

TESIS
ANALISIS HUKUM PERSAINGAN USAHA TERHADAP
PENYALAHGUNAAN HAK EKSKLUSIF PEMEGANG MEREK

*(Analysis of Business Competition Law
on Abuse of Exclusive Rights of Trademark Holders)*



Oleh:

INDAH UTAMI SYARIFAINI
B012182029

PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2022

HALAMAN JUDUL

**ANALISIS HUKUM PERSAINGAN USAHA TERHADAP
PENYALAHGUNAAN HAK EKSKLUSIF PEMEGANG MEREK**

*(Analysis of Business Competition Law on Abuse of Exclusive
Rights of Trademark Holders)*

Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Magister
Pada Program Studi Magister Ilmu Hukum

Disusun dan diajukan oleh:

INDAH UTAMI SYARIFAINI

B012182029

PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS HASANUDDIN

MAKASSAR

2022

TESIS
ANALISIS HUKUM PERSAINGAN USAHA
TERHADAP PENYALAHGUNAAN HAK EKSKLUSIF PEMEGANG MEREK

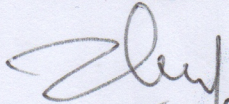
Disusun dan diajukan oleh:

INDAH UTAMI SYARIFAINI
Nomor Pokok B012182029

Telah dipertahankan di hadapan Panitia Ujian yang dibentuk dalam rangka
Penyelesaian Studi Program Magister Program Studi Magister Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Pada tanggal 07 Juli 2022
Dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

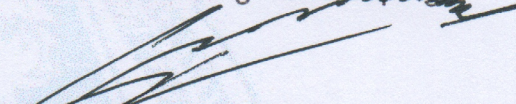
Menyetujui,

Pembimbing Utama



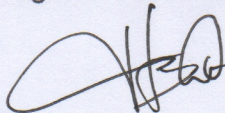
Dr. Oky Deviany S.H., M.H
NIP.196509061990022001

Pembimbing Pendamping



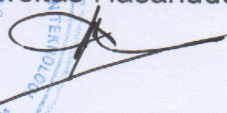
Dr. Winber Sitorus, S.H., M.H., LL.M
NIP.196603261991031002

Ketua Program Studi
Magister Ilmu Hukum



Dr. Hasbir Paserangi, S.H., M.H
NIP. 197007081994121001

Dekan Fakultas Hukum
Universitas Hasanuddin



Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H., M.Hum
NIP. 196712311991032002

PERNYATAAN KEASLIAN

Nama : Indah Utami Syarifaini
NIM : B012182029
Prodi : Magister Ilmu Hukum

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa penulisan tesis yang berjudul **ANALISIS HUKUM PERSAINGAN USAHA TERHADAP PENYALAHGUNAAN HAK EKSKLUSIF PEMEGANG MEREK** adalah benar-benar karya saya sendiri, bukan merupakan pengambilan tulisan atau pemikiran orang lain dan hal yang bukan karya saya dalam penulisan tesis ini diberi tanda *citasi* dan ditunjukkan dalam daftar pustaka.

Apabila dikemudian hari terbukti atau dapat dibuktikan bahwa sebagian atau keseluruhan isi Tesis ini hasil karya orang lain atau dikutip tanpa menyebut sumbernya, maka saya bersedia menerima sanksi atas perbuatan tersebut sesuai peraturan Menteri Pendidikan Nasional Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2010 dan Peraturan PerUndang-Undangan yang berlaku.

Makassar, 13 Juli 2022

Yang membuat pernyataan,



INDAH UTAMI SYARIFAINI
NIM. B012182029

KATA PENGANTAR

Bismillahirrahmanirrahim

Assalamualaikum Warahmatullah Wabarakatuh

Alhamdulillah, segala puji bagi Allah SWT, Dzat pemilik seluruh alam semesta, pemberi kehidupan bagi seluruh makhluk-Nya, dan atas izin-Nya, Penulis diberikan nikmat hidup, kesehatan dan kemampuan untuk menyelesaikan tulisan ini.

Shalawat serta salam, selalu Penulis curahkan kepada Baginda Rasulullah SAW, yang telah berhasil membawa ummatnya dari zaman kejahiliah menuju zaman yang penuh pengetahuan seperti saat ini.

Sebagai salah satu mahasiswi yang menyelesaikan studi pada masa pandemi Covid-19, Penulis sungguh menyadari bahwa bukan hal yang mudah untuk menyelesaikan tulisan ini dalam waktu yang singkat. Namun Alhamdulillah dengan dukungan dari beberapa pihak, Penulis mampu menyelesaikan tulisan ini dengan baik. Untuk itu, izinkan Penulis mengucapkan terima kasih kepada beberapa pihak yang terlibat dalam proses penyusunan tulisan ini. Terkhusus kepada kedua orang tua Penulis, **Bapak Prof. Dr. H. Abd. Qadir Gassing HT, Ms.** dan **Ibu Dr. Hj. Hartini Thahir, M.HI**, terima kasih atas dukungan dan doa yang tak henti dipanjatkan dalam setiap sujud, rasa percaya yang diberikan kepada Penulis di saat Penulis nyaris menyerah dengan segala bentuk cobaan yang dihadapi Penulis pada saat penyusunan tulisan ini berjalan. Allah Yuftah Alaikum. Semoga Penulis bisa mengikuti jejak Ayahanda, sosok

yang begitu Penulis banggakan. Semoga Penulis mampu mengukir bahagia di tiap hari mereka. Selanjutnya Ayahanda Mertua, **H. Muchlis, S.E., M.Si**, dan Ibu Mertua **Nurliah S, S.T**, Penulis menyampaikan terima kasih atas dukungan dan doa yang tak henti dipanjatkan selama proses penyusunan tulisan ini selesai.

Penulis juga mengucapkan banyak terima kasih kepada kedua Pembimbing Penulis, **Ibunda Dr. Oky Deviany S.H., M.H.**, terima kasih atas kesediaan waktu dan kesempatannya dalam proses penyusunan tulisan ini, sehingga tulisan ini menjadi lebih baik lagi. Allah yuftah alaikum Bunda, semoga sehat selalu. Selanjutnya kepada **Bapak Dr. Winner Sitorus, S.H., M.H., L.LM.**, atas kesediaan waktu dan kesempatannya memberikan ilmunya kepada Penulis, membimbing Penulis dengan sabar dan baik, memberikan semangat dan motivasi kepada Penulis saat Penulis hendak menyerah dengan tulisan ini, memberikan banyak solusi berupa bahan-bahan rujukan, kritik dan saran yang sangat membantu sehingga tulisan ini mampu melalui tahap akhir. Semoga Tuhan selalu melindungi dan mengasihi beliau, menjaga beliau tetap sehat bersama dengan keluarga. Aamiin.

Terima Kasih juga Penulis ucapkan kepada:

1. **Prof. Dr. Dwia Aries Tina Pulubuhu, MA**, sebagai Rektor pendahulu, yang telah banyak memberikan terobosan dan inovasi dalam pembangunan dan pengembangan Universitas Hasanuddin, & **Prof.**

Dr. Ir. Jamaluddin Jompa, M.Sc selaku Rektor terpilih Universitas Hasanuddin dan segenap jajarannya;

2. **Prof. Dr. Farida Patittingi, SH., M.Hum.** selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, **Prof. Dr. Hamzah Halim, SH., MH.** selaku Wakil Dekan Bidang Akademik, Riset, dan Inovasi, **Dr. Syamsuddin Muchtar, SH., MH.** selaku Wakil Dekan Bidang Perencanaan, Keuangan, dan Sumber Daya, dan **Dr. Hasrul, SH., MH.** selaku Wakil Dekan Bidang Kemahasiswaan.
3. **Dr. Hasbir Paserangi, SH., MH.** selaku Ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin;
4. Ketiga Tim Penguji Penulis, **Bapak Prof. Dr. Ahmadi Miru S.H., M.H., Bapak Dr. Hasbir Paserangi S.H., M.H., dan Ibunda Dr. Aulia Rifai S.H., M.H.,** atas kesediaan waktu dan kesempatannya dalam proses penyusunan tulisan ini dengan memberikan kritik dan masukan yang tentu menjadikan tulisan ini lebih baik. Allah yuftah alaikum, semoga sehat selalu;
5. Seluruh staf pegawai akademik Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin yang telah banyak membantu melayani administrasi dan bantuan lainnya selama melaksanakan kuliah di Universitas Hasanuddin;
6. Keempat Kakak Penulis, **Andi Nur Fajar Alamsyah, S.STP., M.DA, dr. Jelita Inayah Sari, M.Biomed,** yang juga dalam proses penyelesaian studi pada program doktor pada Fakultas Kedokteran

Universitas Hasanuddin, **H. Muzakkar Zul Fuadi, L.c., M.M** dan **Naili Suri Intizhami, S.Kom., M.Kom**, atas dukungannya yang juga tak henti untuk penulis. Semoga Penulis bisa mengikuti jejak-jejak mereka. Juga kepada kedua Keponakan Penulis, **Andi Tenri Faiqah Malihah & Andi Muhammad Ahnaf Dzunnur'ain**

7. Rekan-rekan seperjuangan Program Magister Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin angkatan 2018, terkhusus Kelas Perdata, **Mesya Assauma Nurfitriah, Annisa Fadhilah Pratiwi, Efrilya Rashwika**, terima kasih atas persaudaraan dan solidaritas tanpa batas. Semangat dalam menyusun tesis. Semoga kita semua termasuk dalam orang-orang yang sukses;
8. Sahabat Penulis, **Nuredah S.H., M.H., Apt. Laela Magfirah, Annisa Dina Safitri, drg. Andi Nelva Yunita**, dan **Nur Asmi Mutiah** yang juga dalam proses penyelesaian studi, juga kepada **Rhara Ekawaty Rahman, Suhaemi Gaffar**, dan **Ulfah Yunita**, terima kasih atas doa dan dukungan kepada Penulis, setia menemani Penulis sampai proses penyelesaian Tesis ini selesai;
9. Terakhir kepada suami tercinta, **Ibnu Fadil Maddarangan**, terima kasih telah hadir dan memberikan doa dan dukungan selama proses akhir dari tahap penyusunan tulisan ini. Semoga hal-hal baik selalu menghampiri.

Penulis sangat menyadari bahwa tulisan ini tentu tidak mampu menyenangkan hati semua pihak. Namun Penulis berharap tulisan ini akan bermanfaat bagi para pembaca untuk dijadikan sebagai bahan rujukan, khususnya bagi mahasiswa Hukum Perdata.

Akhir kata, semoga kita semua selalu dalam lindungan Allah SWT.

Wassalamualaikum Warahmatullah Wabarakatuh

Penulis;

Indah Utami Syarifaini

ABSTRAK

Indah Utami Syarifaini (B012182029), *Analisis Hukum Persaingan Usaha Terhadap Penyalahgunaan Hak Eksklusif Pemegang Merek.* Dibimbing oleh Oky Deviani dan Winner Sitorus.

Penelitian ini bertujuan untuk menemukan dan menguraikan kriteria penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek serta menemukan dan mengevaluasi implikasi hukum tindakan penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek.

Penelitian ini dilaksanakan di Kota Makassar dengan menggunakan metode penelitian normatif dengan merujuk pada aturan-aturan dan prinsip hukum yang berlaku, dan menggunakan pendekatan perbandingan untuk melihat hukum yang berlaku di negara lain terkait HKI dan Hukum Persaingan Usaha serta memberikan gambaran dengan menyajikan ilustrasi kasus dengan tujuan membandingkan aturan yang berlaku di negara luar dengan aturan yang berlaku di Indonesia. Bahan yang dikumpulkan kemudian dijabarkan untuk memperoleh gambaran yang jelas sehingga dapat ditarik kesimpulan untuk menjawab permasalahan yang diteliti.

