademarks*, Nolo press 2001.

Bambang kesowo, *Kebijakan di bidang Hak Milik Intelektual dalam hubungannya dengan Dunia Perdagangan Internasional khususnya GATT*, Panel Diskusi Bidang Hukum Hak Milik Inelektual DPP Golkar, Jakarta 4 Februari 1992.

Berne Convention of September 9,1886, terakhir direvisi di Paris on July 24 ,1971.

BSA(Business Software Report) 1997.

David I Bainbridge,*Intellectual Property,fourth Edition,Pitman Publishing 1999.*

Deborah E.Bouchoux,*Protecting your Company's Intellectual Property, A practical Guide to Trademarks, Copyrights, Patents& Trade Secrets . Amacom.2001.*

Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual (HKI) , “*Buku Panduan hak kekayaan Intelektual tahun 2003* “ Ditjen HKI,

Earl W.Kintner and Jack Lahr, *An Intellectual Property Law Primer*, Clark Boardman Company, Newyork 1994.

Edy Damian,”*Hukum hak Cipta mnururt beberapa Konvensi Internasional,UUHC tahun 1997 dan Perlindungannya terhadap Buku serta Perjanjian Penerbitannya*”,Alumni Bandung 2001

Erwin Wicaksono” *Perlindungan hak Cipta terhadap Karya Sinematografi*”,. Skripsi Fakultas Hukum UNDIP 2004

Francois Desemontet,, *Basic Course in Intellectual Property, University of Fribourg(Switzerland) Shool of Law, Paper Training IPR*, Jakarta September –Desember 1994.

<http://www.wipo.org.id>

<http://www.WIPO.org.uk>.WIPO

Inter American Convention on the Rights of the Authors in Literary, Scientific Works 1905 dan Buenos Aires Convention 1910, yang direvisi di Havana 1928, Washington 1946.

Jeremy Phillips, *Introduction to Intellectual Property Law*, Butterwoths London 1986

John Holyoak, *Intellectual Property Law*, Buterworths London Dublin, Eidenburg 1995

Kotler dkk., *The Marketing of Nations, A Strategic Approach to Building National Wealth*, The Free Press, New York, 1997.

Krisna Aditya, "Perindungan Hukum hak Cipta atas karya Lagu menurut UU N019 tahun 2002 tentang hak Cipta". Skripsi Fakultas Hukum UNDIP 2004

M.Uchida, *Concept of Intellectual Property Right, Paper on IPR Course*, Tokyo Japan, November-Desember 1997.

Muhamad Djumhana dan R.Djubaedilah, *Hak Milik Intelektual*, PT Citra Aditya bandung 1993.

Paris Convention for the Protection of Industrial Property of March 20, 1883. As Revised at Brussels on December 14, 1900, at Washington on June 2, 1911, at The Hague on November 6, 1925, at London on June 2, 1934, at Lisbon on October 31, 1958, and at Stockholm on July 14, 1967, and as Amended on September 28, 1979.

Perhimpunan Masyarakat HAKI Indonesia (Indonesian Intellectual Property Society), *Bunga Rampai: Hak Atas Kekayaan Intelektual, Kumpulan Esai*, Jakarta 2001.

Proposal " *Enforcement of Intellectual Property Rights* ", *Proposition for a Directive of the European Parliement and of the Council of 30 january 2003*.

Riichi Ushiki, *Intellectual Property Sistem, Paper on IPR Couse*, Tokyo Japan November-Desember 1997.

Ross Wilson, *Experience and practice of registration and Litigation procedures of IPR in Australia, Role of Intellectual Property Rights in the Global Competitive markets of 2000's, Paper* , Faculty of Law Diponegoro University Semarang Indonesia 16 September 1997.

Roy Hunt, *Protecting Intellectual Prioperty in United States*, Paper, *Diponegoro University Faculty of Law Semarang*, May 5th 1997.

Srijoy Das, *A practical Guide to Intellectual Property Audits*,

Stuart E .Eizenstat, Deputi Menteri keuangan AS, *Perlindungan Hak Milik Intelektual dan Negara-negara Ekonomi yang baru tumbuh* .

Suara Karya 2 Agustus 2003, *Memerangi Pembajakan dengan UU Hak Cipta*.

Suara Pembaharuan, Senin 27 Juni 1994

Suwantin Oemar, Indonesia masuk *Priority watch list*, USTR :” *Penegakan Hukum HKI lemah*”, *Analisa Jasa*, Rabu 14-5-2003.

Thomas A.Stewart, *Intellectual Capital, The New Wealth of Organization*.

UCC (*Universal Copyright Convention*) revisi terakhir pada tanggal 24 Juli 1971 di Paris.

Weston, *Outline of a Prospective Intellectual Property course*, Paper Training IPR, UI-UNDP, SETNEG, Jakarta September-Nopember 1994.

WIPO, *General Information*, Geneva 1978.

WIPO, *Guide on Surveying the Economic Contribution of the Copyright-Based Industries*, Geneva 2003.

BAB IV.

ASPEK HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL [HKI] DALAM FORMAT BISNIS WARALABA (*FRANCHISE*)

A. Pengantar

Apabila kita membicarakan *franchise* maka ingatan kita kebanyakan akan tertuju pada berbagai macam makanan siap saji ala Amrik, seperti halnya Mac.D, Burger King, Dunkin Donat, Kentucky Fied Chicken dst. Pemahaman seperti itu tidaklah salah sama sekali dikarenakan makanan siap saji tersebut telah lama hadir di negeri ini melalui format franchise, disamping format lisensi yang telah lama diperkenalkan dalam aktifitas bisnis di indonesia¹²⁵, walaupun franchise lokalpun sekarang tidaklah

125 Dalam praktek seringkali tidak dipermasalahkan perbedaan antara franchise dengan lisensi. Perbedaan diantara keduanya pada akhirnya hanya pada tataran akademik semata. Memang antara franchise dengan lisensi ibarat sekeping mata uang logam, yang perbedaannya tidak terlampau banyak, hanya gambar di dua sisi yang berbeda. Franchise adalah lisensi “plus”. Plus ,artinya adalah cirri khas yang melekat pada produk atau jasa tersebut juga harus digunakan, misalnya cara penyajian, interior, kostum,kemasan, dst. Sedangkan pada lisensi umumnya tidak mempersoalkan sampai hal-hal detail tersebut.

kalah populernya, sebut saja; Alfa Mart, Indomart, Ayam Bakar Wong Solo, Es teller 77, Metode Kumon, Mr. Celup's dst.

Kebanyakan konsumen di Indonesia, menyukai produk makanan siap saji seperti halnya Mac. Donald, KFC atau Pizza Hut. Hal tersebut salah satunya disebabkan oleh logo, symbol, kata, huruf- huruf , angka-angka, atau kombinasi warna yang melekat pada merek tersebut yang memberikan jaminan kualitas terhadap produk atau jasa yang ditawarkan. Artinya, dalam bahasa manajemen, merek–merek tersebut telah mencapai tahapan *emotional branding* , sebuah tahapan yang belum tentu dapat dicapai oleh kebanyakan merek. Dengan demikian membicarakan bisnis franchise maka aspek HKI menjadi begitu penting dan bagian yang tidak terpisahkan dengan aktifitas bisnis franchise tersebut. Bagaimana tidak, orang berani investasi dengan menggelontorkan dana sebesar Rp.600. juta (kapasitas 125 seat), untuk sebuah franchise Ayam bakar Wong Solo Paket C¹²⁶, kalau tidak disebabkan *brand image* yang ditimbulkan oleh Merek Ayam bakar Wong Solo telah direspon pasar .

Fungsi merek pada awalnya sekedar sebagai pemberian nama produk , jasa, atau memberikan identitas barang atau jasa, untuk kemudian merek dapat berfungsi sebagai daya pembeda dengan merek yang lain untuk barang atau jasa yang sejenis. Akan tetapi, kemungkinan sebuah merek dapat mencapai level yang tinggi, yaitu memberikan jaminan kualitas (*warranty*), memberikan citra/ image tertentu, yang tidak jarang pula mencapai level tertinggi yaitu *emotional branding*. Apabila sebuah merek telah mencapai level ini maka nilai ekonomi sebuah merek menjadi sangat tinggi. Secara ekonomis bahkan dapat melebihi nilai asset fisik perusahaan , baik yang berupa tanah atau benda yang lain. Dengan demikian merek yang pada tahap awalnya sebagai sesuatu yang *tangible* / *physical* , sesuatu yang kelihatan : berupa gambar, kata, angka-angka, huruf-huruf, warna, atau kombinasi semuanya, dapat berubah menjadi sesuatu yang *intangible* / *non physical*, yaitu berupa citra/ *brand image* tertentu. Beberapa brand local telah mencapai *emotional branding* ; Dji Sam Soe, Gudang Garam, Rinso, Peposoden dst. Merek yang digunakan

126 Darmawan Budi Suseno, *Waralaba, Bisnis Minim Risiko Maksim di Laba*, Pilar Humania Jogjakarta 2006, hal 40

pada produk barang atau jasa yang telah mencapai level memberikan jaminan kualitas produk, bahkan sampai tahapan *emotional branding*, sangatlah berpeluang besar merebut pasar dengan cara *franchise* pada pihak lain.

B. Permasalahan

1. Bagaimana korelasi aspek Hak Kekayaan Intelektual dengan format bisnis franchise ?
2. Aspek HKI mana saja yang berkorelasi dengan format bisnis franchise ?

C. Pembahasan

1. korelasi Aspek Hak Kekayaan Intelektual dengan format bisnis franchise

Pemahaman mengenai waralaba antara yang dipahami oleh masyarakat pada umumnya dengan pemahaman menurut ketentuan peraturan perundang-undangan ternyata berbeda. Umumnya masyarakat memberikan pemahaman mengenai waralaba adalah sebagai penyewaan format bisnis tertentu milik pihak lain untuk jangka waktu tertentu dengan membayar kompensasi tertentu yang dikenal dengan royalti. Sedangkan menurut ketentuan Peraturan Pemerintah No.42 tahun 2007 tentang waralaba, Pasal 3 nya menyebutkan kriteria yang harus dipenuhi untuk disebut waralaba, yaitu :

- Memiliki ciri khas usaha;
- Terbukti sudah memberikan keuntungan;
- Memiliki standar atas pelayanan dan barang dan atau jasa yang ditawarkan yang dibuat secara tertulis;
- Mudah diajarkan dan diaplikasikan;
- Adanya dukungan yang berkesinambungan ;
- Hak kekayaan Intelektual (HKI) yang telah terdaftar.

Kriteria yang sama dengan di atas juga disebutkan dalam Pasal 2 (1) Peraturan Menteri Perdagangan RI Nomor:

31/M-DAG/PER/8/2008. Bahkan dalam Pasal 2 (2) nya disebutkan bahwa :

“Orang perseorangan atau badan usaha **dilarang** menggunakan istilah dan atau nama waralaba untuk nama dan atau kegiatan usahanya, apabila tidak memenuhi criteria sebagaimana dimaksud pada ayat (1) “.

Ketentuan ini **mengenai larangan**, tentunya ada sanksinya bagi yang melanggar. Namun demikian sangat disayangkan sanksi pelanggaran ketentuan Pasal 2 Ayat (2) Peraturan Menteri Perdagangan tersebut tidak tegas menyebutkannya . Dalam Pasal 28 nya disebutkan bahwa :

“ Orang perseorangan atau badan usaha yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (2), **dikenakan sanksi sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan** “.

Suatu hal yang tidak jelas, peraturan perundang-undangan yang mana ?.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa **HKI yang terdaftar merupakan syarat utama untuk adanya waralaba. Tanpa HKI yang terdaftar tidak ada waralaba**, setidaknya ini merupakan konsep waralaba yang dikenal Pemerintah RI. Dalam penjelasan Pasal 3 disebutkan bahwa

“ HKI yang telah terdaftar “ adalah HKI yang terkait dengan usaha seperti merek, hak cipta, paten, dan rahasia dagang, sudah didaftarkan dan mempunyai sertifikat atau sedang dalam proses pendaftaran di instansi yang berwenang.

Pemahaman istilah “ HKI yang terdaftar “ perlu diberikan penjelasan lebih lanjut, dikarenakan menimbulkan kesan bahwa semua cabang HKI mendapatkan perlindungan hukumnya

melalui proses pendaftaran, padahal beberapa cabang HKI tidak memerlukan perlindungan hukum dengan registrasi, seperti halnya hak cipta dan rahasia dagang.

Dalam konsep HKI dapat dibagi dalam dua kategori, yaitu yang *register right*, yaitu bidang HKI yang perlindungan hukumnya hanya timbul apabila dilakukan pendaftaran (merek, paten, desain industry, desain tata letak sirkuit terpadu), yang bersifat *automatic protection*, yaitu perlindungan hukumnya muncul tanpa perlu dilakukan registrasi (hak cipta, rahasia dagang).

Dengan demikian untuk merek (barang atau jasa), paten, desain industry, desain tata letak sirkuit terpadu dapat dimaklumi apabila ketentuan PP No. 42 tahun 2007 tentang Waralaba mensyaratkan HKI yang “ terdaftar “, dengan bukti kepemilikan hak berupa sertifikat .

Namun demikian, untuk hak cipta dan rahasia dagang tidak perlu dilakukan pendaftaran¹²⁷ untuk memperoleh kepemilikan hak, karena sudah dilindungi setelah karya cipta atau informasi tersebut diciptakan atau ditemukan. Untuk hak cipta memang dapat dilakukan pendaftaran, tetapi pendaftaran bukan merupakan keharusan untuk adanya perlindungan hukum. Pendaftaran hanya merupakan sarana formalitas dan bukan legalitas. Pendaftaran hak cipta hanya administrasi dan bukan sarana legalisasi. Bukti terdaftarnya ciptaan yang diterbitkan oleh Ditjen HKI tidak berupa sertifikat tetapi berupa **Surat Pendaftaran Ciptaan**.

Rahasia dagang juga tidak mengenal pendaftaran untuk adanya perlindungan hukum. Apabila rahasia dagang didaftarkan maka akan berubah bentuk, kemungkinan terbesar menjadi paten. Hal ini berarti informasi yang tadinya dirahasiakan harus dipublikasi, dengan demikian bukan sesuatu yang rahasia lagi.

127 Istilah “ pendaftaran “ dalam UU Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta diganti dengan istilah “ Pencatatan “.

Rahasia dagang adalah sebuah informasi yang memang sifatnya untuk dirahasiakan, bukan dipublikasikan. Rahasia dagang dilindungi justru karena sifatnya yang rahasia, inilah uniknya. Apabila dikemudian hari Pemerintah mewajibkan pendaftaran rahasia dagang maka tentu bukan rahasia dagangnya yang diregistrasi akan tetapi kontraknya atau perjanjiannya.

2. Aspek HKI dalam Bisnis Franchise

Dalam bisnis franchise terdapat beberapa aspek HKI yang terlibat di dalamnya, yaitu : merek, hak cipta, paten (biasa atau sederhana), desain industri, dan rahasia dagang. Masing-masing bidang HKI tersebut mempunyai karakter sendiri - sendiri serta bentuk perlindungan hukumnya yang berbeda satu dengan yang lain. Dibawah ini diuraikan aspek HKI yang paling pokok dalam dunia bisnis waralaba, yaitu merek dan rahasia dagang.

a. Merek

Merek sesuai dengan UU No.15 tahun 2001 tentang merek adalah suatu tanda (*Sign*) yang dapat berupa gambar,nama, kata,angka-angka,huruf-huruf, susunan warna, atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut yang memiliki daya pembeda dan digunakan dalam kegiatan perdagangan barang atau jasa.. Dengan demikian merek merupakan tanda pengenal atau identitas sebuah produk baik berupa barang atau jasa agar mudah dibedakan satu dengan yang lain. Perlindungan hukum atas merek, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 3 UU No. 15 tahun 2001 tentang Merek , baru diberikan apabila merek tersebut terdaftar di dalam daftar umum merek Ditjen HKI, untuk itu harus dilakukan kegiatan pendaftaran atau registrasi. Dengan demikian hak atas merek tidak muncul secara otomatis, tetapi harus dilakukan perbuatan hukum registrasi, itupun belum tentu diterima pendaftarannya. Sedangkan dalam UU No.20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi

Geografis, yang mencabut ketentuan UU No. 15 tahun 2001 tentang merek, dalam pasal 1 angka 1 disebutkan bahwa merek adalah tanda yang dapat ditampilkan secara grafis berupa gambar, logo, nama, kata, huruf, angka, susunan warna, dalam bentuk 2 (dua) dimensi dan atau 3 (tiga) dimensi, suara, hologram atau kombinasi dari 2 (dua) atau lebih unsur tersebut untuk membedakan barang dan atau jasa yang diproduksi oleh orang atau badan hukum dalam kegiatan perdagangan barang dan atau jasa.

Perbedaan utama pengertian merek menurut UU No.15 tahun 2001 dengan UU No. 20 tahun 2016 terletak pada diakomodasinya merek suara (*sound mark*), sesuatu yang tidak dapat dilihat. Sebagaimana definisi merek dalam UU Merek 2001 adalah sesuatu yang visual atau dapat dilihat dengan mata, sedangkan UU Merek 2016 memperkenalkan merek yang tidak dapat dilihat, yaitu merek yang berupa suara, sesuatu yang didengar oleh telinga.¹²⁸

Merek mampu membentuk persepsi di dalam benak konsumen atau pelanggan. Persepsi tersebut dapat baik atau positif atau bahkan persepsi buruk, hal itu tergantung pada cara bagaimana mengelolanya. Aset utama pelaku bisnis bukanlah toko, pabrik, atau kekayaan pemiliknya, tetapi sebenarnya pada **persepsi atau citra** dari merek atas produk atau jasa yang dihasilkan. Mengapa kebanyakan orang memilih mobil Kijang padahal di pasaran banyak mobil yang lain. Mengapa kebanyakan orang memilih pasta gigi pepsoden padahal banyak merek yang lain. Semuanya karena persepsi atau citra dari merek tersebut.¹²⁹

128 Dibeberapa negara, seperti Perancis, Italia, UU merek negara tersebut telah mengakomodasi merek yang tidak dapat dilihat dengan mata, tidak dapat didengar telinga, tetapi berkaitan dengan bau atau aroma, khususnya aroma parfum yang sering dikenal dengan *fragrance*. Di negara tersebut *fragrance* merupakan bagian dari merek.