Hasil penelitian yang diperoleh menunjukkan bahwa penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek sangat dimungkinkan dilakukan oleh para pemegang merek, dengan melihat kriteria berdasarkan aturan HKI dan Hukum Persaingan Usaha serta ilustrasi kasus yang dijabarkan pada tulisan ini. Mengenai implikasi hukum dari tindakan penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek, hal tersebut tentu berdampak pada jalannya kegiatan berusaha, sehingga akibatnya, perjanjian lisensi antara pemberi dan pemegang lisensi dapat dibatalkan berdasarkan Pasal 1320 KUHPerduta.

Kata kunci: *Hak Kekayaan Intelektual, Hukum Persaingan Usaha, Penyalahgunaan Hak*

ABSTRACT

Indah Utami Syarifaini (B012182029), *Analysis of Business Competition Law on Abuse of Exclusive Rights of Trademark Holders.* Supervised by Oky Deviani and Winner Sitorus.

This research is aimed to find and describe the criteria for abuse of the exclusive rights of trademark holders as well as to find and evaluate the legal implications of acts of abuse of exclusive rights of trademark holders.

This research was conducted in Makassar City using normative research methods by referring to the applicable legal rules and principles, and using a comparative approach to see the laws in force in other countries related to IPR and Business Competition Law and provide an overview by presenting case illustrations with the aim of harmonization with applicable regulations in Indonesia. The collected material is then described to obtain a clear picture so that conclusions can be drawn to answer the problems studied.

The results obtained indicate that it is very possible for brand holders to abuse the exclusive rights of brand holders, by looking at the criteria based on the IPR rules and the Business Competition Law as well as the illustrations of the cases described in this paper. Regarding the legal implications of the act of abusing the exclusive rights of the brand holder, it certainly has an impact on the course of business activities, so as a result, the license agreement between the giver and the licensee can be canceled based on Article 1320 of the Civil Code.

Keywords: Intellectual Property Rights, Business Competition Law, Abuse of Rights

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
LEMBAR PERSETUJUAN	ii
PERNYATAAN KEASLIAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
ABSTRAK	ix
ABSTRACT	x
BAB I	1
PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	10
C. Tujuan Penelitian	10
D. Manfaat Penelitian	11
E. Orisinalitas Penelitian	12
BAB II	15
TINJAUAN PUSTAKA	15
A. Tinjauan Umum Tentang Merek	15
1. Konsepsi Pengaturan Perlindungan Merek Dalam Perdagangan	15
2. Unsur, Jenis dan Ciri Merek	22
3. Perlindungan Hukum Merek	24
B. Tinjauan tentang Perjanjian Lisensi	26
1. Tinjauan Umum Perjanjian Lisensi Merek	26
2. Perjanjian Lisensi Merek	30
3. Pengaturan Perjanjian Lisensi di Uni Eropa berdasarkan Perjanjian Masyarakat Eropa	35
4. Pengaturan Perjanjian Lisensi di Amerika	43
C. Tinjauan Tentang Hukum Persaingan Usaha	51

1. Hukum Persaingan Usaha	51
2. Pengelompokan Perjanjian dan Kegiatan yang Dilarang	57
3. HKI sebagai Pengecualian dalam Hukum Persaingan Usaha	59
4. Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2009 sebagai penjelasan makna Pasal 50 huruf b Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.....	62
5. Penyalahgunaan HKI dalam Konteks Persaingan Usaha	64
D. Landasan Teori.....	71
1. Teori Keadilan	71
2. Teori Kepastian Hukum	75
E. Kerangka Pikir	77
F. Definisi Operasional	80
BAB III	82
METODE PENELITIAN	82
A. Tipe Penelitian	82
C. Sumber Bahan Hukum	83
D. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum	84
E. Analisis Bahan Hukum	84
BAB VI.....	85
HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN.....	85
A. Pengaturan Perjanjian Lisensi HKI Terkait Penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi	85
1. Kriteria Penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi Berdasarkan Aturan Hukum Hak Kekayaan Intelektual	85
2. Kriteria Penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi Berdasarkan Aturan Hukum Persaingan Usaha	90
B. Akibat dari tindakan penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi.....	113
1. Perlindungan Hukum bagi pelaku usaha (sebagai pemegang hak eksklusif)	116
2. Keadilan bagi pelaku usaha (sebagai jaminan persaingan yang terdistorsi)	118

BAB V	120
PENUTUP	120
A. Kesimpulan	120
B. Saran	121
DAFTAR PUSTAKA	124

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Semangat demokrasi ekonomi Indonesia yang menghendaki adanya kesempatan yang sama bagi tiap warga negara Indonesia untuk turut berpartisipasi dalam proses produksi dan pemasaran barang dan/atau jasa dalam iklim usaha yang sehat, efektif serta efisien sehingga dapat mendorong pertumbuhan ekonomi dan bekerjanya ekonomi pasar yang wajar. Setiap orang yang berusaha di Indonesia harus berada dalam situasi persaingan yang sehat dan wajar, sehingga tidak menimbulkan potensi terhadap pemusatan kekuatan ekonomi oleh pelaku usaha tertentu, dengan tidak terlepas dari kesepakatan yang telah dilaksanakan oleh Negara Republik Indonesia terhadap perjanjian-perjanjian Internasional.¹ Hal ini berdasarkan prinsip keseimbangan dan keadilan dalam memajukan perekonomian Indonesia. Selanjutnya, peran negara dibutuhkan dalam hal pengawasan dari kegiatan ekonomi, sehingga kegiatan ekonomi dapat berjalan sesuai dengan apa yang dicita-citakan² yakni regulasi, dalam hal ini adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat sebagai upaya preventif, untuk mencegah terjadinya persaingan tidak sehat yang dapat

¹ Lihat Konsideran Menimbang Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

² Rahmi Jened. *Interface Hukum Kekayaan Intelektual dan Hukum Persaingan (Penyalahgunaan HKI)*, Rajawali Pers, Depok, 2013, hal.2

menghambat pertumbuhan ekonomi, serta tindakan represif, sebagai upaya yang dilakukan untuk mengembalikan tatanan kehidupan sosial yang menyimpang dari aturan dengan menjatuhkan sanksi sesuai dengan pelanggaran yang dilakukan.

Dalam rangka mencapai persaingan sehat, ada 3 (tiga) instrumen hukum yang perlu ditegakkan yakni Hukum Persaingan (*Competition Law*), untuk memastikan bahwa pasar eksis sebagai wadah persaingan sehat, Hukum Pencegahan Persaingan Curang (*Unfair Competition Law*), yang bertujuan mencegah agar tidak terjadi praktik yang bertentangan dengan kejujuran, dan Hukum Hak Kekayaan Intelektual (*Intellectual Property Rights Law*), yang bertujuan untuk memberikan perlindungan atas kreasi intelektual terhadap tindak pembajakan atau pemalsuan.³

Hak Kekayaan Intelektual sebagai bagian dari kegiatan usaha yang di definisikan sebagai wujud dari upaya seseorang menggunakan pikiran dan tenaganya dalam menciptakan sebuah kreasi intelektual, sehingga patut di apresiasi oleh negara dengan memberikan bentuk perlindungan berupa hak eksklusif terhadap kreasi intelektual tersebut dalam jangka waktu tertentu untuk menggunakan HKI nya tanpa khawatir terhadap upaya tindakan penyalahgunaan yang dapat menyebabkan kerugian. Hak tersebut juga dapat diberikan kepada orang lain melalui perjanjian lisensi, yakni izin untuk menggunakan HKI nya dengan jangka waktu tertentu sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam kerangka aturan HKI dan tidak melebihi batas

³ *Ibid*, hal.5

waktu yang diberikan oleh negara. Kerangka aturan HKI yang diatur dalam salah satu agenda WTO yakni (*Agreement of Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfeit*) selanjutnya disebut TRIPs, didasari pertimbangan bahwa perdagangan barang-barang palsu merupakan hambatan perdagangan dan bertentangan dengan persaingan sehat. Namun disadari pula bahwa pelaksanaan dan penegakan HKI yang tidak benar dapat pula menjadi hambatan perdagangan.⁴

Dalam perkembangannya, pelaksanaan HKI yang tidak benar di bawah instrumen hukum HKI yang dapat menghambat perdagangan adalah penyalahgunaan HKI terkait dengan pelaksanaan Hak Eksklusif HKI melalui pemberian lisensi, dimana dalam suatu perjanjian lisensi terdapat klausul yang memberatkan *licensee* ataupun terdapat hal-hal yang tidak diperbolehkan dalam lisensi yang dapat menghambat perdagangan. Salah satu kerangka aturan HKI yakni Undang-Undang Nomor 20 tahun 2016 Tentang Merek dan Indikasi Geografis mengatur bahwa Perjanjian Lisensi dilarang memuat ketentuan baik yang langsung maupun tidak langsung yang menimbulkan akibat yang merugikan perekonomian Indonesia atau memuat pembatasan yang menghambat kemampuan bangsa Indonesia dalam menguasai dan mengembangkan teknologi.⁵ Lisensi sendiri merupakan sarana bagi orang/pihak lain untuk menggunakan merek secara

⁴ *Ibid.*

⁵ Lihat Pasal 42 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis.

sah dan legal. Dengan lisensi ini sifat eksklusif (monopoli) hak merek sebagai bagian dari HKI dikurangi. Sifat eksklusif yang melekat pada pemilikinya, sebagian diberikan pada orang lain.⁶

Di Amerika, pengaturan tentang perjanjian lisensi merek sangat erat kaitannya dengan ketentuan kendali mutu yang merupakan fungsi dari merek dagang sebagai indikasi asal dan jaminan kualitas, sehingga ketentuan kendali mutu diwajibkan bagi *licensor*. Hal ini untuk menghindari tindakan penipuan bagi konsumen dan untuk melindungi persaingan sehat. Namun demikian terkadang *licensor* memasukkan ketentuan yang melanggar aturan persaingan sehat yang memberatkan satu pihak, umumnya licensee. Hal ini dikatakan sebagai tindakan penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi. Ketentuan ini dapat kita lihat pada ilustrasi kasus *Sealy*,⁷ di mana pemerintah AS menggugat *Sealy* atas dugaan pelanggaran Pasal 1 Sherman Act,⁸ di mana para licensee menyetujui sistem alokasi wilayah eksklusif untuk memasarkan

⁶ Agung Sujatmiko, Bambang Sugeng. *Monopoli Pada Lisensi Merek Terkenal dan Kaitannya dengan Persaingan Usaha*. Jurnal Masalah-masalah Hukum. Jilid 42, Nomor 2. Universitas Airlangga, 2013. hal. 227

⁷ *United States v. Sealy*, 388 U.S. 350, 356 n.3 (1967).

⁸ *This section of the **Sherman Act** prohibits agreements between two or more individuals or independent entities that unreasonably restrain trade (15 U.S.C. § 1). Section 1 also regulates foreign entities doing business abroad if the business sufficiently affects US consumers. A violation of Section 1 may result in civil penalties of up to \$100 million for corporations or \$1 million for individuals, and criminal penalties of up to ten years. The **Department of Justice (DOJ)** has authority to enforce both civil and criminal violations. Civil actions for damages may be brought by both private individuals and the state attorneys general on behalf of state residents.* Lihat [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-5020833?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-5020833?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Diakses pada tanggal 10 April 2021 Pukul 16.00

produk *Sealy*. Setiap pabrikan memiliki wilayah eksklusif dalam kontrak lisensinya; kontrak ini melarang setiap produsen untuk menjual di luar wilayah itu. Pada saat itu, pemegang saham licensee dan *Sealy* mulai bekerja sama untuk menetapkan dan mengawasi harga minimum dan maksimum yang dibebankan oleh pengecer produk *Sealy*, harga produk *Sealy* yang diiklankan, dan cara untuk membujuk pengecer agar mematuhi harga ini. Pada tahun 1933, *Sealy Corporation* direorganisasi menjadi *Sealy, Incorporated*. *Sealy, Inc.* membuat ketentuan baru bahwa setiap pabrikan baru yang masuk ke dalam organisasi harus membeli saham *Sealy*. Pada 1940-an, bisnis *Sealy* meningkat dan banyak licensee baru bergabung untuk mencakup wilayah yang sebelumnya terbuka.