129 Koes Pujiyanto., *Brand Power*, Suara Merdeka 2 Juni 2004

Merek sebenarnya membawa dua atribut, yaitu atribut yang nyata yang dapat ditangkap lewat sentuhan, seperti desain produk, performa, bahan baku, ukuran, bentuk, harga. Atribut yang lain adalah atribut yang tidak nyata, yaitu berupa persepsi atau kesan dari konsumen yang menggunakan merek tersebut. Dalam kenyataannya atribut yang tidak nyata ini mempunyai peranan yang lebih penting dalam bangunan sebuah merek produk atau jasa. Hal itu disebabkan atribut tidak nyata ini sulit ditiru pesaing, atribut tidak nyata ini lebih melibatkan emosi konsumen daripada atribut yang nyata.¹³⁰ Dengan demikian merek tidak sekedar sebagai nama barang yang membedakan barang satu dengan yang lainnya, tetapi sebenarnya yang membedakan produk atau jasa satu dengan yang lain adalah pada bagaimana proses menciptakan citra merek tersebut dalam benak dan hati konsumen, disinilah letak yang menghasilkan perbedaan antara produk atau jasa yang satu dengan yang lain. Dalam istilah pemasaran bagaimana menciptakan citra merek dalam benak konsumen dikenal dengan istilah branding.¹³¹

Merek lebih dari sekedar nama barang atau logo tetapi termasuk di dalamnya hal-hal yang tidak ada hubungannya dengan fungsi barang, tetapi mempunyai daya pembeda atas suatu produk atau jasa yang dipromosikan di pasar seperti : bentuk, huruf-huruf, angka-angka, suara, warna-warna dsb.¹³²

Merek dagang pada dasarnya mempromosikan barang produk, sedangkan merek jasa mempromosikan jasa contoh: Mc. Donald's, Ramayana., Matahari, Garuda Indonesia. Fungsi utama merek adalah digunakan untuk membedakan barang atau jasa yang sejenis dalam satu kelas barang. Pada umumnya merek yg dianggap mempunyai daya pembeda

130 Adhy Trisnanto, *Membangun Citra Merek*, Jendela Pariwara Suara Merdeka

131 Adhy Trisnanto, *ibid*

132 Attorney Stephen Elias, *Patent, Copyright, and Trademark*, Nolo Press Berkeley 1997, p. 324

adalah merek yang memungkinkan mendapat perlindungan UU merek, misalnya:

- 1) logo atau symbol yang unik;
- 2) kata-kata yang dibuat secara khusus yang dipergunakan sebagai merek (*Coined Marks*) misalnya : *EXXON*, *KODAK*;
- 3) *Fanciful Mark*, yaitu merek yang terdengar aneh, khayal, fantastis dalam kaitannya dengan pemakaian produk. Misalnya: *DOUBLE RAINBOW* untuk ice cream;
- 4) *Arbitrary mark* yaitu merek yang terdengar membuat surprise, mengejutkan, unexpected atau tidak diharapkan dalam pemakaiannya. Misalnya : Penguin Book, Diessel Bookstore;
- 5) *Suggestive and Evocative mark*, yaitu merek yang memberikan konotasi kualitas produk walau tidak secara jelas mengungkapkan kualitasnya.

Misalnya : Jaguar, Greyhound Bus ,dsb.¹³³

Sebagai pembanding, kata-kata yang umum dan biasa sebenarnya tidak mempunyai cukup daya pembeda, namun karena penggunaan yang cukup lama menjadi memenuhi syarat untuk dilindungi sebagai merek.

- 1) Nama orang (*Mac. D*);
- 2) Istilah yang berkaitan dengan wilayah geografi – *NORTHERM DAIRY, METROPOLITAN*;
- 3) Istilah yang menerangkan atau menjelaskan/*Descriptive terms*, yaitu kata-kata yang mencoba secara harafiah menjelaskan produk atau karakteristik produk misalnya :*RAPID COMPUTER, ICE COLD ICE CREAM, BISKUAT, MILKKUAT*;
- a. Merek-merek yang biasa tetapi telah digunakan lama dan dikenal masyarakat dianggap telah mempunyai *Secondary Meaning*.¹³⁴

133 Ibid p. 325-326

134 Ibid p.327

Terdapat beberapa golongan merek yang pada umumnya tidak dapat digunakan sebagai merek, antara lain:

1) *Generic Marks*,

Adalah kata-kata umum yang digunakan menjelaskan tipe produk daripada mereknya secara khusus. Misalnya : produser ponsel menyebut produknya dengan 'CELLULAR' .kata ini adalah deskripsi untuk ponsel tetapi bila digunakan untuk cream wajah maka cukup mempunyai daya pembeda sedbagai merek. Kata –kata yang juga telah dianggap milik umum, misalnya kuat, istimewa, jempol, umumnya juga tidak dapat digunakan sebagai merek, kecuali dlakukan modifikasi.

Suatu merek dapat hilang proteksinya karena menjadi generic sehingga tidak mempunyai daya pembeda. Misalnya *ESCALATOR,ASPIRIN, CELLOPHANE di AS*.

2) *Surename/last name*

Nama keluarga pada dasarnya tidak dapat dilindungi sebagai merek, kecuali telah dikenal publik melalui penggunaan yang telah lama atau melalui iklan sampai dengan diperoleh *secondary meaning* sebagai merek. misalnya *MAC DONALD'S, GILTTE, CHAMPION, CHAMPHELL*.

3) *Trade names*

Nama dagang adalah nama yang digunakan untuk kegiatan atau urusan bisnis yang biasa digunakan atau tertera pada : saham, rekening bank,invoice, kop surat. Hal ini biasanuya dilindungi dengan nama perusahaan dan registrasinya pada daftar pperusahaan tetapi tidak dilindungi sebagai merek dagang/jasa. Tetapi bila nama dagang digunakan juga untuk mengidentifikasi produk/jasa di pasaran mungkin bias dilindungi hukumj merek bila cukup mempunyai daya pembeda.

Misalnya ; *APPLE COMPUTER CORPORATION*, menggunakan merek *APPLE* untuk jaringan produk komputer. *NOLLO PRESS* menggunakan merek *NOLLO* untuk jasa *on line Law service*. Namun demikian nama dagang dapat juga dilindungi dengan persaingan melawan hukum. Di Amerika Serikat siapa yang pertama menggunakan merek (*first use*) untuk kepentingan komersial pertama kali dan melekatkan merek tersebut pada produknya, tetapi itu bukan satu-satunya cara mendapatkan hak atas merek. Pendaftaran merek ke *PTO (patent, trademark office)* dan mendapatkan *filling date* (tanggal pendaftaran) dianggap sebagai *first use*. Di Indonesia hak atas merek muncul karena pendaftaran merek ada Ditjen HKI di Jakarta bukan didasarkan pada siapa yang pertama menggunakan.¹³⁵

Di dalam kenyataanya paling tidak terdapat empat macam type dari merek yang banyak digunakan dalam kegiatan bisnis, yaitu :

- 1) *Trademark*, termasuk di dalamnya adalah huruf, nama, simbol, atau kombinasi yang digunakan untuk membnerikan identitas dan membedakan satu barang dengan yang lain, biasanya digunakan dalam iklan barang yang kelihatan (*tangible goods*);
- 2) *Service marks*, termasuk di dalamnya adalah huruf, kata,kata, nama, symbol, atau kombinasi, yang digunakan unut memebrikan identitas terhadap jasa tertentu atau sering dikenal dengan *intangible activities*. Untuk membedakan jasa satu dengan yang lain yang sejenis juga befungs untuk menunjukkan asal jasa tersebut;
- 3) *Collective marks*, merupakan merek yang digunakan baik untuk baran produk atau jasa tertentu yang

135 Margret Barret, *Intellectual Property*, First Edition 1991, Smith's Review, p. 67

menunjukkan keanggotaan dalam sebuah kerjasama tertentu, asosiasi, organisasi tertentu, misalnya *American Bar Association, Lions Club dsb*;

- 4) *Certification marks*, merupakan kata-kata, huruf, nama, symbol, yang digunakan oleh individu selain pemilik yang menyatakan terdapatnya kualitas, ketepatan atau karakteristik yang lain untuk barang atau jasa, misalnya *100 % Florida's Seal of Approval (& Design)*.¹³⁶

Selain itu dikenal pula adanya *Business Name*, yang hanya memberikan identitas terhadap bisnis tertentu dengan memberikan nama tertentu. Akan tetapi *business name* ini dapat juga digunakan sebagai merek dagang atau jasa. Misalnya NOLO Press, Apple Computer.¹³⁷

b. Rahasia Dagang

Di Indonesia sejak tahun 2000 yang lalu oleh pemerintah telah dibuat UU No. 30 tahun 2000 yang mengatur tentang Rahasia Dagang. Memang judul UU tersebut mengenai rahasia dagang dan bukan mengenai rahasia perusahaan. Namun demikian apabila disimak lebih dalam maka obyek pengaturannya adalah mengenai segala sesuatu yang berkaitan dengan rahasia perusahaan dan bukan rahasia negara atau rahasia pribadi seseorang. Obyek pengaturannya mengenai *informasi di dalam kegiatan bisnis atau teknologi*, sehingga erat sekali kaitannya dengan rahasia perusahaan.

Terdapat beberapa istilah yang digunakan yang mengacu pada istilah rahasia dagang antara lain : *undisclosed information* (Trips), *confidential information* (Inggris, Australia), *know-how* (Jepang), *trade secret, proprietary*

136 Deborah E. Bouchoux, *Protecting Your Company's Intellectual Property : A Practical Guide to Trademarks, Copyrights, Patent & Trade Secrets*, Amacom Management Association, Newyork 2001, p 16

137 Ibid, p 17

information (AS) . Istilah *confidential information* (Inggris dan Australia) cakupannya sangat luas, hal itu disebabkan mencakup beberapa pengertian :

- 1) *Personal secret* (rahasia pribadi);
- 2) *Gouvernment secret* (rahasia pemerintah);
- 3) *Trade secret* (Rahasia Dagang);
- 4) *Artistic dan literary secret*.

Dengan demikian *trade secret* hanya merupakan bagian dari *confidential information* . Contoh *personal secret* misalnya berupa catatan medis penderita HIV. Pengungkapan *personal secret* seperti halnya pengungkapan *medical report* penderita HIV merupakan pelanggaran *personal secret* dan bukan merupakan pelanggaran Rahasia Dagang. Walaupun atas dasar untuk kepentingan umum alasan diatas dapat dikesampingkan. Sedangkan hasil rapat para menteri sebelum dipublikasi dapat merupakan *gouvernment secret*.

Di Amerika Serikat , dalam *the first restatement of tort, section 757 comment b : trade secret* adalah “ *any formula, pattern, device or compilation information which is used in one’s business, and gives him an opportunity to obtain an advantage over competitors who do not know or use it* “. Dengan demikian tampak bahwa *trade secret* meliputi hal –hal baik **yang kelihatan maupun yang tidak kelihatan**. Sesuatu yang dapat dilihat dapat berupa sesuatu yang tertulis, atau bisa dilihat (misalnya: formula, alat, pola), sedangkan sesuatu yang tidak tertulis dan tidak dapat dilihat misalnya, pengetahuan, informasi, keahlian, skill dsb. Semua hal tersebut merupakan sesuatu yang dapat digunakan **sebagai alat bersaing** karena **mempunyai nilai kompetitif** bagi pemiliknya dalam upaya memperoleh keuntungan dalam kegiatan bisnis, sedangkan pihak lain sebagai pesaing usaha tidak mengetahuinya atau tidak menggunakan informasi tersebut. Dalam perkembangannya , pada awal tahun 1979

telah dibuat *uniform* di bidang *trade secret* di AS, yang merupakan penyeragaman dari 40 negara bagian di AS dan distrik Columbia.

Dalam *Uniform Trade Secrets Act* disebutkan bahwa yang dimaksud dengan “*trade secret*” means information, including formula, pattern, compilation, program, device, method, technique, or process that :

- 1) *derives independent economic value, actual or potential , from not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use , and*
- 2) *is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy*¹³⁸.

Di Indonesia dalam UU No. 30 tahun 2000 tentang Rahasia Dagang disebutkan bahwa Rahasia Dagang adalah informasi di bidang teknologi atau bisnis yang tidak diketahui oleh umum, mempunyai nilai ekonomi dan berguna dalam kegiatan usaha serta dijaga kerahasiaannya oleh pemiliknya.

Dengan demikian terdapat beberapa unsur Rahasia Dagang, yaitu :

- 1) Informasi di bidang teknologi dan bisnis;
- 2) Tidak diketahui umum;
- 3) Mempunyai nilai ekonomi;
- 4) Berguna dalam kegiatan usaha;
- 5) Dijaga kerahasiaannya oleh pemiliknya.

Menurut UU No. 30 tahun 2000 tentang Rahasia Dagang maka Rahasia Dagang dianggap lahir pada saat seseorang menciptakan atau menemukan penemuan baru dalam bentuk informasi yang mempunyai nilai ekonomi yang karena pertimbangan tertentu sengaja disimpan dan

¹³⁸ Merges, Mennel, Lemley, *Intellectual Property in The New Technological Era*, Aspen Publishers, Newyork 2003, hal 30

dipertahankan sebagai informasi yang bersifat rahasia. Prinsipnya Rahasia Dagang dimiliki oleh orang yang menemukan.

Contoh : Formula Coca Cola- sampai dengan tahun 2006, kurang lebih telah mencapai hampir 120 tahun, formula Coca Cola tetap tersimpan sebagai *trade secret* yang melegenda dan tidak pernah di patenkan di manapun. Berawal pada tahun 1886 pada bulan Mei di Atlanta, Georgia AS , **John Styth Pemberton**, seorang ahli farmasi yang membuat sirup karamel berwarna dalam sebuah ketel kuningan di kebun belakang rumahnya, yang ternyata rasanya banyak digemari masyarakat. Pada tahun 1899 proses pembotolan Coca Cola berskala besar dilakukan. pemilik The Coca Cola Company , Asa G Chandler memberikan hak pembotolan eksklusif pada Joseph B Whitehead dan benyamin F Thomas dari Chattanooga Tennessee. Saat ini Coca Cola telah mempunyai jaringan usaha di hampir dua ratus negara di dunia. Di banyak negara telah pula dilakukan dengan cara bekerjasama dengan perusahaan pembotolan local. Di Indonesia, Coca Cola mulai diperkenalkan pada tahun 1932 oleh De Netherlands Indische Mineral Water Fabrik Jakarta di bawah manajemen Bernie Vonings dari Belanda. Setelah kemerdekaan dengan masuknya pemegang saham dari bangsa Indonesia, berganti nama dengan Indonesia beverages Limited (IBL). Pada tahun 1971 IBL menjalin kerjasama dengan Mitsui Toatsu Chemical Inc, Mitsui & Co Ltd, dan Mikuni Coca Cola Bottling Co, membentuk PT. Djaya Beverages Bottling Company (DBBC). Pada 12 Oktober 1993 Coca Cola Amatil Limited (CCL), sebuah perusahaan publik dari Australia mengambil alih kepemilikan DBBC dan merubah namanya dengan Coca Cola Amatil Indonesia Jakarta. Sampai dengan saat ini CCA didukung oleh 11 Pabrik pembotolan dengan didukung kurang lebih 9000 karyawan dan melayani uang lebih 400000 pelanggan di ndonesa.

Dengan demikian Rahasia Dagang akan dapat dimanfaatkan untuk menambah perlindungan HKI, disamping merek, paten desain industri dan hak cipta. Pemanfaatannya terutama untuk melindungi gagasan ide atau gagasan sebuah karya cipta, gagasan teknik yang belum diwujudkan dalam bentuk nyata. Melihat pokok persoalan Rahasia Dagang adalah informasi, terutama menyangkut ide gagasan konsep, maka sangat erat kaitanya dengan hak cipta. Sehingga tidak salah apabila David I Bainbridge berpendapat bahwa : *“copy right protects the expression of an idea but the law of confidence is wider and protect the idea it self / hak cipta melindungi sebuah ekspresi dari gagasan/ide, tetapi Rahasia Dagang perlindungannya lebih luas dapat melindungi gagasan/ide itu sendiri.*

Obyek rahasia dagang adalah **informasi**, sehingga bisa merupakan suatu yang tertulis ataupun tidak tertulis. Apa yang ada di perusahaan baik berupa tulisan atau tidak tertulis sepanjang itu dirahasiakan dan mempunyai nilai kompetitif sebagai alat bersaing dapat merupakan rahasia dagang. Keunggulan komparatif kemungkinan diperoleh dari sebuah informasi yang sifatnya rahasia, ide atau *state of events* yang secara potensial dieksploitasi untuk menarik sebuah pendapatan atau asset sebuah bisnis . Jika pemilik informasi tidak dapat memperoleh keuntungan ekonomi dari informasi tersebut ,maka tidak ada rahasia dagang dalam hal ini. Jika mempertahankan informasi tersebut akan memberikan keunggulan komparatif pada pemiliknya maka ini dikualifikasikan sebagai rahasia dagang dan ini adalah rahasia dan dalam kenyataanya dijaga kerahasiaannya.

Umumnya lingkup dan obyek informasi yang dilindungi dengan rahasia dagang dalam suatu perusahaan adalah :

- 1) Metoda produksi
- 2) Metoda pengolahan
- 3) Metoda penjualan

- 4) Informasi lain di bidang teknologi atau bisnis yang memiliki nilai ekonomi dan tidak diketahui oleh masyarakat umum.

Dengan demikian kiat-kiat untuk memajukan perusahaan, daftar pelanggan, data penjualan, prospek pemasaran, formula, pengetahuan teknis, profil konsumen, informasi mengenai penelitian dan pengembangan, rencana usaha, informasi teknis (seperti operasi suatu mesin), sumber kode-kode program komputer adalah serangkaian informasi yang mempunyai nilai komersial dan dapat digunakan untuk meraih keuntungan dalam kegiatan usaha sehingga layak dilindungi sebagai rahasia dagang. Terhadap informasi di atas tentunya pemilik informasi akan berusaha melindunginya dari penyadapan/-pencurian informasi oleh pihak lain, terutama pesaing usahanya.

Sebuah informasi internal yang dimiliki pelaku bisnis dapat dikualifikasikan sebagai rahasia dagang bila terbukanya informasi tersebut akan membawa dampak buruk bagi pelaku usaha tersebut dalam persaingannya. Sebagai contoh informasi yang biasanya dipertimbangkan sebagai rahasia dagang adalah :

- 1) informasi yang berkaitan dengan karakteristik konsumen;
- 2) informasi yang berkaitan dengan harga dan biaya produk;
- 3) sumber bahan baku, khususnya apabila bagian ini terbuka akan berakibat membuka rahasia ciri dari rahasia yang berkaitan dengan bahan atau ramuan;
- 4) buku dan catatan bisnis;
- 5) informasi penjualan;
- 6) daftar pelanggan;
- 7) informasi yang berkaitan dengan peluang bisnis;
- 8) informasi yang berkaitan dengan distributor, supplier dsb.