The Sherman Act menyatakan bahwa setiap kontrak, kombinasi, atau persekongkolan yang mengekang perdagangan adalah ilegal. Amerika Serikat mengajukan gugatan perdata terhadap *Sealy, Inc.* dengan tuduhan melanggar Sherman Act dengan menetapkan harga eceran minimum dan dengan memaksa pengecer untuk mematuhi harga tersebut. Juga diduga bahwa pengaturan teritorial eksklusif *Sealy, Inc.* melanggar Sherman Act. Pengadilan distrik memutuskan bahwa penetapan harga *Sealy, Inc.* melanggar Sherman Act, tetapi pengaturan wilayahnya tidak. Amerika Serikat mengajukan banding atas keputusan pengadilan distrik tentang legalitas struktur lisensi *Sealy, Inc.* Pada pengadilan banding, terhadap gugatan pengaturan wilayah yang dilakukan *Sealy Inc.*, pengadilan memutuskan bahwa struktur perizinan *Sealy* adalah pembatasan

perdagangan horizontal, yang merupakan pelanggaran terhadap Sherman Act. Pengadilan mencatat bahwa *licensee* mengendalikan bisnis sehari-hari *Sealy* melalui dewan direksi dan komite eksekutif, termasuk pemberian, pengalihan, pengalihan kembali, dan penghentian lisensi teritorial eksklusif. Hakim Fortas berpendapat bahwa perilaku *Sealy* adalah gabungan dari pembatasan perdagangan, dengan alasan bahwa pembatasan teritorial *Sealy* adalah bagian dari skema penetapan harga yang diakui melanggar hukum. Sementara mengakui bahwa batasan teritorial melayani tujuan lain, *Sealy* beralasan bahwa hubungannya dengan penetapan harga sudah cukup untuk menuntut mereka di hukum atas tindakan pengekangan perdagangan yang melanggar hukum.⁹ Dalam referensi lain disebutkan bahwa pembatasan teritorial dalam perjanjian lisensi merek melanggar hukum persaingan usaha, dimana *licensor* merek dagang tidak dapat secara sah membatasi wilayah tempat *licensee* mereka dapat bersaing. *Licensor* merek dagang tidak dikecualikan dari Undang-Undang anti monopoli dan segala pembatasan teritorial yang diberlakukan di bawah kedok Undang-Undang merek dagang adalah melanggar hukum.¹⁰

Kasus di atas merupakan salah satu contoh bentuk penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi dengan tuduhan pelanggaran atas penetapan harga. Jika melihat *Antitrust Guideline for The*

⁹ Lihat <https://www.oyez.org/cases/1966/9> , Diakses pada tanggal 10 April 2021 Pukul 16.52

¹⁰ Lihat *Exclusive Teritorial and Customer Restrictions; Hearings Before the Subcommittee on Monopolies and Commercial Law of the Committee on the Judiciary House of Representatives, Serial no. 41, U.S Government Printing Office Washington, 1976, page 342*

Licensing of Intellectual Property Rights, penetapan harga dalam perjanjian lisensi merupakan klausul yang bersifat anti persaingan. Sedangkan di Eropa, perjanjian penetapan harga horizontal dilarang berdasarkan Pasal 81 (1).

Pertanyaan yang kemudian muncul adalah apakah merek di mungkin untuk disalahgunakan dalam perjanjian lisensi, mengingat merek hanya merupakan sebuah tanda pembeda pada suatu produk. Selanjutnya adalah bagaimana dengan pengaturan perjanjian lisensi di Indonesia dalam konteks hukum persaingan usaha. Jika dilihat, perjanjian lisensi dikecualikan dari Undang-Undang nomor 5 tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Hal ini secara jelas disebutkan dalam Pasal 50 huruf b yang mengatur bahwa:

“yang dikecualikan dari ketentuan Undang-Undang ini adalah...perjanjian yang berkaitan dengan Hak Atas Kekayaan Intelektual seperti lisensi Paten, Merek Dagang, Hak Cipta, Desain Produk Industri, rangkaian elektronik terpadu dan rahasia dagang serta perjanjian yang berkaitan dengan waralaba...”

Ketentuan tersebut diartikan bahwa sekalipun ada penyalahgunaan HKI yang dapat menimbulkan monopoli atau persaingan usaha tidak sehat, tidak akan tercakup oleh Undang-Undang ini. Padahal jika dicermati hak eksklusif HKI dapat menimbulkan dominasi dan jika disalahgunakan dapat menimbulkan monopoli dan persaingan usaha tidak sehat¹¹ dan pada akhirnya akan menimbulkan dampak bagi pelaku usaha.

¹¹ Rahmi Jened, *Op. Cit*, hal.10

Ketentuan di atas kemudian diatur lebih lanjut dalam Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 2 Tahun 2009 Tentang Pedoman Pengecualian Penerapan Pasal 50 huruf b Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terhadap Perjanjian yang Berkaitan dengan Hak Atas Kekayaan Intelektual. Adanya peraturan ini menjadi sebuah pernyataan pembenaran bahwa terhadap potensi penyalahgunaan HKI melalui lisensi memang memungkinkan, sehingga harus dicegah sedini mungkin melalui aturan tersebut.¹² Pedoman tersebut memberikan penjelasan bahwa pengecualian dapat dikecualikan apabila suatu perjanjian lisensi memenuhi unsur untuk dikategorikan sebagai tindakan monopoli atau persaingan usaha tidak sehat, salah satunya adalah terdapat klausul kesepakatan eksklusif dalam perjanjian lisensi, yaitu pembatasan harga. Tetapi perlu dicatat bahwa sekalipun sebuah perjanjian lisensi memuat klausul kesepakatan eksklusif, perjanjian lisensi tersebut tidak serta merta dianggap melanggar Undang-Undang Anti Monopoli. Perlu dilihat fakta dan kondisi yang mendukung untuk menentukan suatu perjanjian lisensi memiliki sifat anti persaingan sehingga dapat menghambat pertumbuhan ekonomi. Untuk itu, perlu ditelaah lebih lanjut terkait lisensi yang berpotensi disalahgunakan oleh pemegang Merek. Hal ini dikarenakan sejauh manapun monopoli memberikan kebebasan kepada HKI untuk mengeksploitasi HKI nya, tidak

¹² Komisi Pengawas Persaingan Usaha. *Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 2 tahun 2009 tentang Pedoman Penerapan Pengecualian Pasal 50 huruf b Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 terhadap Perjanjian yang Berkaitan dengan Hak Atas Kekayaan Intelektual.*

bisa dinafikan bahwa HKI adalah bagian dari kegiatan ekonomi sehingga dalam pelaksanaannya, tetap ada batasan untuk mencegah terjadinya tindakan penyalahgunaan yang dapat menghambat pertumbuhan ekonomi.

Pengkajian dilakukan dengan melihat aturan hukum persaingan usaha terkait perjanjian lisensi HKI yang berlaku di negara lain seperti Eropa dan Amerika, sehingga dapat ditemukan perbedaan dan persamaan antara aturan-aturan tersebut, dengan demikian dari persamaan dan perbedaan tersebut dapat menjadi rujukan bagi aturan persaingan usaha yang berlaku di Indonesia. Tulisan ini menitikberatkan pembahasan dengan menyajikan ilustrasi kasus yang pernah terjadi di negara-negara Eropa dan Amerika berdasarkan aturan persaingan usaha dan aturan hak kekayaan intelektual, mengingat di Indonesia belum pernah terjadi kasus serupa, dengan demikian dari kasus-kasus tersebut dapat memberikan gambaran serta menjadi masukan bagi para penyusun regulasi mengenai pengaturan perjanjian lisensi di Indonesia dengan mengikuti aturan hukum yang berlaku di Amerika dan Eropa. Bagaimana hukum yang berlaku di Indonesia dapat dikatakan efektif untuk mengupayakan pencegahan sedini mungkin terhadap potensi terjadinya penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi, akan dibahas lebih lanjut oleh penulis dengan melakukan pengkajian yang didasarkan pada prinsip keseimbangan dan keadilan, mengingat pengkajian ini juga akan membahas mengenai akibat yang timbul dari tindakan penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi yang menyangkut dua

kepentingan, yakni antara pemegang hak eksklusif HKI, dan kerugian yang dirasakan oleh pihak lain sebagai akibat dari tindakan penyalahgunaan hak eksklusif dalam perjanjian lisensi tersebut.

B. Rumusan Masalah

1. Apakah kriteria penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi berdasarkan aturan hukum persaingan usaha dan hukum HKI tidak melanggar Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (PerKom) KPPU Nomor 2 Tahun 2009?
2. Apa akibat hukum dari tindakan penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan rumusan permasalahan tersebut, Penulis menjabarkan beberapa tujuan penelitian sebagai berikut:

1. Menemukan dan menguraikan kriteria penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi, berdasarkan aturan hukum persaingan usaha, dalam hal ini Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dengan melihat aturan hukum persaingan usaha yang berlaku di negara-negara maju seperti Amerika dan Eropa sebagai perbandingan, dengan demikian dapat dijadikan bahan rujukan dan diharapkan dapat memberikan masukan kepada penyusun Undang-Undang monopoli terkait penyalahgunaan hak eksklusif dalam perjanjian lisensi.

2. Menemukan dan mengevaluasi akibat hukum dari tindakan penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi, kemudian memberikan argumentasi sebagai masukan untuk upaya pencegahan terhadap potensi penyalahgunaan yang suatu hari akan terjadi di Indonesia.

D. Manfaat Penelitian

Pada penelitian ini, penulis tentu mengharapkan dapat memberikan manfaat dari segi teoretis dan segi praktik hukum.

1. Teoretis

- a. Memberikan sumbangsih secara umum untuk mengembangkan Ilmu hukum dan secara khusus untuk Hukum Persaingan Usaha dan Hak Kekayaan Intelektual.
- b. Sebagai masukan kepada pemerintah memberikan sumbangsih praktis kepada pemerintah mengenai bagaimana aturan hukum persaingan usaha dan aturan hukum HKI dapat berjalan beriringan.

2. Praktis

- a. Sebagai upaya untuk menciptakan keseimbangan antara persaingan usaha dan HKI sehingga mampu mewujudkan persaingan usaha yang sehat
- b. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberi masukan serta tambahan pengetahuan bagi semua pihak yang bersedia menerima dan bagi para pihak yang terkait dengan masalah yang diteliti serta

bermanfaat bagi para pihak yang berminat pada permasalahan yang sama.

E. Orisinalitas Penelitian

1. Jurnal Hukum Pro Justicia tahun 2010 “Lisensi Merek Mendukung Persaingan Usaha”. oleh Agung Sujatmiko. Dalam penelitian ini membahas tentang lisensi merek berdasarkan rumusan masalah: (1) apakah lisensi merek bisa mendukung persaingan usaha yang sehat dan jujur? Dengan kesimpulan bahwa perjanjian lisensi yang diatur dalam Undang-Undang Merek sangat mendukung persaingan usaha yang sehat dan jujur di Indonesia. Perjanjian lisensi mengandung hak dan kewajiban yang seimbang antara *licensor* dan *licensee* dan melarang para pihak untuk membuat perjanjian yang dapat merugikan perekonomian Indonesia dan menghambat pengembangan teknologi. Salah satu arah yang dituju dari larangan tersebut dalam konteks merugikan perekonomian Indonesia adalah agar tercipta persaingan yang sehat diantara pelaku usaha. Jika terjadi persaingan yang sehat, maka akan tercipta harga yang wajar bagi produk barang dan atau jasa sehingga akan menguntungkan masyarakat sebagai konsumen, yang akan meningkatkan daya beli masyarakat. Peningkatan daya beli masyarakat secara langsung mengindikasikan adanya pertumbuhan ekonomi yang baik.
2. Tesis tahun 2013 dengan judul “Tinjauan Yuridis Perjanjian Merek dalam Kaitannya dengan Persaingan Usaha Tidak Sehat (TORT) (Studi

Putusan Mahkamah Agung Nomor: 767K/Pdt.Sus/2016) oleh Dewi Anggraini pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, yang membahas mengenai bentuk penyalahgunaan lisensi HKI Merek yang dapat menyebabkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat, serta membahas mengenai kebijakan pemerintah terkait tindakan penyalahgunaan HKI dalam lisensi Merek berdasarkan aturan hukum persaingan, dengan kesimpulan bahwa yang pertama; tindakan penyalahgunaan HKI Merek dapat terjadi jika penerima lisensi memiliki itikad tidak baik dalam membuat dan mendaftarkan merek lain yang memiliki persamaan baik pada pokoknya maupun secara keseluruhan dengan merek milik pemilik lisensi yang menyebabkan timbulnya kerugian bagi pemilik merek secara materil dan immateril yakni kurangnya omzet serta rusaknya reputasi merek milik pemilik merek, juga menyebabkan kerugian yang dialami konsumen karena telah dikecohkan dalam memilih produk, sehingga tindakan tersebut telah melanggar ketentuan Pasal 4 dan 6 UU Nomor 15 tahun 2001 tentang Merek. Tindakan penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi dikategorikan sebagai perbuatan melawan hukum karena menghilangkan persaingan yang menyebabkan kerugian yang dialami salah satu pihak, sehingga dapat digugat secara perdata melalui gugatan perbuatan melawan hukum. Akibat hukum dari tindakan tersebut berupa ganti rugi dan penghentian pemakaian merek. Kedua, terbatasnya kebijakan tentang persaingan usaha di bidang HKI

dalam hal ini lisensi, layaknya dapat menjadi suatu keharusan bagi pemerintah untuk mengeluarkan aturan persaingan usaha yang khusus membahas mengenai penyalahgunaan lisensi, sehingga dapat dijadikan pedoman dalam menyelesaikan dalam menyelesaikan kasus-kasus tindakan penyalahgunaan HKI dalam hal ini mengenai lisensi, khususnya Merek.

Berdasarkan kedua judul dan hasil penelitian di atas, terdapat perbedaan dengan masalah yang akan dibahas pada tulisan ini, oleh karena penelitian ini terfokus pada (1) Bagaimanakah kriteria penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi; (2) Apa akibat hukum dari tindakan penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang Merek

1. Konsepsi Pengaturan Perlindungan Merek Dalam Perdagangan

1.1. Pengertian Merek

Merek (*Trademark*) sebagai Hak Atas Kekayaan Intelektual pada dasarnya ialah tanda untuk mengidentifikasi asal barang dan jasa (*an indication of origin*) dari suatu perusahaan dengan barang dan/atau jasa perusahaan lain. Melalui merek, pengusaha dapat menjaga dan memberikan jaminan akan kualitas (*a guarantee of quality*) barang dan/atau jasa yang dihasilkan dan mencegah tindakan persaingan (konkuensi) yang tidak jujur bagi pengusaha lain yang beritikad buruk yang bermaksud membonceng reputasinya.¹³ Sebagai sarana pemasaran untuk memberikan informasi kepada konsumen terkait barang dan/atau jasa yang ditawarkan. Terlebih dengan bantuan teknologi yang berkembang sangat pesat beberapa tahun ini, membuat merek lebih mudah dikenal oleh masyarakat, internasional maupun nasional, sehingga mampu mempengaruhi tingkat nilai jual. Melalui media iklan, pengusaha memiliki kemampuan untuk menstimulasi

¹³ Rahmi Jened. *Hukum Merek Trademark Law dalam Era Globalisasi & Integrasi Ekonomi*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2015, hal.3

permintaan konsumen sekaligus untuk mempertahankan loyalitas konsumen terhadap barang dan/atau jasa yang ditawarkan.¹⁴

Secara normatif, merek didefinisikan sebagai tanda yang dapat membedakan barang dan jasa yang diproduksi oleh suatu perusahaan terhadap perusahaan lainnya. 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.¹⁵ Berdasarkan ketentuan diatas, terlihat jelas bahwa fungsi utama merek adalah untuk membedakan barang atau jasa yang bersangkutan dengan produsennya.

Menurut Ihsan Budi Maulana, merek dapat diartikan sebagai roh bagi suatu produk barang atau jasa. Merek sebagai tanda pengenal dan tanda akan dapat menggambarkan jaminan kepribadian (*individuality*) dan reputasi barang dan jasa hasil usahanya sewaktu diperdagangkan.¹⁶

¹⁴ *Ibid*, hal.4

¹⁵ Henry Soelistyo. *Bad Faith dalam Hukum Merek*, PT. Maharsa Artha Mulia, Yogyakarta, cet. Kedua 2017, hal. 4

¹⁶ Ridwan Khairandy, *Pokok-pokok Hukum Dagang Indonesia*, FH UII Press, Yogyakarta, 2013, hal. 440

Dari sisi produsen, merek dapat diadakan sebagai jaminan nilai hasil produksinya, khususnya mengenai kualitas kemudian pemakaiannya. Dari sisi pedagang, merek digunakan untuk promosi barang-barang dagangannya guna mencari dan meluaskan pasar. Dari sisi konsumen, merek diperlukan untuk melakukan pilihan-pilihan barang yang akan dibeli. Bahkan terkadang penggunaan merek tertentu bagi seorang konsumen dapat menimbulkan image tertentu.¹⁷

Tanda yang digunakan sebagai merek tersebut harus dilekatkan atau digunakan pada suatu produk barang atau jasa yang digunakan dalam perdagangan barang atau jasa. Penggunaan merek tersebut dimaksudkan untuk membedakan suatu produk barang atau jasa yang sejenis yang dibuat orang atau badan hukum yang lain.¹⁸

Secara lebih khusus, dunia industri dan perdagangan mengenal merek sebagai tanda visual yang berfungsi sebagai identitas, sebagai pengenalan atau sebagai pembeda barang di pasar. Oleh para pelaku usaha, merek digunakan sebagai tanda untuk menunjukkan asal barang atau sumber asal produk. Dari serangkaian aspek fungsional yang melekat, merek mengemban peran ganda, yakni menjadi tanda pengenalan atau identitas dan

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid*, hal. 441

sekaligus penunjuk sumber asal barang maupun konsumen, untuk mewujudkan tatanan perdagangan yang tertib, terpercaya, aman dan berkepastian hukum. Tanpa merek, interaksi perdagangan dipastikan akan kusut atau bahkan *chaos*. Untuk itu, diperlukan instrumen penataan dalam bentuk sistem yang dilembagakan dalam aturan hukum. Sistem hukum seperti itu dibangun dan dijalankan untuk mendukung dan mewujudkan ketertiban serta keteraturan dalam kegiatan perdagangan.¹⁹

1.2. Merek Sebagai Nilai Ekonomi

Secara ekonomi, merek memiliki nilai kemanfaatan yang dapat dikuantifikasi. Berbeda dengan pemahaman konsep *economic value* secara tradisional, hukum mengakui nilai ekonomi sebuah merek bukan merujuk semata-mata pada biaya total yang dikeluarkan untuk ongkos pembuatan merek. Lebih dari itu, nilai ekonomi riil sebuah merek sebagai *property* ditentukan oleh hasil *maintenance* merek selama dalam penggunaan.²⁰

Pendeknya, nilai ekonomi merek berbanding lurus dengan kekuatan fungsi yang dijalankannya. Yaitu sebagai sumber informasi bagi konsumen agar tidak tersesat dan memudahkan akses untuk membelinya di pasar. Fungsi seperti itu

¹⁹ Henry Soelistyo. *Op. Cit*, hal. 5

²⁰ *Ibid*, hal.6

berkonsekuensi pada kewajiban pemilik merek memberi rasionalita kepercayaan proteksi bagi kepentingan ekonomi.²¹

1.3. Fungsi Merek dalam Perdagangan

Fungsi utama merek sebagai tanda pengenal untuk membedakan barang atau jasa sejenis yang dihasilkan oleh perusahaan lain. Selain itu, merek juga dapat memprivadikan suatu barang atau jasa tertentu, yang menunjukkan asal barang dan jaminan kualitas barang atau jasa yang bersangkutan.²²

Dalam kerangka jaminan perlindungan merek, *Robert S. Smith* sebagaimana dikutip Effendy Hasibuan menyatakan bahwa: “jaminan keaslian barang produksi untuk menghilangkan keraguan konsumen”. Sejalan dengan itu, perlindungan konsumen menjadi fungsi pokok merek untuk mencegah atau menghindar dari rangkaian ketersesatan karena membeli produk palsu. Dari sisi sebaliknya, yang belakangan ini cenderung berubah adalah niat dan perilaku sebagian pengusaha atau produsen yang tidak lagi merasa perlu memperjelas asal barang dan memperkuat daya pembeda mereknya. Faktanya, mereka justru sering melakukan hal yang sebaliknya. Mereka berupaya menciptakan merek yang mengandung kemiripan yang “legal” dan tolerable. Banyak pelaku usaha yang lebih senang menciptakan

²¹ *Ibid.*

²² Ridwan Khairandy. *Loc.Cit.*

merek yang serupa atau mirip atau setidaknya menyerupai merek orang lain yang telah digunakan dalam kegiatan perdagangan. Banyak produsen yang cenderung lebih suka menggagas upaya peniruan atau mendompleng merek lain, terutama yang dikenal luas di kalangan konsumen. Motif seperti itu tentu tidak fair dan tendensius. Sebab, tujuannya jelas, yaitu untuk mengecoh atau menyesatkan konsumen. Tujuan akhirnya tentu untuk merebut pangsa pasar produsen yang didomplenginya. Semakin banyak konsumen disesatkan, semakin tinggi omset penjualan didapatkan. Semakin banyak pembeli tersesat, semakin besar keuntungan didapat.