Dilain pihak, informasi bisnis tidak akan dilindungi Rahasia Dagang bila dapat dikembangkan secara independen dengan sedikit kesulitan. Informasi yang secara umum tidak dapat dikualifikasikan sebagai rahasia dagang termasuk didalamnya adalah buku pedoman umum untuk pekerja/pegawai/karyawan dan kebijakan personal yang mendiskusikan mengenai hak dan tanggung jawab pekerja .

Rahasia dagang kadang melibatkan sebuah pendekatan baru, formula, alat-alat, atau metoda untuk kegiatan bisnis akan tetapi sebuah inovasi struktur yang asli atau reorganisasi dari sebuah informasi yang tersedia milik publik yang menciptakan keuntungan komparatif dapat dikualifikasikan sebagai rahasia dagang bila dijaga kerahasiannya. Banyak informasi yang pada saat ini ditata ulang sehingga dapat lebih mudah disimpan dan dicari kembali dari *database* komputer hal ini kadang dikenal dengan *knowledge engineering* yaitu sebuah mesin baru yang dapat dicari kembali formatnya yang mungkin dikualifikasikan sebagai kompilasi inovasi, hal ini digolongkan sebagai rahasia dagang bila dijaga kerahasiannya , karena ini memungkinkan sebuah bisnis menganalisa sebuah informasi lama ke dalam cara baru yang dapat memberikan keunggulan dalam langkah persaingan.

Database adalah sebuah type informasi yang disorganized dalam sebuah cara dan diberi fasilitas yang dapat dicari kembali . Sebuah *ensiclopedy* adalah contoh database yang diatur secara alpabet dan berisi infoirmasi yang dapat dicari kembali melalui subyek . Istilah *database* saat ini dipahami sebagai *computer database*. *Computer database* biasanya berisi informasi yang dihubungkan dalam sebuah cara yang dapat dicari kembali dengan cepat, baik dengan cara yang spesifik /khusus atau dalam kombinasi dengan item yang lain. *Database* mungkin dilindungi sebagai Rahasia Dagang . Sebagai contoh *database* yang menyediakajn informasi bagi penerbit

buku untuk mengidentifikasi pihak –pihak atau orang – orang yang membeli buku dalam tahun sebelumnya akan dikualifikasikan sebagai rahasia dagang jika tetap dijaga kerahasiannya . Database sering berisi komponen atau materi yang dilindungi hak cipta yang dimiliki orang lain selain pemilik database, sehingga dalam kasus database atas arsip atau penyimpanan dokumen atau artikel koran atau majalah maka hak cipta atas artikel tersebut tetap dimiliki oleh pencipta asli atau penerbit, bahkan type database ini dapat tetap dianggap rahasia dagang karena cara material tersebut diorganize atau diatur adalah sebagai nilai tambah atas material itu sendiri.

Formula sebuah produk yang disimpan dan menambah nilai *competitive* bagi pelaku bisnis dapat dikualifikasikan sebagai rahasia dagang. Sebuah formula dapat berisi beberapa kombinasi , komposisi yang menghasilkan sebuah produk khusus . Sebagai contoh banyak formula yang telah diberikan status rahasia dagang untuk minuman ringan, pembersih lantai, atau racun tikus.

Ide dapat dilindungi sebagai Rahasia Dagang bila secara umum tidak diketahui kalangan para pelaku bisnis dan menawarkan kompetitif *advantage* serta diciptakan secara rahasia . Nilai riil suatu ide pada akhirnya tergantung pada sukses komersial yang diraihnyanya . Sebuah ide yang menawarkan sebuah kemungkinan membantu dalam persaingan bisnis seharusnya dipelihara sebagai rahasia dagang sampai dengan hal itu menampakkan suatu yang langka atau cara pemikiran yang secara independen lain. Kecuali bila sebuah peluang emas untuk memperoleh keuntungan sebagai pesaing yang potensial hilang. Perlindungan rahasia dagang juga tersedia untuk ide-ide yang kemudian menjadi sebuah penemuan sampai dengan sebuah paten diperoleh. Sekali sebuah ide menjadi paten, maka ide itu menjadi bagian dari paten. Dengan demikian

informasi itu menjadi milik publik dan tersedia untuk umum dan karenanya tidak dipertimbangkan lagi sebagai Rahasia Dagang.

Perlindungan Rahasia Dagang atas ide seharusnya dibandingkan dengan perlindungan hak cipta yang hanya melindungi bentuk nyata dari sebuah ekspresi ide dan bukan ide itu sendiri, karena dari perbedaan ini aturan rahasia dagang dapat lebih baik memberikan perlindungan hukum untuk suatu konsep dan tahap pengembangan dari sebuah ciptaan sebelum pada akhirnya diwujudkan dalam bentuk yang nyata bisa dilihat dan dipublikasikan. Pada fase ini perlindungan dengan hak cipta mengambil alih peran.

Daftar pelanggan dari suatu bisnis boleh jadi dikualifikasikan sebagai rahasia dagang jika daftar tersebut memberi kontribusi keuntungan dari sebuah bisnis yang bersaing dan dijaga kerahasiannya. Dalam aturan rahasia dagang terapat beberapa type daftar pelanggan;

- 1) Daftar pelanggan yang dipelihara oleh *retailer*;
- 2) Daftar pelanggan yang dipelihara oleh profesional;
- 3) Daftar pelanggan yang dipelihara oleh pedagang besar

Daftar pelanggan yg dipelihara oleh *retailer* dan professional kebanyakan dikualifikasikan sebagai rahasia dagang dengan alasan :

- 1) nama individu dalam daftar tsb biasanya telah diperoleh sebagai hasil upaya langsung oleh *retailer* atau professional dalam rangka membangun *goodwill*;
- 2) DP memberikan pada pemiliknya sebuah *competitive advantage* melalaui *retailer* atau professional yang signifikan.

Daftar pelanggan yang berada pada pedagang besar seringkali tidak dikualifikasikan sebagai rahasia dagang karena pengecer atau distributor biasanya mudah diidentifikasi melalui buku panduan pedagang atau

sumber lain. Daftar demikian biasanya tidak mempunyai *competitive advantage* bagi pemiliknya tetapi terdapat perkecualian, sebagai contoh daftar toko buku yang dibuat dalam bentuk buku secara teknis akan sangat bernilai bagi distributor pedagang buku.

Pengetahuan tradisional (*traditional knowledge*) dapat juga merupakan rahasia dagang. Sebagai contoh sebuah organisasi internasional yang dikenal dengan *The International Chamber of Commerce* mengidentifikasi *industrial know how* masuk dalam pengetahuan terapan, metode dan data yang dibutuhkan untuk merealisasi atau melaksanakan teknik yang melayani tujuan industri. Pengetahuan industrial berbeda dengan pengetahuan bisnis yang normalnya termasuk di dalamnya berisi teknik-teknik pemasaran. Macam informasi yang dilindungi dengan istilah pengetahuan industri akan dikualifikasikan sebagai rahasia dagang apabila hal tersebut dispesialisasikan dan tidak dikenal umum dalam lingkup masyarakat bisnis sehingga dapat digunakan sebagai alat kompetisi bagi perusahaan dan dipelihara sebagai rahasia dagang dalam perusahaan. Di Perancis, Jerman, Jepang dan AS, dan banyak negara lain, pengetahuan industri dapat ditetapkan sebagai rahasia dagang ketika sebuah proses yang umum atau sebuah metoda dimintakan paten atau dipatenkan atau hal lain yang tersedia untuk umum. Sebagai contoh, metoda pembuatan sebuah pedang telah secara luas dikenal di Jepang, tetapi factor demikian seperti teknik keramik, pemanasan dengan api dan temperatur sering menentukan apakah sebuah pedang akan bagus atau gagal. Karena pengetahuan industri diasosiasikan dengan beberapa factor yang dapat digunakan sebagai alat bersaing maka dapat dikualifikasikan sebagai rahasia dagang.

Rahasia industri atau *industrial secret* seperti halnya teknik, teknologi atau ilmu atau proses mekanik, proses

rahasia formula, desain industri yang tidak didaftar, teknik manufaktur dan metoda, rahasia pengetahuan tentang mesin dan peralatan merupakan contoh rahasia di bidang industri. Hukum di beberapa negara , seperti Jepang membedakan antara *industrial secret* dengan *commercial secret*. Di AS walaupun demikian pengadilan secara umum menyamakan semua rahasia dagang sebagaimana disebut di atas. Dalam bahasa lain apakah itu rahasia dagang atau tidak adalah sebuah informasi di bidang bisnis, pengetahuan industri atau rahasia industri tidak mempunyai konsekuensi hukum di AS.

Rahasia dagang , secara hukum masih eksis dan tetap dilindungi bahkan walaupun banyak orang yang mengetahuinya, sejauh pengetahuan itu tetap disimpan dalam kegiatan bisnis yang memiliki rahasia dagang tersebut. Contoh, pada perusahaan besar rahasia dagang mungkin diketahui oleh ratusan bahkan ribuan orang, namun demikian sejauh pelaku usaha tetap ada lanangkah yang nyata untuk menjaga agar tidak diketahui publik atau pelaku bisnis lain maka status rahasia dagang atas informasi tersebut tetap dipertahankan.

Pasal 3 UU No.30 tahun 2000 tentang rahasia dagang menyebutkan bahwa rahasia dagang mendapatkan perlindungan hukum apabila informasi tersebut bersifat rahasia, mempunyainilai ekonomi, dan dijagakerahasiaannya melalui uapay yang semestinya. Dengan demikian sebuah informasi agar t mendapatkan perlindungan hukum sebagai rahasia dagang paling tidak harus memenuhi tiga syarat. Tiga syarat tersebut adalah :

- 1) **Informasi tersebut bersifat rahasia**, artinya hanya diketahui *secara terbatas* oleh pihak tertentu atau tidak diketahui secara umum oleh masyarakat. Dengan demikian dalam suatu perusahaan dapat saja rahasia tesebut hanya diketahui oleh Direktur atau

Komisaris, tetapi juga dapat hanya diketahui beberapa kepala bagian, atau hampir semua karyawan juga tahu tentunya dikecualkan *cleaning service* –misalnya) asalkan belum merupakan rahasia yang sifatnya umum diketahui masyarakat banyak maka masih merupakan informasi yang dikategorikan rahasia;

- 2) **Informasi tersebut mempunyai nilai ekonomi**, artinya dapat digunakan untuk menjalankan kegiatan usaha atau usaha yang bersifat komersial atau dapat meningkatkan keuntungan secara ekonomi. Dengan demikian nilai informasi tersebut pada berhasil tidaknya mendatangkan keuntungan untuk pemiliknya atau paling tidak informasi tersebut menjadi begitu penting karena sebagai alat untuk bersaing dengan *competitornya*.
- 3) **Informasi tersebut dipertahankan kerahasiaannya** dengan upaya-upaya sebagaimana mestinya, artinya ada langkah-langkah yang layak dan patut untuk menjaga rahasia tersebut. Dengan demikian syarat ini menuntut adanya upaya riil atau langkah nyata dari pemilik rahasia tersebut untuk menjaga rahasia tersebut. Dalam satu perusahaan dengan perusahaan lainnya dapat dipastikan terdapat upaya yang berbeda dalam menjaga rahasia perusahaan tersebut. Contoh-contoh yang dapat dijadikan langkah nyata menjaga rahasia dagang antara lain, dari yang sifatnya sederhana sampai dengan yang cukup rumit sbb :
 - memasang tulisan “ Selain karyawan dilarang masuk “:, “ *Staff only* “, “ *No trespassing* ”,
 - memasang tulisan peringatan “Dilarang mengambil gambar “, “ Dilarang memotret “,
 - apabila banyak rahasia dalam data base komputer maka komputer dipasang *password Rahasia Dagang*,

- Mengikat karyawan yang potensial membocorkan informasi penting perusahaan dengan menandatangani pernyataan untuk menjaga rahasia perusahaan atau sering dikenal dengan *Confidentiality Agreement*,
- Membuat perjanjian untuk saling menjaga rahasia perusahaan dengan pihak di luar perusahaan yang potensial membocorkan rahasia perusahaan, misalnya antara perusahaan dengan agen, distributor, notaris, konsultan hukum, akuntan, perusahaan penilai dsb. Kontrak ini sering dikenal dengan *Non Disclosure Agreement*.

Selain syarat sebagaimana tersebut di atas masih terdapat syarat lain, yaitu informasi tersebut harus **secara kontinyu digunakan dalam bisnis** pemilik Rahasia Dagang (*Continuous use*). Dengan demikian bukan termasuk di dalamnya hal-hal yang hanya sekali atau kadang-kadang saja digunakan dalam bisnis pemilik Rahasia Dagang.¹³⁹

c. Perjanjian Wara laba

Dalam Pasal 4 PP No.42 tahun 2007 tentang Waralaba disebutkan bahwa :

- (1) Waralaba diselenggarakan berdasarkan **perjanjian tertulis** antara Pemberi Waralaba dengan Penerima Waralaba dengan memperhatikan hukum Indonesia.
- (2) Dalam hal perjanjian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditulis dalam bahasa asing , perjanjian tersebut harus diterjemahkan dalam bahasa Indonesia.

Melihat ketentuan Pasal 4 di atas tampak jelas bahwa untuk adanya waralaba harus dituangkan dalam bentuk perjanjian dan harus perjanjian yang tertulis. Namun

¹³⁹ Margreth Barret., *Intellectual Property*, Smith's Review, Published by Emanuel Law Outlines, Inc, 1991, p. 3.

demikian sebagaimana diketahui bahwa perjanjian tertulis pada dasarnya dapat dibuat di bawah tangan, dapat pula dibuat dalam bentuk Akta Notaris. Dengan demikian untuk adanya waralaba, sesuai dengan ketentuan Pasal 4 PP no. 42 tahun 2007, tidak terdapat kewajiban menuangkannya dalam bentuk Akta Notaris . Padahal untuk kepentingan pembuktian di kemudian hari apabila terjadi sengketa, alangkah bermanfaatnya apabila dituangkan dalam bentuk Akta Notaris, mengingat beberapa kelebihan fungsi Akta Notaris dibandingkan dengan akte di bawah tangan kaitannya dengan fungsi sebagai alat bukti.

Dalam Pasal 1 angka 7 UU No.30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris disebutkan bahwa Akta Notaris adalah akta otentik yang dibuat oleh atau dihadapan Notaris menurut bentuk dan tatacara yang ditetapkan dalam undang-undang ini.

Akta Notaris sebagai akta otentik mempunyai kekuatan pembuktian yang tidak dimiliki akta di bawah tangan, yaitu: kekuatan pembuktian lahiriah (*Uitwendige Bewijskracht*), kekuatan pembuktian formal (*Formele Bewijskracht*), materiil(*Materiele Bewijskracht*).¹⁴⁰

Nilai pembuktian akta Notaris dari aspek lahiriah, akta tersebut harus dilihat apa adanya, bukan dilihat ada apa. Secara lahiriah tidak perlu dipertentangkan dengan alat bukti yang lainnya. Jika ada yang menilai bahwa suatu Akta Notaris tersebut tidak memenuhi syarat sebagai akta, maka yang bersangkutan wajib membuktikan bahwa akta tersebut secara lahiriah bukan akta otentik. Pembuktian semacam ini harus melalui gugatan pengadilan . Penggugat harus dapat membuktikan bahwa secara lahiriah akta yang menjadi obyek gugatan bukan Akta Notaris.¹⁴¹

140 Dr.Habib Adjie,SH.MHum.,Sanksi Perdata, Administratif terhadap Notaris sebagai Pejabat Publik, PT.Refika Aditama, Bandung 2008, hal 72-73

141 Ibid hal 72

Sedangkan secara formal. Akta Notaris memberikan kepastian tentang suatu kejadian, hari, tanggal, bulan, tahun, pukul (jam) menghadap, dan para pihak yang menghadap, paraf, tanda tangan para pihak/ menghadap, saksi dan Notaris, serta membuktikan apa yang dilihat, disaksikan, didengar Notaris (pada akta pejabat/ berita acara), dan mencatatkan keterangan atau pernyataan para pihak/ menghadap.¹⁴²

Secara materiil, Akta Notaris memberikan kepastian tentang materi, bahwa apa yang tersebut adalah akta merupakan pembuktian yang sah bagi pihak-pihak yang membuat akta atau mereka yang mendapat hak dan berlaku untuk umum, kecuali ada pembuktian sebaliknya (*tegenbewijs*). Keterangan atau pernyataan yang dituangkan / dimuat dalam akta pejabat (atau berita acara), atau keterangan para pihak yang diberikan / disampaikan di hadapan Notaris dan para pihak harus dinilai benar.¹⁴³

Melihat ketiga aspek di atas, yang merupakan kesempurnaan Akta Notaris sebagai akta otentik dalam memberikan nilai pembuktian, seharusnya perjanjian tertulis waralaba yang merupakan syarat utama terjadinya bisnis waralaba dituangkan dalam bentuk akta Notaris dan bukan akta di bawah tangan yang mempunyai nilai pembuktian setingkat lebih rendah dari Akta Notaris.

Dengan demikian, aspek HKI begitu penting dalam bisnis waralaba, untuk itu perlu dicermati masing-masing bidang HKI yang terdapat pada bisnis waralaba tersebut dengan melakukan audit sebelum dilakukan penandatanganan perjanjian waralaba. Perjanjian waralaba mempunyai kekhususan disebabkan terjadinya dikehendaki oleh Peraturan Perundang-undangan (PP dan Permen). Hal ini dapat ditafsirkan bahwa sebenarnya bukan perjanjian

142 Ibid hal 72-72

143 Ibid hal 73.

dua pihak, antara *franchisor* dengan *franchisee* saja, tetapi perjanjian tiga pihak, disebabkan pemerintah juga terlibat di dalamnya, hal ini disebabkan formatnya juga telah ditentukan pemerintah. Perjanjian Waralaba dapat dikategorikan sebagai perjanjian pokok, yang melibatkan pemerintah, dan para pihak. Sedangkan perjanjian tambahan, yang merupakan murni perjanjian antara franchisor dengan franchisee, dapat berupa perjanjian untuk menjaga rahasia perusahaan (*Confidentiality Agreement* atau *Non Disclosure Agreement*). Hukum Merek dan Rahasia Dagang merupakan aspek HKI yang dominan dalam format bisnis dengan Franchise.