Siasat seperti ini secara sadar dirancang dan dilakukan sebagai bagian dari strategi pemasaran. Menghadapi fenomena “*me too*” yang meluas seperti ini lantas bagaimana hukum menyikapinya, harus ada regulasi yang diimplementasikan.²³

1.4. Merek Sebagai Aksesoris

Merupakan fenomena menarik ketika belakangan ini tumbuh kesadaran di kalangan masyarakat konsumen untuk mengizinkan barang yang dibelinya untuk menampilkan merek, yang notabene milik produsen untuk tujuan promosi. Berbagai komoditas seperti sepatu, tas, dan busana adalah sebagian dari contoh produk yang menampilkan merek tidak pada tempatnya. Misalnya, busana

²³ Henry Soelistyo. *Op. Cit*, hal.9

resmi pria yang diproduksi brand-brand terkenal belakangan ini menempelkan mereknya di ujung lengan jaket atau jas. Lazimnya, merek-merek seperti itu ditempatkan pada bagian dalam di belakang leher. Ini berarti, sesuai dengan fungsinya sebagai penanda dan penunjuk asal barang. Jas konveksi yang dijual siap pakai banyak yang memasak label merek dengan cara menyolok seperti itu. Demikian pula baju pria lengan Panjang yang menempelkan merek di mansetnya atau di kantong sakunya. Contoh serupa banyak ditemui pada busana wanita serta perlengkapan aksesorisnya. Pendeknya, terdapat pergeseran penonjolan produk. Praktek serupa dilakukan pada tas wanita yang menempelkan logo merek secara menyolok. Pada sepatu, merekat merek secara artistik. Bahkan di t-shirt, melekat label merek yang seharusnya cukup ditempelkan di dalam tetapi ini di lengan atau di dada. Praktek bisnis seperti ini menggambarkan fakta bahwa sesungguhnya merek sebagai identitas dan petunjuk asal barang sudah exhausted. Artinya, fungsi itu sudah selesai ketika barang bermerek itu dibeli konsumen. Jika benar demikian logikanya, mestinya tidak penting bagi produsen apakah merek itu masih digunakan atau bahkan ditampilkan dalam produk yang telah dijualnya. Namun dalam kenyataannya, masyarakat cenderung ingin terus menampilkannya dan bahkan bangga dengan merek yang menempel di sepatu, tas dan busananya itu.

Fungsi dasar merek dengan demikian sudah berubah menjadi asesori atau image yang dapat mengangkat gengsi pemakainya. Merek tidak lagi berfungsi sebagai tanda pembeda. Lebih dari itu, merek sudah mengubah selera pasar, karena citra atau image yang melekat padanya. Ini berarti, secara tidak langsung, merek telah menjadi media komunikasi. Sarana untuk menyampaikan pesan dan pencitraan tentang siapa siapa dan pada level apa serta dalam kelas apa seseorang disegmentasikan. Semua *image* itu didelegasikan pada merek untuk disampaikan ke publik. Dalam hal demikian, merek juga bermetafora menjadi elemen asesoris yang bernilai tinggi. Kesemuanya itu harus dibayar mahal semata-mata untuk menunjukkan gengsi pribadi dalam *life style* seseorang dalam lingkungan masyarakat.²⁴

2. Unsur, Jenis dan Ciri Merek

Unsur, jenis dan ciri suatu merek dapat diklasifikasikan sebagai berikut;

- a. Merupakan suatu tanda;
- b. Mempunyai daya pembeda;
- c. Digunakan dalam perdagangan;
- d. Digunakan pada barang atau jasa yang sejenis²⁵

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Ismail Rumadan, *Kriteria Itikad Tidak Baik dalam Penyelesaian Sengketa Merek Terkenal Melalui Putusan Pengadilan*, Mahkamah Agung Republik Indonesia, 2018, hal.58

Tanda yang dapat dipakai sebagai merek adalah tanda yang dapat memiliki daya pembeda. Untuk merek dagang, tanda dapat dilekatkan pada barangnya, pembungkusnya, atau kedua-duanya. Sedangkan untuk merek jasa dapat dicantumkan secara tertentu pada hal-hal yang bersangkutan dengan merek jasa. Sedangkan apa yang disebut sebagai barang sejenis adalah barang tersebut tidak harus sama, tetapi secara teknik dan pemakaian terdapat hubungan yang sangat dekat, atau mengandung persamaan pada sifat susunannya dan juga cara membuatnya.²⁶

Jenis Merek

a. Merek dagang (*Trademarks*)

Merek dagang adalah merek yang digunakan pada barang yang diperdagangkan oleh seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum untuk membedakan dengan barang sejenis lainnya.

b. Merek jasa (*Servicemarks*)

Merek jasa adalah merek yang digunakan pada jasa yang diperdagangkan oleh seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum untuk membedakan dengan jasa sejenis lainnya,²⁷

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Ridwan Khairandy. *Loc.Cit.*

3. Perlindungan Hukum Merek

Untuk jangka waktu perlindungan merek, telah diatur dalam *TRIPs*

Article 18;

“Initial registration, and each renewal of registration of a trademark shall be for a term of no less than seven years. The registration of a trademark shall be renewable indefinitely”.

Serta diatur dalam *Paris Convention Article 6 quinquies Paragraph (2)*

Paris Convention;

*“However in no case shall the renewal of the registration of the mark in the country of origin involve an obligation to renew the registration in the other countries of the union in which mark has been registered”.*²⁸

Merek yang dilindungi terdiri atas tanda 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.²⁹

Perlindungan hukum pengeksplotasian merek berlaku selama jangka waktu perlindungan merek terdaftar yang bersangkutan. Jangka waktu merek terdaftar diberikan sesuai dengan prinsip keadilan bahwa minimum penggunaan yang layak adalah 7 (tujuh) tahun. Sedangkan dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 menetapkan standar

²⁸ Rahmi Jened. *Op. Cit*, hal. 188

²⁹ Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 Tentang Merek dan Indikasi Geografis

lebih tinggi dari yang ditetapkan didalam TRIPs yakni 10 (sepuluh) tahun.³⁰

Dalam rangka penyempurnaan Undang-Undang Merek, terdapat beberapa perbedaan sebelum dan sesudah Undang-Undang tersebut direvisi. Dalam Undang-Undang Merek terbaru, pengertian merek diperluas dengan adanya Merek 3 dimensi, Merek Suara dan Merek Hologram, sedangkan dalam Undang-Undang Merek lama hanya mengenal definisi merek secara konvensional. Selanjutnya pada proses pendaftaran Merek. dalam Undang-Undang Merek lama, proses pendaftaran Merek relatif cukup lama, yakni pemeriksaan formal, pemeriksaan substantif, pengumuman, dan di akhiri dengan sertifikasi, Dalam Undang-Undang Merek baru proses pendaftaran menjadi lebih singkat, yakni pemeriksaan formal, pengumuman, pemeriksaan substantif, dan di akhiri dengan sertifikasi. Selanjutnya mengenai kewenangan Menteri, di mana sebelum Undang-Undang Merek diubah, Menteri tidak memiliki hak untuk menghapus Merek terdaftar, namun dalam Undang-Undang Merek terbaru Menteri memiliki hak untuk menghapus Merek terdaftar karena merek tersebut merupakan Indikasi Geografis, atau bertentangan dengan ideologi negara, peraturan perUndang-Undangan, moralitas, agama, kesusilaan, dan ketertiban umum. Selanjutnya, mengenai gugatan pada Merek terkenal. Di mana sebelum diubah, Undang-Undang Merek tidak mengatur mengenai

³⁰ Rahmi Jened. *Loc.Cit.*

gugatan oleh Merek terkenal, sedangkan dalam Undang-Undang Merek baru mengatur ketentuan Merek terkenal dapat mengajukan gugatan berdasarkan putusan Pengadilan. Kemudian mengenai ketentuan Pidana, dalam Undang-Undang Merek lama tidak memuat ketentuan terkait pemberatan sanksi pidana, sedangkan dalam Undang-Undang Merek yang baru diatur mengenai ketentuan pemberatan sanksi pidana bagi Merek yang produknya mengancam keselamatan dan Kesehatan jiwa seseorang. Selanjutnya, ketentuan mengenai Indikasi Geografis yang sebelumnya hanya diatur dalam 1 (satu) bab saja, yakni dari Pasal 56-60, kini diatur dalam 4 (empat) bab yakni dari Pasal 53 hingga Pasal 71.³¹

B. Tinjauan tentang Perjanjian Lisensi

1. Tinjauan Umum Perjanjian Lisensi Merek

Abdulkadir Muhammad memberikan definisi mengenai perjanjian bahwa yang dimaksud perjanjian adalah suatu persetujuan dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan.³² Dengan perjanjian tersebut, menurut Lukman Santoso akan timbul hubungan hukum antara orang yang satu dengan orang yang lainnya yang saling berjanji, hubungan yang

³¹ <https://optimasihki.id/perbedaan-antara-uu-merek-lama-tahun-2001-dengan-uu-merek-dan-ig-baru-tahun-2016-new-blog/>. Diakses pada tanggal 1 Juli 2022 Pukul 05.59 WITA

³² Marilang, *Op.Cit.* hal. 144.

dimaksud adalah masing-masing pihak memiliki hak dan kewajiban yang harus dilaksanakan.³³

Mengenai syarat sahnya suatu perjanjian, diatur dalam Pasal 1320 BW:³⁴

- a. Adanya kata sepakat
- b. Kecapakan untuk membuat perjanjian
- c. Adanya suatu hal tertentu
- d. Adanya sebab yang halal

Dalam perjanjian, dikenal beberapa asas, yaitu:

1. Asas Kebebasan Berkontrak (*freedom of making contract*)

Asas ini terdapat dalam Pasal 1338 KUH Perdata yang berbunyi :
“Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya” Asas ini merupakan suatu asas yang memberikan kebebasan berkontrak kepada para pihak untuk:

- a. Membuat atau tidak membuat perjanjian;
- b. Mengadakan perjanjian dengan siapapun;
- c. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya;
serta
- d. Menentukan bentuk perjanjiannya, baik lisan maupun tertulis.

³³ *Ibid*, hal. 145

³⁴ Ahmadi Miru, Sakka Pati, *Hukum Perikatan; Penjelasan Makna Pasal 1233 sampai 1456 BW*, Edisi 1, Cet. 6, Jakarta: Rajawali Press, 2014. hal. 67

2. Asas Konsensualisme

Asas ini mengandung arti bahwa sejak detik terjadinya kata sepakat antara pihak-pihak yang mengadakan perjanjian, maka detik itu juga perjanjian telah dinyatakan sah dan oleh karenanya memiliki akibat hukum, artinya, apabila salah satu pihak tidak menepati janjinya, maka ia dapat dituntut di hadapan pengadilan.³⁵

3. Asas Itikad Baik

Asas ini tercantum dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata, yang menyatakan :

“Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.”

Asas ini menjelaskan bahwa para pihak yaitu pihak kreditur dan debitur diwajibkan untuk melaksanakan substansi kontrak berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh maupun kemauan baik dari para pihak.

4. Asas *Pacta Sun Servanda*

Asas ini dalam suatu perjanjian dimaksudkan untuk memberikan perlindungan hukum bagi para pihak yang membuat perjanjian, bahwa para pihak tidak perlu khawatir akan hak-hak nya karena perjanjian itu berlaku sebagai Undang-Undang bagi para pihak yang membuatnya.³⁶

5. Asas Berlakunya Suatu Perjanjian

³⁵ *Ibid*, hal. 152

³⁶ *Ibid*, hal. 157

Asas ini diatur dalam Pasal 1315 bahwa pada umumnya, tak seorangpun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji, melainkan untuk dirinya sendiri. Pasal ini menerangkan bahwa seseorang yang membuat perjanjian tidak dapat mengatasnamakan orang lain, dalam arti yang mengandung kewajiban dan yang memperoleh hak dari perjanjian itu hanya pihak yang melakukan perjanjian itu saja.³⁷

6. Asas Obligatoir

Dalam kaitannya dengan hukum perjanjian, asas ini diartikan sebagai perjanjian yang telah dibuat oleh pihak-pihak terkait, tetapi masih dalam tahap melahirkan hak dan kewajiban saja, belum masuk pada tahap pemindahan hak milik.³⁸

7. Asas Opsional (Bersifat Pelengkap)

Asas ini memberikan pemahaman antara hukum benda dan hukum perjanjian, bahwa dalam hukum benda memiliki suatu sistem tertutup, sedangkan hukum perjanjian menganut sistem terbuka, artinya bahwa hukum perjanjian memberikan kebebasan seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja, asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan.³⁹

³⁷ Ahmadi Miru, *Op. Cit*, hal. 65

³⁸ Marilang, *Op.Cit*, hal. 160

³⁹ Lihat, Pasal 4 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis.

2. Perjanjian Lisensi Merek

Hak atas merek terdaftar dapat beralih atau dialihkan karena:

- a. Pewarisan
- b. Wasiat
- c. Wakaf
- d. Hibah
- e. Perjanjian; atau
- f. Sebab lain yang dibenarkan oleh peraturan perUndang-Undangan⁴⁰

Selain pengalihan hak, Undang-Undang merek pun mengatur tentang pemberian lisensi oleh pemilik merek terdaftar kepada pihak lain, untuk menggunakan merek terdaftar miliknya baik untuk sebagian atau seluruh jenis barang atau jasa yang telah didaftarkan.⁴¹ Perjanjian lisensi berbeda dengan pengalihan hak karena hanya merupakan izin untuk menggunakan merek bukan mengalihkan hak mereknya sehingga hak atas merek masih ada pada *licensor* sebagai pemilik merek atau pemegang hak atas merek. Pembuatan dan pelaksanaan perjanjian lisensi didasarkan pada prinsip perjanjian dalam hukum kontrak pada umumnya.⁴²

Dari segi bahasa, perlisensian berakar dari kata dasar lisensi. Kata tersebut berasal dari bahasa asing *license* yang dalam bahasa

⁴⁰ *Ibid*, hal.41

⁴¹ Ridwan Khairandy. *Op. Cit*, hal. 446

⁴² Muhammad Setya Ady Syarifuddin. *Penyelesaian Sengketa dalam Perjanjian Lisensi Merek*. Simbur Cahaya. Universitas Sriwijaya. hal.36

Indonesia berarti surat izin.⁴³ Dalam bahasa latin disebut *licentia* yang memiliki arti sebagai izin atau kebebasan. Dalam Bahasa hukum, lisensi diartikan sebagai suatu perjanjian⁴⁴ antara licencor (*licensor*) dan licensee (*licensee*). Ahmadi Miru, mengemukakan bahwa lisensi adalah izin yang diberikan oleh pemilik merek terdaftar kepada pihak lain melalui suatu perjanjian berdasarkan pada pemberian hak (bukan pengalihan hak) untuk menggunakan merek tersebut, baik untuk seluruh atau sebagian jenis barang dan/atau jasa yang didaftarkan dalam jangka waktu dan syarat tertentu.⁴⁵ Dengan demikian, dalam lisensi hak atas kekayaan intelektual itu tetap melekat atau tetap berada pada *licensor*, sehingga, hak miliknya tidak beralih atau berpindah sebagaimana pengertian atau pengalihan hak (*assignment*) dalam perjanjian jual beli.⁴⁶

Pengertian-pengertian di atas memiliki unsur yang sama, yaitu pemberian izin kepada orang atau badan hukum, diberikan pihak yang memiliki kewenangan atau hak, untuk melakukan sesuatu yang tertentu dengan hak tersebut, dan penggunaannya terikat pada syarat tertentu. Izin penggunaan hak itulah yang menjadi ciri pokok, dan membedakan lisensi dari berbagai bentuk dan jenis hubungan lainnya. Dengan

⁴³ Sulasno. *Lisensi Hak Kekayaan Intelektual dalam Perspektif Hukum Perjanjian di Indonesia*. ADIL: Jurnal Hukum, Universitas Serang Raya, Vol. 3 No. 2. hal. 362

⁴⁴ Marilang. *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, Alauddin University Press, Makassar, 2013, hal. 141. Perjanjian adalah janji atau kesanggupan pihak tertentu melaksanakan sesuatu, yang dalam hukum perjanjian disebut prestasi berupa menyerahkan sesuatu, melaksanakan sesuatu, dan tidak melaksanakan sesuatu.

⁴⁵ Ahmadi Miru. *Hukum Merek*, Jakarta: Rajawali Press, 2005. hal. 63

⁴⁶ Ridwan khairandy. *Op. Cit*, hal. 446

pengertian tadi, perlisensian berarti ikhwal dan kegiatan pemberian dan perolehan lisensi.⁴⁷

Dalam lisensi merek, Undang-Undang menentukan bahwa pemberian lisensi merek harus dituangkan dalam bentuk akta perjanjian yang jangka waktunya tidak lebih lama dari jangka waktu perlindungan merek yang bersangkutan.⁴⁸ Mengenai bentuknya, tidak disebutkan secara spesifik dalam Undang-Undang Merek apakah akta yang dimaksud adalah akta otentik atau tidak. Akan tetapi Yahya Harahap berpendapat bahwa karena hubungan hukum yang timbul karena perjanjian lisensi demikian penting, maka sebaiknya perjanjian tersebut dibuat dalam bentuk akta otentik (notaris).⁴⁹

Dikutip oleh Dedek Mulyanta, *Nicholas S. Gikkas* dalam *International Licensing of Intellectual Property: The Promise and The Peril* menyebutkan bahwa dalam lisensi, terdapat alasan-alasan yang menjadi pertimbangan pemberi merek (*Licensor*) memilih memberikan lisensi kepada pemegang lisensi (*Licensee*) dalam upaya pengembangan usaha:⁵⁰

1. Lisensi menambah sumber daya pengusaha licensor secara tidak langsung. Meskipun *licensee* merupakan suatu identitas (badan

⁴⁷ Sulasno, *Op.Cit*, hal. 363

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Agung Sujatmiko. *Lisensi Merek Mendukung Persaingan Usaha*. Jurnal Hukum Pro Justicia, Universitas Airlangga, Vol 28. No. 2, 2010, hal.116

⁵⁰ Dedek Mulyanta. *Kajian Yuridis Wanprestasi Pada Perjanjian Lisensi Eksklusif Merek Dagang (Study Putusan Pengadilan Negeri Nomor 02/Pdt.G/2013/PN.Bdg)*, Skripsi, Universitas Sumatera Utara, 2017.

hukum) tersendiri yang berbeda dari identitas *licensor*, namun licensee merupakan pula kinerja *licensor*. Dengan mengoptimalkan sumber daya yang ada pada *licensee*, sesungguhnya *licensor* telah mengoptimalkan pengembangan usahanya;

2. Lisensi memungkinkan perluasan wilayah usaha secara tidak terbatas;
3. Lisensi memperluas pasar dari produk hingga dapat menjangkau pasar yang semula berada di luar pangsa pasar pembeli lisensi;
4. Lisensi mempercepat proses pengembangan usaha bagi industri-industri padat modal dengan menyerahkan sebagian proses produksi melalui teknologi yang dilisensikan;
5. Melalui lisensi, penyebaran produk juga menjadi lebih mudah dan terfokus pada pasar. Berdasarkan pada karakteristiknya, ada produk-produk tertentu yang akan lebih mudah dipasarkan jika dijual dalam bentuk paket dengan produk lainnya, baik karena sifatnya yang komplementer, suplementer atau pelengkap terhadap suatu produk yang sudah lebih dikenal masyarakat;
6. Melalui lisensi sesungguhnya *licensor* dapat mengurangi tingkat kompetisi hingga pada suatu batas tertentu;
7. Melalui lisensi, pihak *licensor* maupun *licensee* dapat melakukan *trade off* (atau barter) teknologi. Ini berarti para pihak mempunyai

kesempatan untuk mengurangi biaya yang diperlukan untuk memperoleh suatu teknologi yang diperlukan.

Pada Pasal 42 Undang-Undang Nomor 20 tahun 2016 tentang Merek dan Indikasi Geografis dijelaskan bahwa (1) Pemilik Merek terdaftar dapat memberikan Lisensi kepada pihak lain untuk menggunakan Merek tersebut baik sebagian maupun seluruh jenis barang dan/atau jasa. (2) Perjanjian Lisensi berlaku di seluruh wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, kecuali bila diperjanjikan lain. (3) Perjanjian Lisensi wajib dimohonkan pencatatannya kepada Menteri dengan dikenai biaya. (4) Perjanjian Lisensi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dicatat oleh Menteri dan diumumkan dalam Berita Resmi Merek. (5) Perjanjian Lisensi yang tidak dicatatkan tidak berakibat hukum pada pihak ketiga. (6) Perjanjian Lisensi dilarang memuat ketentuan baik yang langsung maupun tidak langsung yang menimbulkan akibat yang merugikan perekonomian Indonesia atau memuat pembatasan yang menghambat kemampuan bangsa Indonesia dalam menguasai dan mengembangkan teknologi.

Pasal tersebut tidak menjelaskan secara eksplisit mengenai ketentuan apa yang dapat membatasi persaingan maupun menghambat penguasaan dan pengembangan teknologi, sehingga menimbulkan ketidakpastian dalam menafsirkan ketentuan tersebut. Tidak adanya kepastian dalam suatu aturan hukum juga berarti tidak memberikan jaminan keamanan bagi masyarakat untuk bernegara.

3. Pengaturan Perjanjian Lisensi di Uni Eropa berdasarkan Perjanjian Masyarakat Eropa

Di negara-negara Uni Eropa, pembatasan eksklusivitas atas hak kekayaan intelektual dituangkan di dalam Pasal 81 dan 82 *European Community Treaty* (Perjanjian Masyarakat Uni-Eropa) yang selanjutnya disebut dengan *EC Treaty*. Pasal 81 *EC Treaty* mengatur mengenai perjanjian yang dilarang di dalam persaingan usaha yang mengikat masyarakat Uni Eropa. Sedangkan pasal 82 *EC Treaty* mengatur mengenai posisi dominan yang dapat menyebabkan persaingan tidak sehat. Perjanjian yang termasuk di dalam peraturan ini adalah perjanjian yang berkaitan dengan lisensi atas hak kekayaan intelektual.

*Article 81.*⁵¹

- 1. The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:*

⁵¹ Lihat *Official Journal of the European Communities*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=EN>, Diakses pada tanggal 25 Maret 2021 Pukul 22.15.

- a. *directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;*
 - b. *limit or control production, markets, technical development, or investment;*
 - c. *share markets or sources of supply;*
 - d. *apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
 - e. *make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*
2. *Any agreements or decisions prohibited pursuant to this article shall be automatically void.*
 3. *The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:*
 - *any agreement or category of agreements between undertakings,*
 - *any decision or category of decisions by associations of undertakings,*
 - *any concerted practice or category of concerted practices,*

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

- a. impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;*
- b. afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.*

Article 82

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- a. directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;*
- b. limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;*
- c. applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
- d. making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or*

according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

Dalam pasal tersebut melarang perjanjian yang dilakukan oleh perusahaan, asosiasi perusahaan, dan praktik bersama yang meliputi beberapa hal sebagai berikut: ⁵²

- a. Penetapan harga jual dan harga beli baik secara langsung maupun tidak langsung.
- b. Membatasi atau mengontrol produksi, membatasi atau mengontrol pasar, pengembangan teknis, atau investasi.
- c. Pembagian pasar atau sumber persediaan.
- d. Menetapkan kondisi yang berbeda pada transaksi yang sama kepada pihak lainnya sehingga menyebabkan kerugian persaingan.
- e. Menetapkan subjek kontrak yang harus diterima oleh pihak lain berupa kewajiban tambahan yang berdasarkan penggunaan komersial tidak memiliki hubungan dengan subjek pada kontrak sejenis.