D. Daftar Pustaka

- Adhy Trisnanto, *Membangun Citra Merek, Jendela Pariwara Suara Merdeka*
- Attorney Stephen Elias, *Patent, Copyright, and Trademark*, Nolo Press Berkeley 1997.
- Darmawan Budi Suseno, *Waralaba, Bisnis Minim Risiko Maksim di Laba*, Pilar Humania Jogjakarta 2006.
- Deborah E. Bouchoux, *Protecting Your Company's Intellectual Property : A Practical Guide to Trademarks, Copyrights, Patent & Trade Secrets*, Amacom Management Association, Newyork 2001.
- Habib Adjie, SH.MHum., *Sanksi Perdata, Administratif terhadap Notaris sebagai Pejabat Publik*, PT.Refika Aditama, Bandung 2008.
- Margreth Barret, *Intellectual Property, First Edition* 1991, Smith's Review.
- Koes Pujianto., *Brand Power*, Suara Merdeka 2 Juni 2004

Merges, Mennel, Lemley, *Intellectual Property in The New Technologycal Era*, Aspen Publishers, Newyork 2003.

Peraturan Pemerintah RI Nomor : 42 tahun 2007 tentang waralaba

Peraturan Menteri Perdagangan RI Nomor : 31/M-DAG/PER/2008

BAB V.

ASPEK HUKUM PELAYANAN PUBLIK DENGAN *ONLINE SYSTEM* PADA DIREKTORAT JENDERAL ADMINISTRASI HUKUM UMUM (AHU) KEMENTERIAN HUKUM DAN HAM

A. PENGANTAR

Tuntutan pelayanan public yang cepat, mudah, efisien, bebas pungutan tidak resmi, akurat, merupakan satu kebutuhan yang mendesak untuk dilakukan. Pelayanan manual yang selama ini berjalan di berbagai sector pelayanan public telah banyak dikeluhkan karena membutuhkan waktu yang lama, tidak efisien, biaya yang tidak murah, pungutan tidak resmi untuk melakukan percepatan, risiko hilangnya dokumen, dan masih banyak lagi kelemahan-kelemahan pelayanan dengan system manual, Hal yang sama terjadi pula pada pelayanan public pada Direktorat Administrasi Hukum Umum (AHU). Beberapa waktu yang lalu,

pelayanan public Ditjen AHU sebagian besar masih dilakukan secara manual, atau semi online, artinya walaupun menggunakan alat bantu berupa jaringan computer tetapi masih bersifat parsial, yaitu masih diikuti dengan tindakan yang mendasarkan pada katifitas manusia, misalnya penandatanganan sertifikat, penyerahan sertifikat, penyerahan berkas dst. Kadaan menjadi berubah secara drastis semenjak dikeluarkannya Kepkenkeu No.130/KMK/2012, yang mewajibkan pendaftaran fidusia ke Kantor Pendaftaran fidusia, dengan ancaman pencabutan ijin usaha apabila tidak dilakukan pendaftaran fidusia.

Sejak Kepmenkeu 130 th 2012 tersebut bergulir, terjadilah arus besar pendaftaran fidusia dari lembaga pembiayaan ke kantor pendaftaran fidusia (kementrian Hukum dan HAM). Ribuan berkas harus diselesaikan setiap bulannya. Bagi kementrian Hukum dan HAM serbuan pendaftaran fidusia merupakan berkah sekaligus musibah. Berkah karena banyak dana yang masuk ke Kementrian yang pada akhirnya mempunyai dana yang berlebih untuk anggaran rutinnya, tetapi merupakan musibah karena system yang efisien belum mendukung kearah hal itu., akibatnya banyak tunggakan berkas yang belum terselesaikan di sana-sini, belum lagi berkas yang tertukar ataupun hilang. Problematik tersebut baru dapat teratasi sejak dilakukannya *online system* untuk pendaftaran fidusia dan badan hukum, sedang tahap persiapan untuk yayasan dan yang lain. Dengan iklan di media cetak dan elektronik tentang revolusi pelayanan public Direktorat Administrasi Hukum Umum (AHU) ,yang dapat dilihat jutaan pasang mata masyarakat Indonesia, hal ini berarati telah disiapkan sebuah model baru pelayanan public, khususnya untuk adminsitarsi hukum umum berupa pendaftaran fidusia, badan hukum PT, yayasan , yang tidak lain adalah pelayayan secara online system.

Cerita mengenai keunggulan pelayanan/ pendaftaran secara online disbanding scara manual tidak menarik didiskusikan , mengingat sudah banyak yang tahu, tetapi mendiskusikan problematic hukum pelayanan secara online menarik untuk dikaji, mengingat dapat berdampak pada sah tidaknya perbuatan tersebut, atau dokumen tertentu. Problematik hukum yang dapat muncul kepermukaan dengan dilakukannya pendaftaran

secara online pada Direktorat AHU kementrian Hukum dan HAM antara lain ;

1. Apakah ketentuan peraturan terkait dengan obyek pendaftaran di AHU membolehkan dilakukannya pendaftaran secara online system ?
2. Apakah pelayanan public sebagaimana dilakukan Direktorat Administrasi Hukum Umum (AHU) dalam hal pendaftaran fidusia , badan hukum PT, yayasan, merupakan transaksi Elektronik sebagaimana diatur dalam UUIE(Undang-undang tentang Informasi dan Transaksi Elektronik) ?
3. Apakah pencetakan sertifikat fidusia, pengesahan baban hukum oleh Menteri Hukum dan HAM, secara mandiri oleh pendaftar dapat dibenarkan secara hukum?
4. Apakah Ditjen AHU mempunyai kapasitas untuk bertindak dalam transaksi online system tersebut?

B. DASAR HUKUM

1. PENDAFTARAN PERSEROAN TERBATAS

Pasal 9 UU No.40 tahun 2007 tentang Perseroan terbatas menyebutkan bahwa

- (1) Untuk memperoleh Keputusan Menteri mengenai pengesahan badan hukum Perseroan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (4), pendiri bersama-sama **mengajukan permohonan melalui jasa teknologi informasi system administrasi badan hukum secara elektronik Kepada Menteri** dengan mengisi format isian yang memuat sekurang-kurangnya.....”

berdasarkan ketentuan di atas dapat disimpulkan bahwa UU PT telah mengakomodasi pendaftaran Perseroan yang didahului dengan pengajuan nama perseroan secara elektronik. Dengan demikian tidak terjadi perbedaan antara ketentuan peraturan yang mendasari dengan implementasi pendafraran perseroan secara

elektronik. Namun demikian problematika hukum barangkali akan muncul seandainya pemohon diberikan kewenangan untuk mencetak sendiri dengan jalan *print out* Surat keputusan Menteri mengenai pengesahan badan hukum. Apakah hasil printout SK Pengesahan Menteri mengenai pengesahan badan hukum perseroan terbatas mempunyai kedudukan yang sama dengan SK aslinya ?. Apakah SK Asli pengesahan badan hukum oleh Menteri masih perlu dibuat ?. dalam hal ini perlu dilakukan penelaahan secara hati-hati.

2. PERDAFTARAN JAMINAN FIDUSIA

Pasal 11 UU No.42 th 1999 tentang Fidusia menyebutkan bahwa

- (1) Benda yang dibebani dengan jaminan Fidusia wajib didaftarkan

Pasal 12

- (1) Pendaftaran dilakukan pada kantor Pendaftaran Fidusia
- (2) kantor Pendaftaran Fidusia berada dalam lingkup tugas Departemen kehakiman

Pasal 14 menyebutkan bahwa Kantor Pendaftaran Fidusia **menerbitkan dan menyerahkan kepada penerima Fidusia Sertifikat Jaminan Fidusia pada tanggal yang sama dengan tanggal penerimaan permohonan pendaftaran.**

Berdasarkan ketentuan di atas, UUJF tidak mengatur secara jelas mengenai teknis bagaimana pendaftaran fidusia tersebut dilakukan. Dengan demikian tidak dipermasalahkan apakah dilakukan secara manual ataukah dilakukan secara *online system*. Berbeda dengan ketentuan untuk pendaftaran Perseroan Terbatas yang secara jelas menyebutkan dilakukan secara elektronik. Hal ini berarti hal-hal yang berkaitan dengan teknis pendaftaran fidusia diserahkan sepenuhnya pada kantor Pendaftaran Fidusia, dalam hal ini Kementerian Hukum dan

HAM. Problematik hukum barangkali akan muncul berkaitan dengan ketentuan pasal 14 yang menyebutkan bahwa kantor Pendaftaran fidusia berkewajiban menerbitkan dan menyerahkan kepada penerima fidusia Sertifikat Jaminan Fidusia. Berdasarkan ketentuan ini maka Kantor Pendaftaran fidusia berkewajiban **MENERBITKAN DAN MENYERAHKAN** sertifikat jaminan fidusia. Dengan teknologi yang ada sekarang memungkinkan pencetakan sertifikat jaminan fidusia oleh pendaftar fidusia sendiri, setelah aplikasi fidusia dilakukan . Apakah pencetakan sertifikat jaminan Fidusia oleh pendaftar fidusia tidak bertentangan dengan ketentuan pasal 14 UUJF ? Dalam hal ini harus dipisahkan antara penerbitan dan pencetakan sertifikat jaminan fidusia. Secara elektronik, kantor Pendaftaran Fidusia telah menyiapkan dokumen sertifikat fidusia tersebut dalam system elektronik, sedangkan yang dilakukan oleh pendaftar fidusia adalah hanya melakukan perintah cetak sertifikat setelah semua proses pendaftaran dilakukan secara benar. Dengan demikian pencetakan sertifikat fidusia oleh pendaftar tidak menggantikan kedudukan Kantor pendaftaran fidusia dalam menerbitkan Sertifikat Jaminan Fidusia. Bagaimana dengan kewajiban Kantor Pendaftaran Fidusia untuk menyerahkan Sertifikat Jaminan Fidusia? . Apakah dengan pencetakan sendiri melalui perintah *print out* pada computer menjadikan kewajiban menyerahkan sertifikat Jaminan Fidusia oleh Kantor Pendaftaran Fidusia menjadi tidak dilakukan ?. Menurut saya, kalimat menyerahkan tidak diartikan secara apa adanya, yang menuntut bertemunya kedua belah pihak yang akan menyerahkan dengan pihak yang akan menerima penyerahan , akan tetapi terminology menyerahkan dapat saja terjadi barang yang akan diserahkan telah tersedia di suatu tempat sedangkan pihak yang akan menerima tinggal mengambilnya dengan melakukan langkah-langkah tertentu. Dengan demikian dalam system elektronik dokumen yang akan diserahkan tersebut telah ada dalam system elektronik , tinggal calon penerima dokumen tersebut melakukan

langkah-langkah tertentu untuk kemudian melakukan print out dokumen yang dibutuhkan, dalam hal ini sertifikat jaminan fidusia. Dengan demikian aktifitas pendaftaran secara online sebagaimana dilakukan oleh Ditjen AHU, untuk pendaftaran jaminan fidusia, yang menggunakan jaringan elektronik, maka sebenarnya perbuatan hukum sebagaimana diamanatkan pasal 14 UUJF, yaitu menerbitkan dan menyerahkan sertifikat jaminan fidusia terjadi pada saat bersamaan, yaitu pada saat pendaftar melakukan pencetakan sertifikat jaminan fidusia dari system, pada saat bersamaan telah terjadi penyerahan sertifikat dari Kantor Pendaftaran fidusia pada pendaftar.

3. PENDAFTARAN YAYASAN

Dalam pasal 11 UU No.28 th 2004 tentang perubahan UU No.16 tahun 2001 tentang yayasan disebutkan bahwa ;

- (1) Yayasan memperoleh status badan hukum setelah akta pendirian yayasan memperoleh pengesahan dari Menteri;
- (2) Untuk memperoleh pengesahan , pendiri atau kuasanya menejukan permohonan kepada Menteri melalui Notaris yang membuat akta pendirian yayasan;
- (3) Notaris wajib menyampaikan permohonan pengesahan pada Menteri dalam jangka waktu paling lambat 10 hari terhitung sejak tanggal akta pendirian yayasan ditanda tangani.

Berdasarkan ketentuan di atas dapat disimpulkan bahwa UU Yayasan tidak mengatur secara detail mengenai bagaimana mekanisme pendaftaran yayasan tersebut pada Kementerian Hukum dan HAM. UU Yayasan tidak mempersoalkan apakah dilakukan secara manual ataukah secara elektronik.

C. APAKAH PENDAFTARAN ONLINE SYSTEM PADA DITJEN AHU TUNDUK PADA UUTE

Secara visual system yang dibangun untuk aplikasi atau pendaftaran fidusia, badan hukum perseroan, yayasan, melibatkan dua pihak, yaitu

pendaftar (dalam hal ini perorangan, biasanya Notaris selaku pemegang kuasa) dengan pihak pemerintah (dalam hal ini adalah kementerian Hukum dan HAM- khususnya Ditjen AHU). Aplikasi tersebut awalnya dilakukan secara manual, artinya terdapat hubungan langsung antara pendaftar dengan kementerian Hukum dan HAM, terdapat penyerahan dokumen tertentu dari pendaftar kepada pihak Kementerian Hukum dan HAM. Namun demikian , dalam perkembangan berikutnya mata rantai keterhubungan langsung antara pendaftar dengan kementerian Hukum dan HAM dipisahkan oleh suatu system, yaitu perangkat elektronik computer. Tidak terdapat kontak langsung antara pendaftar dengan kementerian Hukum dan HAM . Pendaftar cukup aplikasi melalui computer yang terkoneksi dengan Kementerian Hukum dan HAM ,dalam hal ini Ditjen AHU. Dengan demikian pola yang semula bersifat manual telah diubah dengan system elektronik. Hal ini berarti bahwa ketentuan-ketentuan yang diatur dalam UU No.12 tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik berlaku dalam kaitannya dengan pendaftaran online system untuk fidusia, badan hukum perseroan, yayasan dst.

Masalahnya adalah, apakah aktifitas pendaftaran online tersebut dapat digolongkan ke dalam Transaksi Elektronik, sebagaimana diatur dalam UUTE?. Dalam penjelasan umum angka 2 UUTE disebutkan bahwa Transaksi Elektronik adalah perbuatan hukum yang dilakukan dengan menggunakan computer, jaringan computer, dan atau media elektronik lainnya. Melihat rumusan tersebut maka pendaftaran online system tersebut memenuhi unsure tersebut, yang mana terdapat perbuatan hukum tertentu, yaitu pendaftaran fidusia, perseroan, yayasan. Masalahnya adalah apakah pendaftaran online tersebut perbuatan hukum?. Terminologi “pendaftaran” saja barangkali tidak secara otomatis merupakan perbuatan hukum. Namun demikian apabila perbuatan pendaftaran tersebut dilakukan dalam kaitannya untuk melaksanakan ketentuan peraturan , apalagi tanpa perbuatan pendaftaran membawa akibat hukum tertentu, maka perbuatan pendaftaran tersebut memenuhi kualifikasi sebagai perbuatan hukum. Dalam pendaftaran online saat ini juga mendasarkan pada perangkat computer yang terkoneksi dengan jaringan di Ditjen AHU, sehingga perbuatan pendaftaran secara online

system pada Ditjen AHU memenuhi criteria sebagai transaksi elektronik, sebagaimana diatur dalam UUITE.

Masalah berikutnya adalah, apakah transaksi elektronik tersebut dapat bersifat non komersial ?, apakah pelayanan pemerintah secara elektronik, seperti halnya pendaftaran secara online , dapat dikategorikan sebagai transaksi elektronik?. Problematika tersebut terjawab dengan melihat ketentuan pasal 17 UUITE yang menyebutkan bahwa penyelenggaraan transaksi elektronik dapat dilakukan dalam lingkup public ataupun privat. Dalam penjelasannya disebutkan bahwa undang-undang ini memberikan peluang terhadap pemanfaatan teknologi informasi oleh penyelenggara Negara, orang, badan usaha, dan atau masyarakat. Dengan demikian kementerian Hukum dan HAM , dalam kaitannya dengan penyelenggaraan pendaftaran online, berposisi sebagai penyelenggara Negara yang melakukan transaksi elektronik dalam lingkup public.

Bagaimana gambaran posisi masing-masing pihak dalam hal pendaftaran secara online, baik fidusia, perseroan, atau yayasan, pada Ditjen AHU, bila ditinjau dari UUITE?.

Pendaftaran fidusia, perseroan, yayasan pada Ditjen AHU secara visual dapat digambarkan sebagai berikut ;

Notaris, sebagai pemegang kuasa pendaftaran, melakukan aplikasi melalui jaringan computer setelah sebelumnya melakukan pembayaran PNBPN pada suatu bank yang ditunjuk untuk itu. Jaringan computer yang digunakan notaries terhubung dengan server pada Direktorat jenderal Administrasi Hukum Umum pada kementerian Hukum dan HAM Jakarta. Apabila aplikasi yang dilakukan Notaris tersebut benar maka notaries dalam melakukan print out tanda bukti pendaftaran termasuk di dalamnya sertifikat fidusia (apabila pendaftaran fidusia), SK Pengesahan Badan Hukum (bila pendaftaran pengesahan badan hukum perseroan). Dengan demikian dalam kaitannya dengan pendaftaran secara online , terdapat dua subyek hukum, yaitu pendaftar (dalam hal ini Notaris) dan Pemerintah (dalam hal ini kementerian Hukum dan HAM- Dijen AHU), sedangkan yang menjadi obyek adalah dokumen .

Apabila persoalan pendaftaran secara *online* ditinjau dari UUTE, maka pendaftar (dalam hal ini Notaris) berposisi sebagai **pengguna, yang dapat berujud orang atau badan usaha**. sedangkan aktifitas melakukan pendaftaran secara online tersebut disebut dengan **transaksi elektronik**. Data yang dimasukkan ke dalam system elektronik oleh notaries pada saat melakukan aplikasi disebut dengan **informasi elektronik**, yaitu satu atau sekumpulan data elektronik , termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto, elektronik data interchange (EDI), surat elektronik, telegram, teleks, telecopy atau sejenisnya, huruf, tanda, angka, kode akses, symbol atau perforasi yang telah diolah yang memiliki arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya.. Keterhubungan antara computer yang digunakan oleh notaries untuk melakukan aplikasi secara online dengan computer yang berada di Ditjen AHU Kementerian Hukum dan HAM, disebut dengan **jaringan sistem elektronik**, yaitu terhubungnya dua system elektronik atau lebih, yang bersifat tertutup atau terbuka. Adapun posisi kementerian Hukum dan HAM, dalam hal ini Dijen AHU, berposisi sebagai **penyelenggara sistem elektronik**, yaitu setiap orang , penyelenggara negara, badan usaha, dan masyarakat yang menyediakan, mengelola, dan/ atau mengoperasikan sistem elektronik , baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama kepada pengguna sistem elektronik untuk keperluan dirinya dan / atau keperluan pihak lain¹⁴⁴.