Larangan di dalam praktik kekayaan intelektual industrial dan komersial yang diberlakukan oleh aturan persaingan masyarakat Eropa dan aturan mengenai kebebasan pergerakan barang fokus pada tiga area berikut ini:⁵³

⁵² Deslaely Putrianti, *Pembatasan Perjanjian Lisensi Hak Kekayaan Intelektual dalam Hukum Persaingan Usaha*, Tesis, Universitas Islam Indonesia, 2012. hal. 45

⁵³ *Ibid.*

- a. Larangan di dalam pemberlakuan kekayaan Intelektual industrial dan komersial. Hal ini telah jelas di dalam keputusan mahkamah kehakiman bahwa Pasal di dalam *EC Treaty* khususnya Pasal 81, 82, dan 28 dapat menjadi dasar pada beberapa hal sebagai perlindungan terhadap pemberlakuan kekayaan intelektual industrial dan komersial.
- b. Lisensi. Lisensi pada kekayaan intelektual industrial dan komersial dapat termasuk di dalam larangan yang terkandung didalam pasal 81 (1) dimana mereka memasukkan aturan yang melarang pembatasan persaingan. Namun banyak paten, *know-how*, perangkat lunak dan lisensi hak desain dapat dikecualikan dari Pasal 81(1) dengan penyesuaian dari *technology transfer block exemption* (pengecualian kelompok pada alih teknologi).
- c. Perjanjian penentuan batasan merek. Hal ini diberlakukan kepada pemilik dari merek yang hampir sama yang dapat menyebabkan kebingungan, dimana mereka membuat perjanjian terkait dengan penggunaan merek.

Sistem penerapan administrasi eropa ditentukan oleh peraturan pengecualian kelompok sebagaimana yang tertuang dalam Pasal 81 ayat (3) *EC Treaty*. Hal tersebut diwujudkan dengan adanya beberapa ketentuan sebagai berikut:⁵⁴

⁵⁴ *Ibid*, hal. 47

- a. Ketentuan pembebasan kelompok (*Block Exemption Regulation*) nomor 240/96 mengenai perjanjian transfer teknologi yang menggantikan ketentuan pembebasan kelompok nomor 2349/84 mengenai perjanjian lisensi paten dan ketentuan pembebasan kelompok nomor 556/89 mengenai perjanjian lisensi *know-how*.
- b. Ketentuan pembebasan kelompok nomor 2790/1999 mengenai perjanjian vertikal, yang menjangkau semua perjanjian waralaba, bd. Pasal 15 no.alinea 36-38.

Pada perjanjian terkait dengan hak kekayaan intelektual, ada beberapa persyaratan dalam perjanjian yang dilarang karena dampak anti persaingannya. Persyaratan ini disebut sebagai daftar Hitam (*black list*), yang isinya adalah:⁵⁵

- a. Batasan harga, yaitu salah satu pihak dibatasi hak menentukan harga, komponen harga atau diskon untuk produk berlisensi.
- b. Tidak bersaing, yaitu salah satu pihak dibatasi bersaing di pasar bersama dengan pihak satunya, dengan pelaku usaha yang terkait dengan pihak satunya berkaitan dengan penelitian dan pengembangan, produksi, penggunaan atau distribusi produk bersaing tanpa mengurangi hak.
- c. Hambatan ekspor, yaitu salah satu atau kedua pihak dibatasi tanpa alasan jelas, yaitu:

⁵⁵ *Ibid.*

1. Menolak memenuhi pesanan dari pengguna atau pengecer di kawasan masing-masing yang akan memasarkan produk di kawasan lain pasar umum;
 2. Menyulitkan pengguna atau pengecer untuk memperoleh produk dari pengecer lainnya di dalam pasar umum di kawasan masing-masing yang akan memasarkan produk di kawasan lain pasar umum, dan terutama untuk melaksanakan hak kepemilikan intelektual atau mengambil tindakan untuk menghambat pengguna atau pengecer memperoleh dari luar, atau untuk memasarkan di pasar dalam kawasan lisensi produk-produk yang secara sah ditempatkan oleh licensor atau dengan persetujuannya di dalam pasar umum, atau melakukannya sebagai akibat praktek bersama di antara mereka.
- d. Hambatan pengguna, yaitu pihak-pihak terkait sudah merupakan produsen saling bersaing sebelum pemberian lisensi, dan salah satu pihak dari mereka dibatasi haknya, dalam sektor penggunaan teknologi yang sama atau dalam pasar produk yang sama, mengenai konsumen yang dipasoknya, terutama dengan dilarang memasok kelompok pengguna tertentu, menggunakan bentuk-bentuk distribusi tertentu, atau dengan tujuan berbagi konsumen, menggunakan pembungkusan produk tertentu;
- e. Batasan kuantitas, yaitu kuantitas produk berlisensi yang boleh diproduksi atau dijual oleh salah satu pihak atau jumlah operasi

menggunakan teknologi berlisensi terkena pembatasan tertentu; umpan balik kuat, yaitu licensee diwajibkan menyerahkan seluruh atau sebagian hak penyempurnaan atau penggunaan baru teknologi berlisensi kepada licensor;

- f. Masa batasan kawasan yang berlebihan panjangnya, yaitu licensor disyaratkan, walaupun dalam perjanjian terpisah atau melalui perpanjangan otomatis dari jangka waktu sebenarnya dalam perjanjian oleh karena penyertaan penyempurnaan apapun juga, untuk masa melebihi (lima atau sepuluh tahun, bd pasal 50 huruf b no alinea 53 dst.) untuk tidak memanfaatkan teknologi berlisensi di kawasan pihak lainnya atau licensee lainnya.

Di samping ketentuan dalam Pasal 81 *EC Treaty*, terdapat ketentuan di dalam Pasal 82 yang mengatur mengenai larangan penyalahgunaan posisi dominan dalam pasar umum. Konsep posisi dominan berdasarkan Mahkamah Agung Eropa diartikan sebagai:⁵⁶

“a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers, and ultimately of its consumers.”

Posisi dominan dalam ketentuan di atas adalah posisi atas kekuatan ekonomi yang dimiliki oleh perusahaan yang memungkinkan perusahaan tersebut untuk mencegah persaingan efektif pada pasar bersangkutan dengan menggunakan kekuatannya untuk bertindak

⁵⁶ *Ibid*, hal. 49

sesuai kehendaknya pada tingkatan tertentu pada pesaingnya dan terutama pada konsumennya.

Pasal 82 *EC Treaty* mengatur mengenai penyalahgunaan posisi dominan atas:

- a. Secara langsung atau tidak langsung memberlakukan pembelian yang tidak adil atau harga jual atau kondisi perdagangan yang tidak adil
- b. Membatasi produksi, pasar atau pengembangan teknis yang merugikan konsumen
- c. Menerapkan kondisi berbeda dengan transaksi perdagangan yang setara dengan pihak lain, sehingga menempatkan mereka pada kerugian kompetitif
- d. Membuat kesimpulan dari kontrak yang tunduk pada penerimaan oleh pihak lain dari kewajiban tambahan yang, menurut sifatnya atau menurut penggunaan komersial, tidak memiliki hubungan dengan subjek kontrak tersebut.

4. Pengaturan Perjanjian Lisensi di Amerika

Pengaturan pembatasan perjanjian lisensi di Amerika diatur secara spesifik dalam *U.S Department of Justice and Federal Trade Commission: Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (Pedoman Persaingan Usaha untuk Lisensi Hak Kekayaan Intelektual).

Hal-hal di dalam perjanjian lisensi yang menjadi fokus pada hukum persaingan usaha di amerika yaitu:⁵⁷

1. Pasar yang terpengaruh oleh perjanjian lisensi

Perjanjian lisensi menimbulkan kekhawatiran di dalam hukum persaingan apabila perjanjian lisensi tersebut mempengaruhi harga, jumlah, kualitas, atau macam-macam barang dan jasa baik yang telah terjadi maupun yang berpotensi terjadi. Efek persaingan dari perjanjian lisensi cukup dinilai di dalam pasar yang relevan untuk barang dan jasa yang terpengaruh karena adanya perjanjian.

Ada beberapa macam yang terkait yaitu:⁵⁸

- a. Pasar barang

jumlah dari pasar barang yang berbeda dapat menjadi acuan untuk menilai efek dari perjanjian lisensi. Pembatasan di dalam perjanjian lisensi memiliki efek persaingan di dalam pasar untuk barang atau jasa yang bersifat final maupun perantara yang dibuat dengan kekayaan intelektual, atau karena perjanjian tersebut dapat memberikan efek ke hulu, pada pasar barang yang digunakan sebagai input, bersama-sama dengan kekayaan intelektual, untuk memproduksi barang lain. Secara umum, untuk pasar barang yang terpengaruh oleh perjanjian lisensi, maka pihak yang berwenang akan menandai pasar yang relevan

⁵⁷ *Ibid*, hal. 51

⁵⁸ *Ibid*.

tersebut dan melakukan penilaian pada kepemilikan pasar di dalam area kekayaan intelektual sebagaimana tercantum di dalam bagian 1 pada *u.s. department of justice and federal trade commission horizontal merger guidelines* (pedoman merger horisontal komisi nasional perdagangan departemen kehakiman amerika serikat).

b. Pasar teknologi

pasar teknologi terdiri dari kekayaan intelektual yang dilisensikan (teknologi yang dilisensikan) dan penggantinya, dimana teknologi atau barang yang cukup dekat sebagai pengganti secara signifikan membatasi kekuatan pasar dimana kekayaan intelektual dilisensikan. Sebagai contoh, pemilik sebuah proses atas produksi barang tertentu dapat dibatasi dari tindakannya berdasarkan proses itu tidak hanya oleh proses lain untuk membuat barang tersebut, namun juga oleh barang lain yang bersaing dengan barang akhir dan oleh proses yang digunakan untuk memproduksi barang lain tersebut. Ketika hak atas kekayaan intelektual dijual secara terpisah dengan produk yang digunakan, maka pihak yang berwenang akan bergantung pada pasar teknologi untuk menganalisa efek persaingan dari sebuah perjanjian lisensi.

c. Riset dan pengembangan: pasar inovasi

apabila sebuah perjanjian lisensi mempengaruhi secara buruk persaingan untuk mengembangkan barang atau proses yang baru maupun yang barang atau proses yang dikembangkan, pihak yang berwenang akan menganalisa dampak sebagai efek persaingan yang terpisah di dalam pasar barang atau pasar teknologi yang relevan. Perjanjian lisensi memiliki efek persaingan pada inovasi yang tidak cukup hanya dengan dilihat melalui analisa atas pasar barang atau pasar teknologi. Sebagai contoh, perjanjian dapat mempengaruhi pengembangan sebuah barang yang belum ada. Contoh lainnya, perjanjian lisensi dapat mempengaruhi pengembangan atas barang atau proses baru atau yang sedang dikembangkan di dalam pasar geografis dimana tidak terdapat persaingan atau potensi persaingan pada barang yang relevan.

2. Hubungan horisontal dan vertikal

perjanjian lisensi memiliki unsur vertikal apabila perjanjian tersebut mempengaruhi aktivitas yang ada pada hubungan yang bersifat komplementer, dimana hal tersebut merupakan hal yang biasa pada kasus di dalam perjanjian lisensi. Sebagai contoh, bisnis utama seorang lisensor adalah pada riset dan pengembangan, dan licensee-nya, sebagai perusahaan, membeli hak untuk menggunakan teknologi yang dikembangkan oleh lisensor. Sebagai

tambahan pada unsur vertikal ini, licensor dan licensee dapat juga memiliki hubungan horizontal, dimana licensor dan licensee berperan sebagai pesaing atau berpotensi sebagai pesaing pada pasar yang relevan. Keberadaan dari hubungan horizontal antara licensor dan licensee tidak serta merta mengindikasikan bahwa perjanjian lisensi tersebut bersifat anti persaingan. Identifikasi dari hubungan tersebut hanya dilakukan untuk menentukan apakah terdapat efek anti persaingan yang muncul dari perjanjian lisensi.