D. MASALAH FUNGIBILITY

Persoalan hukum akan muncul ketika seorang notaries yang telah melakukan aplikasi secara *online* untuk fidusia ataupun pendaftaran perseroan untuk memperoleh pengesahan badan hukum dari Kementerian Hukum dan HAM, yaitu pada saat notaries melakukan perintah print atau cetak sertifikat fidusia ataupun SK pengesahan badan Hukum dari Menteri Hukum dan HAM. Apakah sertifikat fidusia dan SK pengesahan badan hukum tersebut mempunyai kekuatan pembuktian yang sama dengan aslinya ?. Apakah hukum dapat membedakan mana sertifikat

144 Pasal 6a UU No. 19 tahun 2016 tentang Perubahan Atas UU No.11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik

yang asli dan mana yang bukan ?. Apakah sertifikat aslinya masih harus dibuat ?. Apakah SK Pengesahan badan hukum yang asli harus juga dibuat ?. Apakah sertifikat atau SK Pengesahan badan hukum hasil dari print out tersebut berstatus sebagai pengganti atau turunan atautkah asli?. Persoalan- persoalan hukum tersebut akan muncul sekitar aplikasi secara *online* pada Ditjen AHU.

Problematika tersebut di atas sebenarnya berkisar pada persoalan sekitar FUNGIBILITY atau FUNGIBLE, artinya terdapat dua hal atau benda yang memiliki identitas yang sama, sedemikian identiknya sehingga segala sesuatunya menyangkut :

- unsur
- bentuk dan ukuran
- nilai ekonomis atau pemanfatannya benar-benar sama.

namun demikian penerapan “ nilai ekonomis “ tidak harus diartikan secara harfiah, tetapi menekankan pada tujuannya. Sebagai contoh ketentuan pasal 1763 BW yang menyebutkan bahwa “ siapa yang menerima pinjaman diwajibkan mengembalikannya dalam jumlah dan **keadaan yang sama.....**” Kalimat “**keadaan yang sama** “ tidaklah berarti pengembalian pinjaman tersebut harus sama jumlahnya dan sama keadaan uang pada saat dipinjam dengan saat dikembalikan, yaitu sama nomor seri uangnya. Dalam kondisi ini terdapat factor particular circumstances, yang membolehkan secara kasuistik untuk mendidikan fungibility berdasarkan jumlah uang yang dipinjam berdasarkan patokan ekonomis.¹⁴⁵

Apakah sertifikat fidusia atau SK pengesahan badan hukum yang dicetak oleh notaries melalui perintah print pada computer berstatus sebagai pengganti atau turunan atau derivative atautkah asli ?. Apabila sertifikat fidusia yang model sebelumnya serta SK Pengesahan badan hukum perseroan dari kementrian Hukum dan HAM , tidak diterbitkan lagi, selain yang diperoleh dengan jalan print dari sistem elektronik, maka sertifikat fidusia dan Sk pengesahan badan hukum tersebut

145 PT Kliring Deposit Efek Indonesia, Aspek Hukum Pasar Modal, Transaksi dan Penyelesaian Transaksi Efek tanpa Sertifikat, Rangkuman Diskusi panel , Niaga Tower, 3 Mei 1994, hal 26-27

berstatus sebagai **pengganti atau substitusi**. Tetapi apabila sertifikat fidusia dan SK Pengesahan badan hukum yang asli masih diterbitkan , maka berstatus sebagai turunan atau derivative.

Masalah FUNGIBILITAS berkait erat dengan fungsi dokumen sebagai pengganti atau substitusi dan bukan sebagai turunan atau derivative. Hal itu disebabkan karena karakter, fungsi atau manfaat yang melekat dari dokumen asli akan tergantikan oleh dokumen penggantinya. Dengan demikian saya berpendapat bahwa sebaiknya dalam kaitannya dengan pendaftaran secara online pada kementrian Hukum dan HAM , dalam hal ini Ditjen AHU, tidak diterbitkan lagi sertifikat fidusia yang asli ataupun SK Pengesahan badan hukum yang asli, setelah semuanya dilakukan melalui system elektronik. Hal ini untuk mendukung agar fungsi , karakter, nilai manfaat, dari sertifikat dan SK pengesahan badan hukum yang dicetak dari system elektronik fungible dengan aslinya.

BAB VI.

FUNGSI SOSIAL HAK CIPTA : DINAMIKA MENSEIMBANGKAN KEPENTINGAN PENCIPTA DENGAN KEPENTINGAN MASYARAKAT PENGGUNA CIPTAAN

A. Pendahuluan

Pada dasarnya dalam dunia hak cipta terdapat dua blok besar mengenai falsafah atau kebudayaan tentang hak cipta yang saling bertentangan , yaitu falsafah yang dianut Perancis dengan tradisi *Civil Law* (hukum sipil) dan falsafah yang dianut Amerika Serikat dengan tradisi *Anglo- Saxon tradition*. Hukum hak cipta Perancis yang banyak dipengaruhi oleh pandangan Hukum alam abad pertengahan dan lebih banyak memberikan perhatian dan perlindungan hukumnya pada pencipta sebagai implementasi hak-hak alamiah (*natural rights*), sedangkan tradisi Amerika mempunyai pandangan lain tentang hak cipta yang cenderung lebih banyak dipengaruhi pandangan-pandangan mazhab *utilitarian* yang berakar pada filosofi *hedonistic* (“*That pleasure*

was the highest or the only intrinsic good”¹⁴⁶) dari filsuf yunani yang cenderung mengesampingkan memberikan perlindungan pada pencipta, tetapi lebih menekankan pada tercapainya kemanfaatan yang lebih besar untuk masyarakat banyak. Sehingga cenderung lebih banyak memberikan perlindungan pada ciptaan dan bukan pada pencipta.

Dengan demikian problematika umum di banyak negara samapi saat ini adalah menseimbangkan kepentingan pencipta di satu pihak dengan hak monopolinya dan kepentingan masyarakat pengguna ciptaan sebagai pengguna ciptaan. Semakin memberikan perlindungan lebih pada pencipta akan berakibat hak-hak masyarakat terbatas, sedangkan memberikan banyak kebebasan hak pada masyarakat akan berakibat termarginalkan hak pencipta. Salah satu cara yang ditempuh banyak negara untuk mengurangi conflict of interest tersebut adalah dengan mengatur hak ekonomi pencipta di satu pihak sekaligus mengatur mengenai pembatasan-pembatasan hak ekonomi tersebut dalam regulasi yang sama. Regulasi yang berkaitan dengan pembatasan-pembatasan hak ekonomi pencipta tersebut sering dikenal dengan *fair use* atau *fair dealing*, atau di dalam konsep hukum di indonesia dapat dimaknai dengan fungsi sosial hak cipta.

B. Falsafah Hak Cipta Perancis

Landasan sejarah Undang-undang hak cipta Perancis sebenarnya sama dengan landasan sejarah undang-undang hak cipta Amerika Serikat dan Inggris, hak cipta Perancis muncul dari reruntuhan praktek monopoli kerajaan dan lembaga sensor atas seni sastra oleh negara. Apabila ditanyakan apakah hak cipta termasuk hak yang lahir dari hukum alam pada pencipta dan berlaku selam-lamanya, atautkah sekedar alat kebijaksanaan umum yang berkemampuan terbatas untuk mendorong produksi seni sastra dan seni budaya lainnya?, maka pendukung gigi tradisi hak pencipta akan menarik asal usul doktrin hak pencipta ke zaman abad pertengahan, tetapi para ahli yang moderat di Perancis menariknya dari semangat individu yang memasuki revolusi Perancis.

146 L.B. Curzon, *Yurisprudence*, M&E Handbooks, 1979, p.94

Pada tahun 1852, Perancis mengumumkan prakarsa yang sangat berani yang sepenuhnya berlandaskan pada doktrin hak pencipta : Perancis akan memberikan perlindungan hak cipta tidak saja pada karya-karya dari negara yang setuju (seperti Belgia), memberikan perlindungan pada karya-karya Perancis, tetapi juga pada karya-karya dari negara-negara lain yang tidak melindungi karya-karya Perancis. Tahun ini merupakan tahun awal upaya Perancis memperluas jangkauan karya-karya Perancis ke negara lain. Sepuluh tahun kemudian tercatat 23 negara menandatangani perjanjian hak cipta timbal balik dengan Perancis. Perkembangan berikutnya Eropa mulai menampakkan perkembangannya kearah menjauhi prinsip timbal balik dalam melindungi karya cipta, tetapi perkembangan mengarah ke arah tercapainya prinsip perjanjian yang lebih umum dan lebih efisien, yaitu prinsip “ perlakuan nasional (*national treatment*). Berbeda dengan prinsip timba balik, maka asas perlakuan nasional mewajibkan setiap negara yang menandatangani perjanjian untuk melindungi karya cipta yang dihasilkan warga negara dari negara-negara lain yang juga penandatangan perjanjian itu atas dasar persyaratan yang sama guna melindungi karya-karya warga negaranya sendiri. Perlakuan nasional tersebut pada prakteknya juga menimbulkan pembagian hak yang tidak seimbang antar negara, untuk itu diusulkan untuk dilengkapi dengan ketentuan mengenai standar minimum, artinya negara anggota bebas memperlakukan karya cipta warga negaranya sendiri sesuka hati, tetapi karya cipta warga negara lain penanda tangan perjanjian, harus diperlakukan menurut suatu standar minimum sebagaimana ditentukan dalam perjanjian.¹⁴⁷

Tahun 1884, Diplomat dari sepuluh negara bertemu di Bern, Swiss untuk mulai merumuskan perjanjian multi lateral mengenai hak cipta yang didasarkan pada prinsip perlakuan nasional dengan standar minimum. Perjanjian itu ditandaangani tahun 1886. Sepuluh negara penandatangan adalah : Perancis, Jerman, Italy, Liberia, Spain, Switzerland, Tunisia, Belgium, Great Britain). Perjanjian itu kemudian dikenai dengan *Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 1886*.

147 Paul Goldstein, *Hak Cipta : Dahulu, Kini, dan Esok*, Yayasan Obor Indonesia, hal 197-199

Dengan demikian nampak sekali pengaruh prinsip dasar hukum hak cipta Perancis ke dalam Bern Convention. Sebagaimana diketahui bahwa Bern Convention 1886 di sepakati atas dasar tiga prinsip dasar, yaitu prinsip *national treatment*, prinsip *automatic protection*, dan prinsip *independence protection*. Prinsip *automatic protection* merupakan prinsip dasar hak cipta Perancis yang didasarkan pada hak-hak alamiah dari mazhab hukum alam abad pertengahan yang pada intinya menyebutkan bahwa hak cipta bukan pemberian oleh pihak lain tetapi merupakan hak yang telah melekat secara alamiah pada setiap individu.

Sebagai penghormatan terhadap si pencipta maka undang-undang hak cipta Perancis sangat menghormati hak-hak pencipta apakah itu pencipta karya tulis, musik, film atau karya-karya asli lainnya. Untuk itu Undang-undang hak cipta Perancis tidak menggunakan istilah hak cipta (*copyright*) tetapi menggunakan istilah hak pencipta (*authors right* atau *droit d'Authheur*), untuk menunjukkan bahwa undang-undang hak cipta tersebut memberikan perlindungan yang lebih ada pencipta dan bukan pada ciptaannya. Implementasi pemberian perlindungan yang lebih condong pada pencipta tersebut diwujudkan dalam bentuk aturan mengenai doktrin hak moral (*droit moral* atau *droits moraux*), yang memberikan hak pada pencipta untuk mengontrol ciptaannya dan melarang orang lain, termasuk penerbitnya sendiri, untuk mengubah ciptaannya ke dalam bentuk apapun yang mungkin dapat berakibat buruk pada reputasi seninya. Dengan demikian aturan mengenai hak moral lebih banyak berkaitan dengan hal-hal yang berhubungan dengan perlindungan atas nama baik pencipta, reputasi, ciptaannya dan bukan pada nilai ekonomi ciptaan. Demikian dijunjung tingginya doktrin hak moral di Perancis, seorang ahli hak cipta Perancis, Piere Recht mengatakan “ bila kaum fanatik *droit moral* membahas hak moral, mereka bersikap seperti kaum fanatik agama yang membicarakan sesuatu yang suci atau seorang *Girondin* yang membacakan deklarasi hak-hak asasi manusia.”¹⁴⁸

Berbeda dengan hak ekonomi (*economic right*) yang dapat dialihkan dengan berbagai macam cara, maka hak moral tidak dapat dipindah tangankan atau dialihkan. Walaupun hak ekonomi ciptaan telah dipindah

tanggankan berapakahpun dan ke pada siapaun maka hak moral tetapi mengikuti ciptaan tersebut, dan tetap menjadi milik si pencipta.

Beberapa aturan mengenai hak moral dalam hukum hak cipta Perancis :

Article 6 *French Law* No.57-298 of 11 march 1957 menyebutkan tentang *the right of integrity* yang dalam bahasa Perancis disebut dengan “ *droit aurespect de l’oeuvre* “, yaitu hak untuk tetap dijaga keutuhan ciptaan serta hak untuk melarang pihak lain melakukan mutilasi atau distorsi ciptaan tanpa izin pencipta yang dapat berakibat pada reputasi atau nama baik pencipta. Selain itu masih ada hak moral lain yaitu “ *droit a la paternite* “ atau sering disebut dengan *the right of attribution*, yaitu hak untuk tetap dicantumkan nama pencipta dan melarang orang lain mencantumkan nama selain nama pencipta, walaupun ciptaan tersebut sudah dialihkan pada pihak lain. Kedua hak moral tersebut tercantum juga dalam *Bern Convention* 1886 pada Article 6 bis, yang selengkapnya berbunyi :

- (1) *Independently of the author’s economic rights , and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation.*
- (2) *The rights granted to the author in accordance with the preceding paragraph shall, after his death, be maintained, at least until the expiry the economic rights, and shall be exercisable by the person or institution authorized by the legislation of the country where protection is claimed . However those countries whose legislation, at the moment of their ratification of or accession to this act, does not provide for the protection after the death of the author of all the rights set out n the preceding paragraph may provide that some of these rights may, after his death, cease to be maintained.*

Selain hak moral tersebut di atas, terdapat jua beberapa hak moral lain yang tidak tecantum dalam *Bern Convention*, yaitu :

The right of disclosure, yaitu hak dari pencipta untuk menentukan kapan serta dimana ia akan melakukan publikasi karya ciptanya. Dalam hukum Perancis hak ini disebut dengan “*droit de divulgation*”, sebagaimana disebut dalam *Article 19 French Law No. 57-298 of March 1957*. Disebutkan juga bahwa penerbit tidak dibolehkan melakukan modifikasi atas ciptaan pencipta, kecuali ada persetujuan tertulis dari pencipta.

The right to withdraw or retract, yaitu hak untuk menarik kembali hak untuk melakukan modifikasi ciptaan atau hak untuk membatalkan ciptaannya sendiri dari sudut pandangan publik. Hak ini secara esensial menciptakan hak ang berkesinambungan atas keterbukaan. Mengingat ciptaan merupakan personifikasi pencipta sendiri maka pada saat *personality* pencipta telah mengalami perubahan, maka apabila menurut pandangannya ciptaan lama tersebut dirasakan sudah tidak mempresentasikan *personalitynya*, pencipta mempunyai hak untuk membatalkan atau menghentikan peredaran ciptaan lama tersebut.. Dalam hukum Perancis hak ini disebut dengan “*droit de retrait ou de repentir*”, sebagaimana disebutkan dalam *Article 32 of French Law No.57-298 of 11 March 1957*.

The right to reply to criticism, sebagai contoh hukum Perancis memberikan hak pada pencipta hak untuk “*reply to a critic and to have the reply published in the same place as the critic’s expression*”.

Hak moral ini menurut hukum Perancis merupakan hak pencipta yang bersifat abadi (*perpetual*), tidak dapat dicabut(*inalienable*), serta mengalir sebagai warisan pada pencipta, bahkan setelah hak ekonominya dialihkan sekalipun pada orang atau perusahaan. Menurut konsep hukum Perancis ciptaan adalah merupakan *personality* si pencipta, ciptaan merupakan kepanjangan tangan karakter dan personifikasi pencipta. Untuk itulah *personality* tidak dapat dialihkan pada pihak lain.¹⁴⁹

149 Ronald B. Standler, *Moral Rights of Authors in the USA*, lihat dalam <http://www.rbs2>.

Hukum hak cipta Perancis mengakui kenyataan bahwa pencipta memang telah memperoleh beberapa keuntungan (uang misalnya) dengan melakukan transfer hak ekonomi sebuah ciptaan hasil karya intelektualnya pada pihak lain, akan tetapi hal ini tidak berarti mengeliminasi semua hak yang dimiliki pencipta. Ibarat seseorang yang hanya menjual separuh tanah miliknya, artinya pemilik tanah masih memiliki hak campur tangan serta menikmati hak atas tanah separuh lainnya. Lebih dari itu, hak moral di Perancis dimiliki dan dapat digunakan hampir semua objek ciptaan, berbeda dengan model Amerika yang memberlakukan hak moral hanya spesifik pada *Visual Artist's* . Dengan demikian di Amerika hak moral tidak dimiliki untuk pencipta seperti *Sculptors, audiovisual Artists, filmmakes, etc.*¹⁵⁰

Dalam falsafah hak cipta di Perancis , serta banyak dianut oleh negara-negara yang menganut tradisi hukum sipil di benua Eropa, maka pencipta menjadi titik pusat yang mendapatkan hak penuh untuk melakukan kontrol setiap penggunaan karya ciptanya yang mungkin dapat merugikan kepentingannya. Di beberapa negara Eropa , peraturan yang melindungi karya-karya sastra dan seni tidak dinamakan Undang-undang hak cipta, tetapi undang-undang hak pencipta (misalnya : *droit d'auteur* di Perancis, *Urheberrecht* di Jerman, dan *diritto d'autore* di Italia, *Auteurswet* di Belanda). Sebaliknya Amerika menggunakan istilah hak cipta (*copyright*) dengan focus mencoba menyeimbangkan kepentingan produsen karya berhak cipta dengan kepentingan konsumen karya berhak cipta, tanpa memperhitungkan kepentingan pencipta.

Hak moral yang dijunjung tinggi dalam hukum hak cipta Perancis mengakar pada pemikir-pemikir hukum alam, seperti halnya John Locke dalam buku karangannya *Two Treaties on Civil Government* menyebutkan bahwa hukum itu tidak lagi diturunkan dari tuhan, akan tetapi dari alam kodrat dan berdasarkan rasio. Oleh karena itu kekuasaan penguasa bukan lagi diturunkan dari tuhan yang bersifat mutlak tetapi kekuasaan tersebut didasarkan pada hukum alam dan tidak bersifat mutlak. John Locke

juga mendasarkan teorinya pada keadaan manusia pada alam bebas . keadaan alam bebas atau keadaan alamiah itu mendahului adanya negara dan dalam keadaan seperti itu telah ada perdamaian dan akal pikiran seperti halnya dalam negara. Dalam keadaan alam bebas atau alamiah tersebut manusia telah mempunyai hak-hak alamiah, yaitu hak-hak manusia yang dimilikinya secara pribadi. Hak-hak alamiah tersebut adalah : hak akan hidup, hak akan kebebasan atau kemerdekaan, hak akan milik, hak akan memiliki sesuatu . Jadi menurut kodratnya manusia sejak lahir telah mempunyai hak-hak kodrat atau hak-hak alamiah dan ini disebut dengan hak-hak dasar atau hak-hak asasi.

Hak-hak alamiah tersebut di atas yang mempengaruhi pandangan hukum hak cipta Perancis sehingga memunculkan doktrin hak-hak moral. Dengan demikian menurut konsep hukum hak cipta Perancis , pembicaraan mengenai hak pencipta ditempatkan dalam kaitannya dengan hak asasi manusia (*human rights*) dan bukan dalam kaitannya dengan hak milik (*property rights*).

Selain hak moral yang menjadi ciri utama hukum hak cipta Perancis, maka hukum hak cipta Perancis juga menganggap bahwa yang dapat menyandang status pencipta hanyalah manusia, sedangkan badan hukum seperti halnya studio film atau perusahaan rekaman tidak termasuk di dalamnya. Dengan demikian karya rekaman, siaran televisi, ataupun siaran radio tidak mendapatkan perlindungan hak cipta. Akan tetapi karya –karya tersebut dipandang perlu diberikan perlindungan maka diberikan perlindungan melalui hak yang berdekatan dengan hak cipta, yang dikenal dengan *neighbouring rights*. *Neighbouring rights* merupakan hak yang lebih rendah tingkatannya di banding hak pencipta. Dalam konsep hak cipta di Perancis maka karya cipta yang akan memperoleh perlindungan hak pencipta dituntut karya tersebut harus kreatif serta mencerminkan ciri kepribadian penciptanya. Dengan demikian penolakan pemberian perlindungan hukum hak cipta atas karya rekaman, siaran TV, karena karya cipta ini tidak mampu mencerminkan unsur kepribadian penciptanya.¹⁵¹

151 Paul Goldstein, opcit hal 209

C. C.Falsafah Hak Cipta Amerika Serikat

Dalam *Article I, Section 8, US Constitution* disebutkan bahwa

“ The Congress shall have Power..... to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to heir respective Writings and Discoveries.....

Berdasarkan amanat konstitusi tersebut Amerika memandang bahwa tujuan utama pemberian hak cipta adalah dalam rangka untuk mendorong produksi ciptaan yang kreatif untuk kepentingan dan keuntungan publik, oleh karenanya kepentingan publik adalah yang utama di atas kepentingan penciptanya (manakala terjadi konflik kepentingan diantara keduanya). Dengan demikian falsafah yang menjadi dasar hukum hak cipta di AS adalah prinsip manfaat (*Utilitarian*- tokoh utama mahzab ini adalah Bentham dan J.S. Mill ¹⁵²), yaitu prinsip yang berusaha menyeimbangkan antara kepentingan ekonomi produsen dan kepentingan ekonomi konsumen, sehingga terkadang penciptanya sendiri kepentingannya terabaikan. Utilitarian sendiri merupakan filosofi moral yang mendefinisikan kebenaran atau keadilan dari sebuah tindakan dalam kaitan kontribusinya pada kebahagiaan yang lebih umum serta mempertimbangkan tujuan akhirnya adalah “ *the greatest happiness for the greatest number* “(kebahagiaan yang lebih besar untuk masyarakat banyak pada umumnya). Dalam pandangan Bentham,

152 Tokoh utama kaum utilitarianism adalah Jeremy Bentham (1733-1804) dengan filosofinya yang amat terkenal, yaitu “ *The greatest happiness for the greatest number* “, doktrin “ *the greatest happiness principle* “. Bentham mendukung hak cipta ,kupasannya berpusat pada persoalan apakah pengarang akan mengarang dan penerbit akan menerbitkan buku apabila tidak ada hak cipta. Bertolak dari pengamatan “ apa yang diciptakan seseorang dapat ditiru semua orang “ ia menyimpulkan , bahwa di pasar yang bersaing ketat hanya hukmlah yang dapat mencegah orang meniru dan jika tidak ada hukum pencipta akan terdesak oleh para pesaingnya yan memperoleh tanpa baya sepeserpun. Dengan demikian ia melihat hak cipta sebagai pendorong atau perangsang untuk berkarya.

Doktrin Utilitarian mempunyai akar pada doktrin *Hedonist* yang berasal dari Filsuf Yunani, seperti halnya Aristipus dan Epicureans. Hedonism memandang bahwa kebahagiaan adalah yang tertinggi atau hanya “*intrinsic good*”..

tujuan akhir pembuatan peraturan adalah untuk memberikan kebahagiaan yang lebih besar untuk masyarakat banyak. Lebih lengkapnya Bentham menyebutkan bahwa “ *The goals of legislation : Legislation intended to produce happiness for the community must to attain four goals ;*

- (a) *To provide subsistence;*
- (b) *To Provide abundance;*
- (c) *To provide security;*
- (d) *To attain equality.*¹⁵³

JS Mill (1806-1873), dalam *essay On Liberty* (1859) Mill mempertimbangkan hubungan antara pemerintah dengan kebebasan individu di dalam masyarakat. Dia menguraikan terdapat dua prinsip fundamental yaitu :

- (a) *The individual is not accountable to society for his actions “ in so far as these concern the interest of no person but himself”. Society can express its dislike or disapprobation of his conduct only by advise, instruction and avoidance if thought necessary by society for its own good.*
- (b) *The individual is accountable for such actions as are prejudicial to the interest of others and he may be subjected to social or legal punishment if society feels this necessary for its protection.*¹⁵⁴

Pandangan *Utilitarian-(utility)* , banyak membawa pengaruh pada bagaimana Amerika memandang hak cipta sebagai suatu aturan yang dibutuhkan manakala dapat memberikan manfaat yang lebih banyak pada masyarakat dan bukan memberikan perlindungan yang berlebihan pada penciptanya, sebagaimana dilakukan Perancis. Dampak dari pandangan ini adalah melindungi kepentingan ekonomi ciptaan menjadi lebih utama dibandingkan melindungi kepentingan penciptanya, artinya hak ekonomi ciptaan (*economic rights*) yang menonjol daripada hak moral pencipta (*moral rights*). Dengan demikian konsep dasar hak cipta di AS bukan berasal dari hak-hak alamiah tetapi berasal dari perundang-undangan.

¹⁵³ L.B. Curzon, *opcit* , p 95

¹⁵⁴ Ibid p.99

Artinya hak cipta itu tidak muncul secara alamiah atau otomatis pada setiap individu, tetapi diberikan oleh pihak lain, dalam hal ini oleh negara atas amanat konstitusi. Hal ini berarti hak cipta bukan *natural rights*, sebagaimana dianut Perancis, tetapi hak cipta dipandang sebagai komoditi yang dapat dipindah tangankan secara bebas sehingga hak cipta merupakan *property rights*. Sebagai akibat lebih jauh karena hak cipta merupakan pemberian oleh negara maka negara berhak menentukan tata cara serta persyaratan untuk memperolehnya. Untuk itulah dalam sejarah hak cipta di AS pernah diterapkan ketentuan bahwa hak cipta baru lahir apabila dilakukan registrasi serta dipenuhinya persyaratan deposit, atau penggunaan *copyright notice*.

Pandangan Amerika yang memandang hak cipta merupakan *property rights* mengakibatkan regulasi mengenai hak cipta di AS enggan memasukkan atau bahkan terkesan menolak doktrin hak moral sebagaimana dijunjung tinggi di Perancis. Dengan demikian aturan hak cipta di AS lebih banyak mengatur mengenai hak ekonomi daripada hak moral pencipta. Seratus tahun lebih (semenjak hukum hak cipta pertama – *Copyright Act of 1790* sampai dengan AS menyatakan ikut serta dalam *Bern Convention* tahun 1988), hukum hak cipta di AS dibiarkan tanpa mengatur mengenai hak moral pencipta. Walaupun demikian sebenarnya terdapat aturan yang senada dengan hak moral yang tersebar pada beberapa aturan, yaitu :

- (a) *the common law of misrepresentation an unfair competition;*
- (b) *Art 43 (a) of Lanham Act, 15 USC 1125(a)(1)(A), which prohibits “ false designation of origin”, false of misleading description of fact “ that is “ likely to cause confusion,..mistake “ , or deception about “ the Affiliation, connection, or association “ of a person with any product or service;*
- (c) *Defamation (libel) law.*

Ketentuan yang mengatur mengenai hak cipta di AS tercantum dalam : *Copyright Act of 1790, Copyright Act 1976, Sony Bono Copyright Term Extension Act 1998, Digital Milenium Copyright Ac of 1998.*

Setelah ratusan tahun lebih Amerika bersikukuh dengan konsepnya sendiri mengenai hak cipta, pandangan tersebut mulai goyah pada saat Amerika tidak mampu berbuat banyak untuk melindungi karya cipta warga negaranya di negara lain dari tindakan pembajakan. Hal itu disebabkan tidak adanya perjanjian bilateral mengenai perlindungan hak cipta antara Amerika dengan negara pembajak karya cipta. Kendala lain adalah Amerika bukan termasuk negara penanda tangan Konvensi Bern yang banyak diikuti negara-negara lain di dunia ini. Dengan pertimbangan tersebut AS menyatakan ikut serta dalam Bern Convention pada tahun 1989. Akibat yang harus ditanggung AS sebagai negara peserta konvensi Bern adalah menyesuaikan ketentuan hak ciptanya dengan prinsip dasar *Bern Convention*, yaitu prinsip *automatic protection*, *national treatment*, dan *independence protection*. Yang paling dirasakan berat untuk AS adalah prinsip *automatic protection*, karena AS harus mengubah sistem perolehan hak cipta dari model registrasi menjadi hak yang otomatis tanpa perlu registrasi (namun terdapat beberapa ketentuan yang condong mengarahkan pencipta untuk tetap melakukan registrasi dengan beberapa manfaat yang ditawarkan). Selain itu yang paling dirasakan sulit adalah memasukkan konsep atau doktrin hak moral dalam hukum hak cipta AS, sebagaimana diatur dalam Article 6 bis Bern Convention.

Namun demikian, bukan AS kalau tidak mampu menyiasati persoalan di atas. Intinya congress AS mampu menyesuaikan ketentuan Art 6 bis Bern Convention tanpa melakukan penambahan atau perubahan pada hukum hak cipta AS. Pada tahun 1990 *Congress AS* menyetujui *the Visual Artists Rights Act (VARA) of 1990, 17 USC 106 A*. VARA ini secara khusus hanya diberikan pada pencipta *Visual Art*, seperti halnya *painting, drawing, print, sculpture, still photographic image etc*, dengan demikian tidak mencakup karya-karya cipta di bidang *literary works, performing art works, sound recording, serials and periodicals works, mask works*. Menurut VARA pencipta di bidang *visual art* mempunyai hak moral berupa :

- (a) *The rights of attribution*, yaitu berupa : *the right to claim authorship, the right to prevent his/her name from being attached to works that he/she did not create, the right to prevent*

use of his/her as the author after mutilation, distortion, or other modification of the work that is prejudicial to his/her honor or reputation;

- (b) *The rights of integrity, yaitu berupa : prevent any intentional mutilaion or distortion of the work that is prejudicial to his/her honor or reputation, prevent destruction of a work of recognized stature.*

Dengan demikian *moral rights* sebagaimana dimaksudkan dalam VARA sama halnya dengan *moral rights* sebagaimana kita kenal dalam hukum hak cipta Perancis, sebagaimana dikatakan Betsy Rosenblatt dalam artikelnya bahwa “ *Moral rights protect the personal and reputational, rather than purely monetary, value of a work to its creator.*¹⁵⁵

Perbandingan Dua falsafah/ Budaya tentang Hak Cipta

No	Hak Cipta Perancis	Hak Cipta Amerika Serikat
1	Pengaruh Pandangan Hukum Alam	Pengaruh Pandangan Utilitarian
2	Tradisi Civil Law	Tradisi Anglo-Saxon
3	<i>Copyright= Natural Rights</i>	<i>Copyright= Property Rights</i> (pemberian Konstitusi)
4	Dasar Perlindungan adalah Morality	Dasar perlindungan adalah Ekonomi
5	Aturan Hak Moral menonjol	Hampir tidak ada hak moral (aturan hak ekonomi yg menonjol)
6	Pencipta adalah manusia	Pencipta bisa manusia/ badan usaha
7	Terdapat aturan mengenai <i>Neighbouring Right</i> untuk pencipta bukan manusia	Tidak ada <i>neighbouring right</i>
8	Lebih melindungi Pencipta	Lebih melindungi ciptaan
9	Istilah yg digunakan <i>Author's Right</i>	Copyright

¹⁵⁵ Betsy Rosenblatt, *Moral Rihts Basics*, Harvard Law Shool, last Modified March 1998, p 1

D. Fungsi Sosial Hak cipta

Kata Fungsi Sosial secara historis yuridis sering dijumpai pada saat membicarakan mengenai hak-hak yang berkaitan dengan kepemilikan tanah, sebagaimana di atur di dalam UUPA (Undang-undang Pokok Agraria) tahun 1960.

Pasal 6 : Semua hak atas tanah memiliki fungsi sosial.

Fungsi sosial hak atas tanah sebagaimana dimaksud Pasal 6 UUPA mengandung beberapa prinsip keutamaan antara lain :

- Merupakan suatu pernyataan penting mengenai hak-hak atas tanah yang merumuskan secara singkat sifat kebersamaan atau kemasyarakatan hak-hak atas tanah menurut prinsip Hukum Tanah Nasional. Dalam Konsep Hukum Tanah Nasional memiliki sifat komunalistik religius, yang mengatakan bahwa seluruh bumi, air, dan ruang angkasa, termasuk kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dalam wilayah Republik Indonesia, sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa, adalah bumi, air dan ruang angkasa, bangsa Indonesia dan merupakan kekayaan nasional;
- Tanah yang dihaki seseorang tidak hanya mempunyai fungsi bagi yang mempunyai hak itu saja tetapi juga bagi bangsa Indonesia seluruhnya. Sebagai konsekuensinya, dalam mempergunakan tanah yang bersangkutan tidak hanya kepentingan individu saja yang dijadikan pedoman, tetapi juga harus diingat dan diperhatikan kepentingan masyarakat. Harus diusahakan adanya keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan masyarakat;
- Fungsi sosial hak-hak atas tanah mewajibkan pada yang mempunyai hak untuk mempergunakan tanah yang bersangkutan sesuai dengan keadaannya, artinya keadaan tanah, sifatnya dan tujuan pemberian haknya. Hal tersebut dimaksudkan agar tanah harus dapat dipelihara dengan baik dan dijaga kualitas kesuburan serta kondisi tanah sehingga kemanfaatan tanahnya dinikmati tidak hanya oleh pemilik hak atas tanah saja tetapi juga

masyarakat lainnya. Oleh karena itu kewajiban memelihara tanah itu tidak saja dibebankan kepada pemiliknya atau pemegang haknya yang bersangkutan, melainkan juga menjadi beban bagi setiap orang, badan hukum atau instansi yang mempunyai suatu hubungan hukum dengan tanah

Penafsiran hak atas tanah berfungsi sosial sangat luas, yakni dengan menggunakan “standar kebutuhan umum” (*public necessity*), “kebaikan untuk umum” (*public good*) atau “berfaedah untuk umum” (*public utility*). Yang terpenting dari kandungan hak atas tanah berfungsi sosial tersebut adalah keseimbangan, keadilan, kemanfaatan dan bercorak kebenaran. Sehingga akan menunjukkan fungsi pribadi dalam bingkai kemasyarakatan yang memberikan berbagai hubungan keselarasan yang harmonis dan saling memenuhi guna meminimalisir kompleksitasnya berbagai permasalahan yang mungkin dan akan timbul dalam kehidupan sosial kemasyarakatan, bangsa dan Negara¹⁵⁶.

Makna fungsi sosial sebagaimana disebut di atas dapat juga diterapkan manakala berbicara mengenai persoalan hak atas benda yang tidak berujud, seperti halnya dalam hak cipta. Esensi kedua keduanya sama, yaitu berupa pembatasan penggunaan hak perorangan dalam bingkai hak-hak masyarakat secara luas.

Berdasarkan Ketentuan Umum, Pasal 1 angka 1 UUNo. 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta disebutkan bahwa Hak cipta merupakan hak eksklusif pencipta yang timbul secara otomatis berdasarkan prinsip deklaratif setelah suatu ciptaan diwujudkan dalam bentuk nyata tanpa mengurangi pembatasan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Sedangkan dalam ketentuan Pasal 9 menyebutkan bahwa pencipta atau pemegang hak cipta memiliki hak ekonomi untuk melakukan :

- Penerbitan ciptaan;
- Penggandaan ciptaan dalam segala bentuknya;

156 Sukirman Azis, *Hak Milik Berfungsi Sosial*, <http://sukirman.weebly.com/1/post/2011/02/hak-milikberfungsi-sosial.html>, (diakses 14 Oktober 2014)

- Penerjemahan ciptaan;
- Pengadaptasian, pengarasemennan, atau pentranformasian ciptaan;
- Pendistribusian ciptaan;
- Pertunjukan ciptaan;
- Pengumuman ciptaan;
- Komunikasi ciptaan;
- Penyewaan ciptaan.

Apabila dibandingkan dengan ketentuan *Section 106 of the 1976 Copyright Act of US* disebutkan bahwa terdapat “ *there are five exclusive rights in copyright works* :

- *The rights to reproduce;*
- *To distribute;*
- *To perform;*
- *To display;*
- *To prepare derivative works based upon the copyright work.*¹⁵⁷

Dengan demikian pada dasarnya hak utama yang dimiliki pencipta adalah hak eksklusif si pencipta atau pemegang hak cipta untuk mengambil manfaat ekonomi sebuah ciptaan dengan melalui berbagai cara, di lain pihak berisikan hak untuk melarang pihak lain menggunakan ciptaannya (untuk kepentingan komersial) tanpa ijin si pencipta atau pemegang hak cipta. Dua hak tersebut merupakan hak yang paling asasi dalam hak cipta. Namun demikian dalam beberapa kondisi, penggunaan ciptaan tanpa persetujuan si pencipta atau pemegang hak cipta tidak jarang bukan merupakan pelanggaran hak eksklusif pencipta atau pemegang hak cipta, pada situasi seperti inilah kita sering menyebutnya bahwa hak cipta mempunyai fungsi sosial. Berbicara mengenai fungsi sosial hak cipta maka sebenarnya kita membicarakan mengenai pembatasan hak cipta atau dalam istilah asing sering dikenal dengan istilah *fair use* atau *fair dealing*

157 Paul Goldstein., *Copyright, Principles, Law and Practice*, Little, Brown and Company, Boston Toronto London, P 16

Pembatasan-pembatasan terhadap hak eksklusif pencipta yang sering dianggap sebagai **fungsi social hak cipta**, artinya dalam kondisi tertentu masyarakat diperkenankan menggunakan ciptaan orang lain tanpa ijin terlebih dahulu pada pencipta atau pemegang hak cipta untuk tujuan tertentu. Dengan demikian factor tujuan penggunaan ciptaan tersebut menjadi salah satu indicator untuk menentukan ada tidaknya pelanggaran hak cipta. Fungsi social hak cipta tersebut merupakan hal yang biasa dalam system hukum hak cipta dimanapun di dunia ini, baik yang menganut model *Civil Law* dari Perancis maupun *Common Law* yang mendasarkan pada tradisi Inggris. Fungsi social hak cipta tersebut diciptakan dalam rangka menciptakan keseimbangan kepentingan antara kepentingan pencipta yang menciptakan suatu ciptaan dengan hak masyarakat yang membutuhkan ciptaan. Namun demikian , memang diakui tidak mudah untuk menarik garis pembatas yang tegas , yang mampu memberikan batas yang adil antara kepentingan pencipta di satu pihak dengan kepentingan masyarakat di lain pihak.

Dalam system Hukum hak cipta di Indonesia, pembatasan Hak Cipta diatur dalam bagian kelima tentang pembatasan Hak Cipta, dari Pasal 43 sampai dengan Pasal 51 UU No.28 tahun 2014 tentang Hak Cipta.

Dalam Pasal 43 disebutkan bahwa materi yang diatur di dalamnya berupa **substansi** yang memungkinkan masyarakat menggunakan ciptaan tanpa dianggap sebagai pelanggaran hak cipta **serta cara yang** diizinkan. Substansi tersebut adalah :

- lambang negara dan lagu kebangsaan menurut sifat aslinya;
- segala sesuatu yang dilaksanakan oleh atau atas nama pemerintah;
- berita aktual dari kantor berita, lembaga penyiaran, surat kabar;
- **konten hak cipta melalui media teknologi;**
- potret presiden, wakil presiden, mantan presiden, wakil presiden, pahlawan nasional, pimpinan lembaga negara, pimpinan kementerian / lembaga pemerintah non kementerian, kepala daerah.

Sedangkan cara- cara yang diizinkan adalah :

- pengumuman;
- pendistribusian;
- penggandaan;
- penyebarluasan;
- pengambilan;
- pembuatan;
- Pengkomunikasian.

Ketentuan Pasal 44 mengatur tata **cara tindakan** dilakukan dan mengatur mengenai substansinya sekaligus. Cara yang dianggap sebagai tindakan bukan pelanggaran hak cipta adalah dengan **menyebutkan sumbernya dengan jelas**, sedangkan **substansi yang diizinkan** adalah : *untuk kepentingan pendidikan, penelitian, penulisan karya ilmiah, penyusunan laporan, penulisan kritik, tinjauan suatu masalah, ceramah yang hanya untuk tujuan pendidikan dan atau ilmu pengetahuan, pertunjukan atau pementasan tanpa bayaran, perbanyakan ke dalam huruf braille, buku audio (kecuali bersifat komersial). Dalam hal karya arsitektur, pengubahan dapat dilakukan didasarkan pada pertimbangan teknis.*

Pasal 45 penggandaan sebanyak satu salinan atau adaptasi program komputer tanpa izin pencipta atau pemegang hak cipta yang ditujukan untuk : Penelitian, pengembangan program komputer, arsip atau cadangan.

Pasal 46 menyebutkan bahwa penggandaan ciptaan untuk kepentingan pribadi dari sebuah ciptaan yang telah diumumkan dapat dilakukan tanpa izin dari pencipta atau pemegang hak cipta. Namun demikian tidak mencakup sb :

- karya arsitektur dalam bentuk bangunan atau konstruksi;
- seluruh atau sebagian dari karya buku atau notasi musik;
- database dalam bentuk digital;
- program komputer , kecuali disebut dalam pasal 45;
- penggandaan yang bertentangan dg kepentingan yang wajar dari pencipta atau pemegang hak cipta.

Dalam kaitannya dengan pembatasan hak cipta untuk tujuan pendidikan atau penelitian, sebagaimana disebut dalam Pasal 44 di atas, terdapat perbedaan yang prinsip antara penggunaan ciptaan oleh individu dengan penggunaan ciptaan oleh institusi, apabila dikaitkan dengan ketentuan Pasal 47 UUHC 2014. Berdasarkan Pasal 44 individu hanya dapat menggunakan alasan untuk kepentingan pendidikan apabila dilakukan penggunaan ciptaan dengan syarat sumbernya disebut dengan jelas, yaitu lazimnya dengan cara – cara catatan kaki (*footnote*) atau catatan perut (*backnote*) pada tulisan. Hal ini berarti, walaupun untuk kepentingan pendidikan, individu tidak berhak dengan alasan untuk kepentingan pendidikan melakukan perbanyakan ciptaan, misalnya dengan melakukan copy.

Menurut ketentuan Pasal 47, yang diberikan kewenangan melakukan perbanyakan ciptaan dengan melakukan copy, termasuk program komputer, hanya perpustakaan (lembaga pendidikan), atau lembaga arsip, hal tersebut juga dilakukan hanya untuk kepentingan aktifitasnya serta tidak bersifat komersial serta bersifat satu salinan ciptaan atau bagian dari suatu ciptaan. Lebih lanjut aktifitas penggandaan tersebut harus dilakukan dengan beberapa persyaratan khusus, yaitu :

- penggandaan tersebut dilakukan untuk memenuhi permintaan seseorang, dengan syarat hanya akan digunakan untuk kepentingan pendidikan atau penelitian;
- penggandaan tsb dilakukan secara terpisah dan jika dilakukan secara berulang harus merupakan kejadian yang tidak saling berhubungan;
- tidak terdapat lisensi yg ditawarkan oleh LMK (lembaga Manajemen Kolektif) atau lembaga arsip hubungan dengan bagian yg digandakan;

Dengan demikian kewenangan yang diberikan UUHC dalam kaitannya perbanyakan ciptaan dengan melakukan copy ciptaan, walaupun dengan alasan untuk kepentingan pendidikan, **hanya diberikan pada institusi dan tidak pada individu**. Hal ini berarti aktivitas perbanyakan buku dengan mengcopy sebagaimana banyak dilakukan oleh kalangan pelajar dan atau mahasiswa, tenaga Pengajar di banyak perguruan tinggi

walaupun dengan alasan untuk kepentingan pendidikan tetap termasuk tindakan yang melanggar hak cipta. Hal ini disebabkan kewenangan yang diberikan UUHC untuk melakukan perbanyakan ciptaan hanya diberikan pada Institusi terbatas dan tidak pada individu, seperti halnya mahasiswa atau tenaga pengajar. Aspek ini perlu mendapat perhatian untuk dilakukan perubahan, mengingat perbanyakan dengan melakukan copy ciptaan untuk tujuan pendidikan, penelitian, penulisan kritik, *reporting news*, di banyak negara (Australia, Inggris, New Zealand, Canada, Amerika Serikat) dimasukkan sebagai *Fair use*, atau *fair dealing*, yaitu perbuatan yang tidak melanggar hak cipta atau perbuatan yang dikecualikan UUHC dengan beberapa persyaratan.

Dalam Pasal 48 menyebutkan bahwa penggandaan, penyiaran, atau komunikasi suatu ciptaan untuk tujuan informasi dg menyebutkan sumbernya dan nama pencipta secara lengkap tidak dianggap pelanggaran hak cipta, untuk ciptaan berupa :

- artikel yg sudah diumumkan di media cetak maupun media elektronik kecuali yang salinannya disediakan oleh pencipta atau berhubungan dengan penyiaran atau komunikasi suatu ciptaan;
- laporean peristiwa aktual yang dilihat atau didengar dalam situasi tertentu;
- karya ilmiah, pidato, ceramah, atau ciptaan sejenis yg disampaikan pada publik.

Pasal 49 menjelaskan penggandaan sementara suatu ciptaan tidak dianggap pelanggaran hak cipta jika memenuhi ketentuan : dilaksanakan dengan transmisi digital dalam media penyimpanan yang dilaksanakan oleh setiap orang atas izin pencipta untuk mentransmisikan ciptaan serta menggunakan alat yg dilengkapi dengan penghapusan salinan secara otomatis yg tidak memungkinkan ciptaan tersebut ditampilkan kembali. Lembaga penyiaran dapat membuat rekaman sementara tanpa izin pencipta atau pemegang hak cipta untuk tujuan aktivitasnya dan wajib memusnahkannya dalam waktu paling lama 6 bulan sejak pembuatan .

Pasal 50 menjelaskan bahwa setiap orang dilarang melakukan pengumuman, pendistribusian, komunikasi ciptaan yang bertentangan dengan :

- moral;
- agama;
- kesusilaan;
- ketertiban umum;
- pertahanan dan keamanan negara.

Pasal 51 pemerintah dapat menyelenggarakan pengumuman, pendistribusian, atau komunikasi ciptaan melalui televisi, radio atau sarana lain untuk kepentingan nasional tanpa izin dari pencipta atau pemegang hak cipta dengan ketentuan wajib memberikan imbalan. Lembaga penyiaran yang melakukan pengumuman hal tersebut berhak membuat dokumentasi ciptaan dengan ketentuan penyiaran lanjutan oleh lembaga penyiaran tersebut harus mendapat izin dari pemegang hak cipta.

Melihat rumusan pembatasan-pembatasan hak cipta sebagaimana tercantum dalam Pasal 43 sampai dengan Pasal 51 UU No. 28 tahun 2014 tentang Hak Cipta, maka pembatasan-pembatasan tersebut sebenarnya berkisar pada beberapa hal, sebagai berikut :

- a. Mengenai substansinya;
- b. Mengenai cara-cara yang dilakukan;
- c. Mengenai tujuan-tujuan yang dibolehkan.

Mengenai substansinya, maka substansi atau materi yang dianggap bukan pelanggaran hak cipta adalah :

- a. Lambang Negara atau lagu kebangsaan;
- b. Segala sesuatu yang diperbanyak atau diumumkan pemerintah;
- c. Berita aktual;
- d. Konten hak cipta melalui media teknologi informasi;
- e. Potret presiden, wakil presiden, mantan presiden dan wakil presiden, pahlawan nasional, pimpinan lembaga negara,

- pimpinan kementrian/ lembaga pemerintah non kementrian, kepala daerah;
- f. Program komputer
- g. Ciptaan di bidang ilmu pengetahuan seni dan sastra dalam huruf braile, buku audio;
- h. Karya arsitektur;
- i. Notasi musik;
- j. Artikel di media cetak maupun elektronik;
- k. Karya ilmiah, pidato, ceramah.

Mengenai cara-cara yang lazim dilakukan sebagai bentuk tindakan yang tidak dianggap sebagai pelanggaran hak cipta adalah:

- a. Reproduksi atau perbanyak ciptaan, penggandaan;
- b. Pengumuman atau publikasi;
- c. Penyiaran;
- d. Pendistribusian;
- e. Komunikasi ciptaan
- f. Penyebarluasan;
- g. Penggunaan;
- h. Pengambilan ciptaan;
- i. Perubahan ciptaan;
- j. Pembuatan salinan;
- k. Penerjemahan ciptaan .

Mengenai tujuan tertentu yang diizinkan dan tidak dianggap sebagai pelanggaran hak cipta adalah :

- a. Untuk kepentingan pendidikan;
- b. Untuk kepentingan penelitian;
- c. Untuk kepentingan penulisan karya ilmiah;
- d. Untuk kepentingan penyusunan laporan;
- e. Untuk kepentingan penulisan kritik;
- f. Untuk kepentingan peninjauan suatu masalah;
- g. Untuk kepentingan ceramah;

- h. Untuk kepentingan pertunjukan atau pementasan yang tidak dipungut bayaran;
- i. Untuk kepentingan aktivitasnya bagi perpustakaan umum, lembaga ilmu pengetahuan, pusat dokumentasi;
- j. Untuk kepentingan pembuatan salinan atau cadangan program komputer oleh pemilik program;
- k. Untuk kepentingan non komersial;
- l. Untuk kepentingan nasional ., hankam.

E. *Fair Use dan Fair Dealing*

Melihat pengaturan mengenai pembatasan-pembatasan hak cipta sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 43 sampai dengan Pasal 51 UUHC No.28 tahun 2014, maka sebenarnya apa yang diatur dalam pasal tersebut sama dengan *fair use* dalam sistem hak cipta di AS, yaitu dianggap sebagai tindakan pelanggaran hak cipta yang diizinkan oleh UU (*allowable infringement*) dan tidak mirip dengan *fair dealing* sebagaimana banyak dijumpai di negara-negara *Common Law* di bawah bendera *Common Wealth of Nations*.

Paul Goldstein memberikan menyebutkan bahwa :

fair use is commonly defined as “ a privilege in others than the owner of copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to the owner by the copyright ”¹⁵⁸.

Selanjutnya dijelaskan bahwa :

“ variations on that theme define fair use as “ an equitable rule of reason “ as a use “ technically forbidden by the law , but allowed as reasonable and customary on the theory that the authors must have foreseen it and tacitly consented to it “.

158 Paul Goldstein., *Copyright, Principles, Law and Practice*, Volume II, Little, Brown and Company, Boston Toronto 1989. P 187

Fair use sebagaimana diatur dalam *Section 107 Copyright Act* tahun 1976 Amerika Serikat menyebutkan bahwa :

“Notwithstanding the provision of sections 106 and 106 A, the fair use of the copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include;

- a. *the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;*
- b. *the nature of the copyrighted work;*
- c. *the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and*
- d. *the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.*¹⁵⁹

Pada tujuan dan karakter dari penggunaan ciptaan tersebut harus dilakukan dalam kaitannya untuk mendorong dan memperkaya kreativitas publik pada umumnya, dengan demikian tidak sekedar hanya “ menggantikan objek” ciptaan yang orisinil atau keuntungan individu tertentu. Lebih dari itu, tujuan penggunaan tersebut haruslah diinterpretasikan sebagai *transformative* dan bukan sekedar merupakan *derivative*.

Pada ciri atau sifat ciptaan yang dilindungi hak cipta harus dipertimbangkan apakah ciptaan itu *fictional* atau *non-fictional*. Dalam kaitannya dengan hal ini, untuk mencegah kepemilikan individu atas

159 Analisis ke empat factor tersebut berasal dari pendapat klasik Hakim dalam *Justice Story in Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas.342 (1841). Dalam kasus tersebut disebutkan bahwa tergugat telah mengcopy 353 halaman dari Biografi George Washington Volume ke 12 karangan Penggugat, untuk kepentingan buku ciptaannya. Pengadilan menolak alasan tergugat dengan dalih *fair use*. Lihat dalam [http://www.en.wikipedia.org/wiki/fair use](http://www.en.wikipedia.org/wiki/fair_use)

suatu ciptaan yang telah menjadi milik umum, maka fakta dan ide tidak dilindungi hak cipta, akan tetapi hanya ekspresi ide atau fakta yang dilindungi hak cipta. Di lain pihak informasi yang tersedia pada publik dapat mendapat perlindungan hak cipta dengan melakukan keaktifitas tertentu¹⁶⁰.

Berkaitan dengan masalah jumlah yang secara substansial digunakan atau diimpor pada ciptaan yang baru, maka berlaku pepatah semakin sedikit bagian dari ciptaan yang orisinal digunakan pada ciptaan baru maka alasan *fair use* semakin dapat diterima. Namun demikian, masih perlu dipertimbangkan juga apakah bagian kecil tersebut merupakan bagian substansial dari ciptaan orisinal atau tidak. Hal itu disebabkan pengambilan bagian sekecil apa pun dari ciptaan orisinal tetapi merupakan bagian substansial, maka merupakan pelanggaran hak cipta dan bukan termasuk *fair use*.

Alasan *fair use* juga harus dipertimbangkan ada tidaknya pengaruh terhadap pasar potensial yang telah dimiliki ciptaan orisinal. Pengadilan di AS pada umumnya akan mempertimbangkan apakah penggunaan ciptaan dengan alasan *fair use* tersebut akan merugikan atau merusak pasar yang telah dimiliki pencipta atau pemegang hak cipta atas ciptaan orisinal. Selain itu juga dipertimbangkan apakah penggunaan yang secara luas akan menghancurkan pasar potensial ciptaan orisinal. Beban pembuktian akan dibebankan pada tergugat untuk alasan penggunaan secara komersial, akan tetapi untuk penggunaan yang non komersial beban pembuktian ada pada pencipta atau pemegang hak cipta.¹⁶¹

Attorney Lloyd J. Jassin, memberikan pendapatnya sekitar penggunaan ciptaan pihak lain yang dikategorikan termasuk dalam *fair use* sebagai berikut ;

- a. *Fair use* bukan merupakan test yang sederhana, akan tetapi merupakan sesuatu yang sulit dalam mencapai keseimbangan kepentingan antara kepentingan pencipta dan kepentingan masyarakat pengguna ciptaan. Tidak jarang porsi yang kecil dari

160 Ibid , Misalnya Film Pembunuhan Presiden Kennedy hak ciptanya dipegang The Zapruder Film. Film tersebut telah berhasil dijual pada *Time Magazine*.

161 Diambil dari [http://en.wikipedia.org/wiki/fair use](http://en.wikipedia.org/wiki/fair_use)

- suatu ciptaan, tetapi begitu penting, yang dipinjam dari ciptaan orisinal yang lebih besar dapat merupakan pelanggaran hak cipta;
- b. Ke empat factor dan karakter *fair use* sebagaimana disebut dalam *section 107 Copyright Act 1976* harus diupayakan seimbang pada saat digunakan pada setiap kasus untuk menentukan ada tidaknya *fair use*;
 - c. Alasan penggunaan untuk kepentingan penulisan kritik, komentar, laporan media cetak, pendidikan, penelitian, tidak secara otomatis termasuk kategori *fair use*. Hanya Pengadilan yang mempunyai kewenangan untuk menentukan apakah penggunaan ciptaan secara khusus tersebut termasuk *fair use* atau tidak;
 - d. Pengambilan bagian dari ciptaan yang tidak dipublikasikan lebih besar risikonya daripada pengambilan material ciptaan yang dipublikasikan. Walaupun demikian tidak otomatis pengambilan material ciptaan yang tidak dipublikasikan pasti termasuk *fair use*;
 - e. Fakta, yang dijadikan dasar ciptaan, yang dapat diekspresikan secara terbatas dengan cara khusus, akan kurang mendapatkan perlindungan hukum hak cipta dibandingkan dengan ciptaan yang aneh/khayal/fantastis, yang dapat diekspresikan melalui banyak cara;
 - f. Ciptaan-ciptaan visual(yang dapat dilihat) memperoleh tingkatan yang lebih tinggi untuk mendapatkan perlindungan hak cipta;
 - g. Menyalin dengan kata-kata sendiri adalah lebih baik daripada sekedar mengcopy ciptaan pihak lain begitu saja;
 - h. Semakin banyak mengambil material ciptaan orang lain, semakin berkurang kesempatan untuk dipertimbangkan termasuk *fair use*;
 - i. Jangan mengambil bagian yang begitu penting dari ciptaan orang lain (*don't take the " heart" of the work*), hal itu akan menyulitkan penggunaan alasan *fair use*;
 - j. Usahakan jangan melakukan copy sesuatu sekedar untuk menghindari *fee* yang semestinya anda bayar sebagai izin copy;

- k. Alasan untuk kepentingan pendidikan yang non komersial tidak selayaknya selalu dijadikan sandaran untuk *fair use*. Penggunaan yang non komersial sekalipun dapat dikategorikan pelanggaran hak cipta apabila melebihi porsi *fair use*;
- l. Jangan melakukan persaingan dengan ciptaan asli manakala dilakukan copy ciptaan. Apabila penggunaan ciptaan tersebut mengurangi pasar ciptaan orisinilnya, termasuk di dalamnya keuntungan yang mestinya diperoleh dari pendapatan lisensi, kemungkinan hal tersebut bukan *fair use*;
- m. Jika permohonan izin ditolak dan anda merasa penggunaan material ciptaan orang lain tersebut begitu penting untuk ciptaan anda, carilah advis hukum yang tepat;
- n. Selalu ingatlah bahwa *fair use* adalah suatu pembelaan terhadap pelanggaran hak cipta, **bukan merupakan suatu hak**. Jika terdapat keraguan mengenai hal tersebut mintalah izin atau konsultasikan dengan ahli hukum.¹⁶²

Pada tahun 1995, beberapa asosiasi yang terutama bergerak di bidang perpustakaan (*American association of Law Libraries, American Library Association, Association of Academic Health Sciences Library Directors, Association of Research Libraries, Medical Library Association Special Libraries Association*) mengadakan peretemuan untuk membicarakan mengenai *fair use* dalam era elektronik dalam kaitannya dengan aktivitas yang dilakukannya. Pertemuan tersebut menghasilkan sebuah pernyataan bersama yang diberi tema “ *Fair Use in the Electronic Age : Serving the Public Interest* “, isi pernyataan bersama tersebut antara lain :

- a. *Without infringing copyright, the public has the right to expect:*
 - i. *to read, listen to, or view publicly marketed copyrighted material privately, on site or remotely;*
 - ii. *to browse through publicly marketed copyrighted material;*

162 Attoeney Lloyd J.Jassin, *Fair Use in a Nutshell : A Roadmap to Copyright's Most Important Exception*, karangan ini diadopsi dari judul “ *Copyright Permission & Libel Handbook* (John Wiley & Sons), by Lloyd J. Jassin and Steven C. Schechter. <http://www.copyrightlaw.com>

- iii. *to experiment with variations on copyrighted material for fair use purposes, while preserving the integrity of the original;*
 - iv. *to make or have made for a first generation copy for personal use an article or other small part a publicly marketed copyrighted work or a work in a library's collection for such purposes as study, scholarship, or research;*
 - *to make transitory copies if ephemeral or incidental to a lawful use and if retained only temporarily;*
- b. *without infringing copyright, nonprofit libraries and other section 108 libraries, on behalf of their clientele, should be able;*
 - i. *to use electronic technologies to preserve copyrighted materials in their collections*
 - ii. *to provide copyrighted materials as part of electronic reserve room service;*
 - iii. *to provide copyrighted materials as part of electronic interlibrary loan service*
 - iv. *to avoid liability, after posting appropriate copyright notices, for the unsupervised actions of their users.*
- c. *User, Libraries, and educational institutions have a right to expect :*
 - i. *that the terms of licenses will not restrict fair use or other lawful library or educational;*
 - ii. *that US Government works and other public domain materials will be readily available without restrictions and at a government price no exceeding the marginal cost of dissemination and;*
 - iii. *that right of use for nonprofit education apply in face-to face teaching and in transmittal or broadcast to remote locations where educational institutions of the future must increasingly reach their students.*¹⁶³

Di negara-negara yang menganut sistem *Common Law*, terutama yang tergabung dalam *the Commonwealth of Nations*, tidak menggunakan istilah *fair use* akan tetapi menggunakan istilah *fair dealing*. Di Australia,

163 Working Document 1/18/95, http://www.wikipedia.org/wiki/working_document

alasan yang dijadikan dasar *fair dealing* adalah : *research and study, review and criticism, reporting news, legal advice (although the Crown is deemed to own copyright in federal statutes and each State in state statutes)*. Lebih lanjut di Australia juga dipertimbangkan sebagai *fair dealing* adalah copy baik tidak lebih dari satu chapter atau kurang dari 10 % dari buku atau jurnal. Bahkan di Australia justru *fair dealing* diberikan pada **individu**, asal untuk kepentingan sebagaimana disebut di atas.

Di Canada, sesuai dengan *Canadian Copyright Act* memberikan izin pada *user* sebuah copy sebagian dari ciptaan untuk tujuan riset dan *private study*. Tidak seperti di Amerika Serikat yang memandang *fair use* sebagai pelanggaran yang diizinkan, tetapi Canada memandang *fair dealing* tidak secara keseluruhan sebagai pelanggaran yang diizinkan. Canada memandang *fair dealing* sebagai bagian yang integral dengan Undang-undang hak cipta tidak sekedar sebagai upaya pembelaan. Setiap tindakan yang termasuk dalam *fair dealing* tidak dianggap sebagai pelanggaran hak cipta. Perkecualain *fair dealing* dianggap sebagai **hak yang dimiliki user** (*User Right's*) dalam kaitannya untuk menciptakan keseimbangan antara kepentingan pemegang hak cipta dengan kepentingan *users*. Terdapat sebelas prinsip yang dijadikan dasar untuk melakukan evaluasi terhadap *fair dealing*;

- a. *The purpose of the dealing* (*research, study, criticism, review or new reporting*;
- b. *The character of the dealing* (ciptaan tersebut berkaitan dengan apa ?, apakah *single* atau *multiple copies* ?, apakah copy tersebut disitribusikan secara luas atau terbatas ?);
- c. *The amount of the dealing* (bagaimana ciptaan tersebut digunakan ?, Sekedar mengutip dengan sendirinya memberikan alasan yang cukup untuk alasan *fair dealing*. Dalam beberapa kasus mengutip kesatuan ciptaan juga mungkin *fair dealing*)
- d. *Alternatives to the Dealing* , apakah ciptaan yang setara yang *non copyright* dari ciptaan orisinal tersedia bagi *user*?. Dapatkah ciptaan tersebut diperoleh tanpa copy?;
- e. *The nature of the Work*, pedoman umumnya bahwa melakukan copy ciptaan yang tidak pernah dipublikasikan lebih fair daripada ciptaan yang dipublikasikan.;

- f. *Effect the Dealing on the Work*, apakah copy akan berpengaruh terhadap pasar ciptaan yang orisinal?. Walaupun efek dari *dealing* pada pasar yang dimiliki pemegang hak cipta merupakan factor yang penting, tetapi itu bukan merupakan satu-satunya factor, yang terpenting adalah putusan pengadilan bahwa hal tersebut merupakan alasan *fair dealing*.¹⁶⁴

Di New Zealand, sebagaimana disebutkan dalam *Section 42 dan 43 Copyright Act 1994*, bahwa kriteria *fair dealing* hampir sama dengan yang digunakan di Inggris, walaupun riset dengan tujuan komersial tetap dapat menggunakan alasan *fair dealing* di New Zealand. Copy yang insidental, sebagaimana diizinkan, tidak dikategorikan sebagai *fair dealing*. Sebagaimana juga di Canada, maka *fair dealing* bukan merupakan suatu pelanggaran hak cipta. Factor yang menentukan apakah copy untuk kepentingan riset atau pendidikan dipertimbangkan sebagai *fair dealing* adalah tujuannya, pengaruh pada pasar potensial atau nilai dari ciptaan yang dicopy, sifat dari ciptaan, jumlah copy kaitannya dengan keseluruhan ciptaan orisinalnya, dan apakah ciptaan orisinal dapat diperoleh pada saat yang wajar serta harga yang pantas.¹⁶⁵

Di Singapore, sebagaimana disebutkan dalam *copyright Act, Chapter 63 of Singapore Statutes*, jumlah tertentu dari copy untuk alasan-alasan yang legal, seperti halnya; riset, pendidikan, adalah diizinkan sebagai *fair dealing*. Juga untuk tujuan-tujuan penulisan kritik, laporan berita surat kabar, kepentingan peradilan atau *professional advise*. Copy program komputer untuk digunakan sebagai *back-up* juga diizinkan.

Di Inggris, *fair dealing* tetap saja merupakan objek yang diperdebatkan, hal itu disebabkan ketentuan hukum hak cipta tidak pernah secara jelas memberikan batasan yang tegas mengenai jumlah copy yang diizinkan serta jumlah material dari ciptaan orisinal yang diizinkan untuk digunakan oleh pihak lain tanpa izin. Dalam *Copyright, Design and Patents Act 1988 (CDPA)* *fair dealing* didefinisikan sebagai *private study, criticism, and news reporting*. Walaupun tidak secara jelas *fair dealing* juga diterapkan

164 [http://en.wikipedia.org/wiki/Fair dealing](http://en.wikipedia.org/wiki/Fair_dealing)

165 Ibid

pada ciptaan-ciptaan di bidang rekaman suara, film, karya siaran atau *cable program*. Pada tahun 2003 terdapat ketentuan baru yang memberlakukan untuk kepentingan riset yang non komersial. Dalam CDPA diizinkan individu membuat *single copy* yang “*reasonable portion*“, dalam jumlah yang wajar atas ciptaan di bidang sastra, drama, musik dan seni, untuk kepentingan riset dan pendidikan, *criticism, review and news reporting*. Persoalannya adalah sekitar batasan “*reasonable portion*” yang tidak secara jelas disebutkan dalam CDPA.

Beberapa institusi pendidikan tinggi di UK (United Kingdom) menginterpretasikan “*reasonable portion*” sebagai :

- *One article in a single issue of periodical or set of conference proceedings;*
- *An extract from a book amounting to 5 % of the whole or a complete chapter;*
- *A whole poem or short story from a collection, provided the items is not more than 10 pages;*
- *In integral, copying of sheet music is not allowed;*
- *Making more than one copy is also not allowed.*¹⁶⁶

F. Simpulan

1. Secara alamiah hak cipta lahir dilengkapi dengan hak eksklusif bagi pencipta dan atau pemegang hak cipta untuk melaksanakan atau melarang pihak lain menggunakan ciptaannya. Pada segmen karya ilmu pengetahuan, seni, sastra , kebanyakan dianggap sebagai segmen yang amat penting bagi kemajuan peradaban masyarakat pada umumnya;
2. Hak eksklusif pencipta dan atau pemegang hak cipta untuk melarang pihak lain menggunakan ciptaan sering menjadi kendala bagi masyarakat pengguna ciptaan untuk menggapai tingkat peradaban yang lebih baik, tugas yang tidak ringan bagi pemerintah untuk membuat regulasi di bidang hak cipta untuk dapat menyeimbangkan kepentingan pencipta dengan kepentingan masyarakat pengguna ciptaan.

166 Ibid wikipedia.org

3. Konsep yang mendekati keseimbangan kepentingan pencipta dengan pengguna ciptaan adalah dengan menggunakan konsep fungsi sosial hak cipta.

G. Bibliografi

Attoeney Lloyd J.Jassin, *Fair Use in a Nutshell : A Roadmap to Copyright's Most Important Exception*, karangan ini diadopsi dari judul “ *Copyright Permission & Libel Handbook* (John Wiley & Sons), by Lloyd J. Jassin and Steven C. Schechter.
<http://www.copylaw.com>

Betsy Rosenblatt, *Moral Rihts Basics*, Harvard Law Shool, *last Modified March* 1998.

[http://en.wikipedia.org/wiki/Fair dealing](http://en.wikipedia.org/wiki/Fair_dealing).

L.B. Curzon, *Yurisprudence*, M&E Handbooks, 1979.

Paul Goldstein, *Hak Cipta : Dahulu, Kini, dan Esok*, Yayasan Obor Indonesia.

Paul Goldstein., ***Copyright, Principles, Law and Practice, Little***, Brown and Company, Boston Toronto London.

Paul Goldstein., ***Copyright, Principles, Law and Practice***, Volume II, Little, Brown and Company, Boston Toronto 1989.

Ronald B. Standler, *Moral Rights of Authors in the USA*, lihat dalam <http://www.rbs2.com/moral.htm>

Sheri Lyn Falco, Esq, *The Moral Rights of Droit Moral : France's example of Art as the Physical Manifestation of the Artist, Volume 2-Nov.206*

Working Document 1/18/95, [http://www.wikipedia.org/wiki.working document](http://www.wikipedia.org/wiki.working_document)

INDEX

A

acknowledgement 19
 actual authority 46, 47, 141, 142
 actual notice 81
 agency 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20,
 21, 22, 25, 27, 31, 33, 53, 55,
 56, 57, 58, 59, 61, 64, 68, 69,
 81, 86, 88
 agency, 15, 16, 58
 Agency by Estoppel 53
 Agency by Necessity 53
 Agency coupled with an interest 57
 agency law 14, 25
 agency problem 22
 Agent 18, 29, 33
 a lawful purpose 23
 apparent limitations 54
 appointment 49
 authorizing 52

B

bailee, 33
 bailment. 33
 bailor, 33
 Bankruptcy, 80
 beneficiary 31
 bill of lading 53
 borrowed servant 42
 borrowing master 42
 Broker, 29
 business law 16
 business plan 61

C

Change circumstances 80
 Change circumstances, pada saat
 terjadi suatu peristiwa yang
 mana peristiwa tersebut
 membawa 80
 conduct 20, 25, 43, 50, 56, 59, 63,
 88
 confidence 34, 35, 59, 86, 87
 confidentiality 60
 Confidentiality 61
 conflict of interest 36, 60
 constructive notice. 81
 Cooperation, 66
 co owner of property 50
 corporation 14, 37, 48, 73
 Customary authority 49
 customary compensation dan
 commission 65

D

dealer 28
 deal with him self 60
 Death or insanity 79
 deeper pockets 37, 73
 Del credere agent 30
 disclosed principal 69
 discretion 19, 24
 distributorship 133
 Dormant partners 15
 duties 23, 34, 35, 59
 Duties to account 59, 63
 Duty 59, 62, 63, 64, 74

Duty not to delegate authority 59, 64
 Duty of good faith 59
 Duty of loyalty 59
 Duty to obey instructions 59, 62
 Duty to segregate funds 59, 64

E

emergency) 53
 employee) 17, 36, 44
 employer 16, 17, 20, 23, 36, 37, 42, 44, 45
 Estoppel, 29
 etics 74
 exclusive territory 66
 express authority 15, 46, 47, 48, 49

F

Factor, 30
 fiduciary duties 18, 34, 36, 45, 59, 86
 formal writing 19
 francisee 51
 francisor 51
 fraud 70
 fully disclosed 67, 68

G

general agent 24, 43, 55, 56
 General agent 24, 25, 55, 56
 good corporate governance 21
 Grantor, 31
 Gratuitous agent 57

H

human enterprise 74

I

illegally 62

implied authority 15, 46, 47
 Impossibility, 80
 Incidental authority 48
 incidental benefits 63
 Indemnity 65
 independent contractor 16, 17, 36, 37, 44, 45, 57
 informal writing 19
 inherently dangerous 45
 intentional torts 70
 Intent of trust 32

J

Junior partners 15

L

Lapse of time 78

M

manufacturer 28
 master 16, 17, 20, 23, 27, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 88
 Mutual agreement 79

N

nature of partnership relationship, 15
 negligence 67, 70
 Nominal partners 15
 non delegable 23, 28
 Notary Public 19, 90, 131

O

obligations 19, 28
 Occurrence of a specific event 78
 officer 54
 operating law 79
 orally 19, 90
 Outcome 75

P

partially disclosed 67, 68, 69
 partner 15, 22
 partnership 14, 15, 28, 29
 partnership agreement 15
 partnerships 14, 15
 personal ethics 74
 personal notice. 81
 Power attorney 19, 32
 Principal 18, 20, 88
 principal 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22,
 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31,
 32, 33, 35, 36, 37, 38, 40, 41,
 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51,
 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59,
 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67,
 68, 69, 72, 73, 78, 79, 80, 81,
 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89,
 91, 94, 95, 96, 131, 133, 134,
 142
 Private agent 58
 Professionals licensed 23
 prohibited by law 23
 Public agent 58
 public policy 23
 Purpose achieved 78

Q

Qui facit per alium facit per se 27

R

ratification 51
 Ratification, 30
 relationship 14, 15, 16, 21, 36, 57
 renounce) authority 81
 renunciation, 79
 respondeat superior 37, 38, 39, 40,
 42, 66
 Restatement of Agency 25
 Restatement (Second) of Agency

25, 40

S

safe equipment 65
 safe place to work 65
 Save working condition 66
 scope of authority 40
 secret limitations 54
 Secret partners 15
 secret profit 59, 60, 64
 Senior partners 15
 servant 16, 17, 19, 20, 26, 36, 37,
 38, 39, 40, 41, 42, 43, 88
 Silent partners 15
 SIUP3A 94
 special agent 24, 25, 43, 55, 56, 57
 Special agent 24, 43, 56
 special master 43
 stock holders 22
 STP 89, 91, 131
 strict liability 38
 Subagent, 58

T

Termination by one party 79
 the principal 16, 18, 20, 37, 59, 61,
 63, 64, 88
 The Uniform Partnership Act 14
 third party 18, 20
 tort 25, 66, 70
 Trust 30, 31, 147
 Trustee 30, 31, 32

U

unconstitutionality 40
 undisclosed 67, 68, 69
 Undisclosed agency 69
 unfair 40
 Universal agent 55

W

who acts through another acts himself 27

written Agreement 19

wrongful act 39