Pembatasan atas lisensi tersebut terkait pada hal-hal dibawah ini:⁵⁹

- a. Pembatasan horisontal. Keberadaan pembatasan horisontal pada perjanjian lisensi yang mempengaruhi pihak-pihak di dalam hubungan horisontal tidak secara otomatis membuat perjanjian tersebut bersifat anti persaingan. Di dalam kegiatan *joint-venture* di antara pesaing horisontal, perjanjian lisensi diantara mereka justru dapat mendukung terjadinya kompetisi apabila mereka menghasilkan kombinasi yang efisien. Efisiensi yang dapat muncul seperti, realisasi dari skala ekonomi dan penggabungan riset dan pengembangan yang berintegrasi, produksi, dan kemampuan pemasaran.
- b. Penetapan harga jual kembali (*resale price maintenance*)

⁵⁹ *Ibid*, hal. 55

penetapan harga jual kembali dilarang apabila barang atau jasa telah masuk dalam perdagangan dan dimiliki oleh pihak yang bersepakat;

c. Perjanjian pengikatan produk (*tying agreement*)

perjanjian pengikatan produk diartikan sebagai perjanjian yang dilakukan oleh salah satu pihak untuk menjual suatu produk, pada keadaan pembeli juga membeli produk yang berbeda atau yang terikat dalam penjualan atas produk tersebut, atau setidaknya pembeli setuju untuk tidak membeli produk yang terikat dengan produk lain tersebut dari pemasok yang lain. Pengkondisian kemampuan *licensee* untuk melisensikan satu atau lebih item dari kekayaan intelektual pada pembelian *licensee* atas item lainnya yang mengandung kekayaan intelektual atau barang atau jasa dalam beberapa kasus telah mengakibatkan pengikatan yang dilarang. Perjanjian pengikatan produk dalam beberapa kondisi dapat dikategorikan sebagai anti persaingan apabila mengandung unsur-unsur:⁶⁰

- 1) penjual menguasai atas pasar pada produk yang diikat tersebut;
- 2) Perjanjian tersebut memiliki efek yang berlawanan pada persaingan di dalam pasar bersangkutan untuk produk yang diikat tersebut;

⁶⁰ *Ibid*, hal. 56

3) Alasan efisiensi atas perjanjian tersebut tidak melebihi efek anti persaingan.

d. Kesepakatan eksklusif (*exclusive dealing*)

kesepakatan eksklusif di dalam konteks kekayaan intelektual, terjadi apabila perjanjian lisensi memuat aturan untuk mencegah licensee untuk melisensikan, menjual, mendistribusikan, dan menggunakan teknologi pesaing.

e. Lisensi silang (*cross licensing*) dan penghimpunan Lisensi (*pooling arrangements*)

Lisensi silang dan penghimpunan lisensi adalah perjanjian antara dua atau lebih dari pemilik hak kekayaan intelektual yang berbeda untuk melisensikan satu sama lain atau melisensikan pada pihak ketiga. Perjanjian ini dapat mendukung persaingan dengan menyatukan teknologi pelengkap, mengurangi biaya transaksi (*transaction cost*), membuka posisi kelompok, dan menghindari biaya dari litigasi pelanggaran. Dengan mendukung perluasan teknologi, lisensi silang dan penghimpunan lisensi justru mendukung adanya persaingan.

Efek anti persaingan dari lisensi silang dan penghimpunan lisensi dapat terjadi di beberapa keadaan. Sebagai contoh, harga gabungan atau pembatasan *output* di dalam penghimpunan lisensi, seperti pada pemasaran bersama atas hak kekayaan intelektual yang dihimpun yang telah diatur sedemikian rupa

dapat dianggap melawan hukum jika para pelaku usaha melakukannya tidak untuk tujuan memaksimalkan efisiensi ekonomi di antara sesama.

f. *Grant-backs* (lisensi kembali)

Grant backs adalah perjanjian yang mewajibkan *licensee* untuk memberikan hak atas pengembangan kekayaan intelektual pada *licensor* yang dilakukan oleh *licensee* atas teknologi yang dilisensikan. *Grant backs* dapat bersifat pro persaingan apabila hal itu dilakukan pada lisensi non eksklusif. *Grant backs* dapat menghambat persaingan apabila para pelaku usaha secara substansial mengurangi peran *licensee* untuk turut serta dalam riset dan pengembangan (*research and development*) dan karenanya membatasi persaingan di pasar inovasi.

g. *Acquisition of intellectual property rights* (pengambilalihan hak kekayaan intelektual)

Perjanjian akuisisi dipersiapkan dengan tujuan menjelaskan syarat dan ketentuan baik dalam jual beli saham atau penjualan aset yang akan dijual.

Tujuan dari perjanjian akuisisi adalah untuk mengidentifikasi isu-isu penting untuk transaksi tertentu, seperti saham atau aset, harga pembelian, metode pembayaran, tanggal penutupan dan setiap prasyarat dimana penjual atau pembeli diharapkan dapat memenuhi sebelum tanggal "penutupan". Selain itu, dalam

konteks kekayaan intelektual, penjual biasanya akan diminta untuk membuat representasi tertentu dan jaminan sehubungan dengan aset tidak berwujud yang akan dijual.

Beberapa pengambil-alihan hak kekayaan intelektual paling tepat dianalisis dengan menerapkan prinsip-prinsip dan standar yang digunakan untuk menganalisis merger, terutama yang terdapat di pedoman merger horizontal 1992.⁶¹

C. Tinjauan Tentang Hukum Persaingan Usaha

1. Hukum Persaingan Usaha

Mencermati perjalanan dan perjuangan Negara Indonesia dalam kehidupan berbangsa dan bernegara hingga mencapai sebuah kemerdekaan, cita-cita untuk mencapai perekonomian sebagai usaha bersama berdasar asas kebersamaan atau asas kekeluargaan selama pemerintahan Orde Lama, bahkan di rezim Orde Baru tidak terwujud, dikarenakan belum adanya kehendak politik untuk memberikan batasan-batasan atau aturan yang mengatur secara khusus dalam bentuk peraturan perUndang-Undangan, sehingga asas kekeluargaan yang terwujud di dalam Pasal 33 UUD NRI 1945 sebagai kristalisasi falsafah hidup bangsa Indonesia yang memiliki ciri gotong-royong tiada arti.⁶²

⁶¹ *Ibid*, hal. 59

⁶² Indah Utami Syarifaini, *Analisis Hukum Larangan Praktek Persaingan Usaha Tidak Sehat di Bidang Jasa dan Transportasi*, Skripsi, Universitas Islam Negeri (UIN) Alauddin, Makassar, 2018, hal.10

Sementara itu jika kilas balik ke belakang dalam sejarah kontemporer Indonesia, praktik monopoli pertama kali secara resmi dimulai pada tanggal 20 Maret 1602, yaitu pada saat pemerintah Belanda atas persetujuan *Staten Generaal* memberikan hak (*octrooi*) untuk berdagang sendiri (monopoli) pada VOC di wilayah Indonesia (Hindia-Belanda). Selain di Nusantara Indonesia, kongsi dagang yang dipimpin oleh “*de XVII Heeren*” atau “ke- 17 TuanTuan” juga mengawasi perdagangan di wilayah yang terbentang dari Tanjung Harapan di ujung Afrika hingga Srilanka dan Jepang.⁶³

Menurut Sutan Remy Sjahdeni⁶⁴, ada beberapa alasan mengapa pada waktu rezim Orde Baru sulit suatu Undang-Undang Antimonopoli disetujui oleh pemerintah, di antaranya karena:

1. Pemerintah menganut konsep bahwa perusahaan-perusahaan besar perlu dikembangkan untuk menjadi lokomotif pembangunan. Perusahaan-perusahaan tersebut hanya mungkin menjadi besar untuk kemudian menjalankan fungsinya sebagai lokomotif pembangunan apabila diberi perlakuan khusus, dalam pemberian proteksi yang dapat menghalangi masuknya perusahaan lain dalam bidang usaha tersebut atau dengan kata lain memberikan posisi monopoli.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Nadir, *Hukum Persaingan Usaha (Membidik Persaingan Tidak Sehat dengan Hukum Anti Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat)*, (UB Press : Malang : 2015), hal. 53

2. Pemberian fasilitas monopoli perlu ditempuh karena perusahaan itu telah bersedia menjadi pioneer di sektor yang bersangkutan, tanpa fasilitas monopoli dan proteksi, pemerintah sulit memperoleh kesediaan investor untuk menanamkan modalnya di sektor tersebut.
3. Untuk menjaga berlangsungnya praktik KKN demi kepentingan kroni mantan Presiden Soeharto dan pejabat-pejabat yang berkuasa pada waktu itu.

Definisi mengenai larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 1 butir (1) pada UU Nomor 5 tahun 1999 bahwa yang dimaksud dengan monopoli adalah penguasaan atas produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha. Kemudian dilanjutkan pada butir (2) yang menyebutkan bahwa praktik monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih atas barang dan/atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.

Persaingan usaha tidak sehat merupakan suatu persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau dengan cara melawan hukum atau menghambat persaingan usaha. Setiap pelaku usaha hendaknya berada dalam kondisi persaingan usaha yang sehat dan wajar, sehingga tidak menimbulkan adanya pemusatan

kekuatan ekonomi pada pelaku usaha tertentu, dengan tujuan agar dapat mendorong pertumbuhan dan bekerjanya ekonomi pasar secara wajar.⁶⁵

Istilah kata monopoli yang berasal dari Bahasa Yunani yang berarti penjual tunggal, dimana istilah ini digunakan untuk menunjukkan suatu keadaan dimana seseorang menguasai pasar, dan dalam pasar tersebut sudah tidak tersedia lagi produk substitusi atau produk substitusi potensial, serta terdapat kemampuan pelaku pasar untuk menerapkan harga jual barang lebih tinggi tanpa mengikuti aturan hukum yang berlaku.⁶⁶

Kemunculan monopoli dapat terjadi dalam berbagai bentuk dan cara,⁶⁷ yaitu:

Monopoly by law, dimana monopoli jenis ini dibenarkan oleh Undang-Undang Dasar 1945, dengan memberi monopoli bagi negara untuk menguasai bumi air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya serta cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak⁶⁸ karena sifatnya yang memberi pelayanan untuk masyarakat dilegitimasi untuk dimonopoli dan tidak diharamkan.⁶⁹ Negara disini merupakan Badan Usaha yang dibentuk oleh Negara, sebagai contoh PT. Pertamina, PT. PLN Persero, PDAM, BULOG serta KAI.

⁶⁵ Sigit Nugroho. *Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual Dalam Upaya Peningkatan Pembangunan Ekonomi di Era Pasar Bebas ASEAN*. Jurnal Penelitian Hukum Supremasi Hukum, Vol. 24, No. 2, 2015, hal. 165.

⁶⁶ Rachmadi Usman. *Op. Cit*, hal. 82

⁶⁷ *Ibid*, hal,84

⁶⁸ Lihat Pasal 33 ayat (2) UUD 1945.

⁶⁹ Rachmadi Usman. *Loc.Cit*.

Selanjutnya *Monopoly by nature*, yang lahir dan tumbuh karena didukung oleh iklim dan lingkungan yang cocok. Bentuk monopoli ini dapat dilihat dengan tumbuhnya perusahaan-perusahaan yang memiliki keunggulan dan kekuatan tertentu dapat menjadi raksasa bisnis yang menguasai seluruh pangsa pasar yang ada. Contoh dari bentuk monopoli ini adalah PT. Pelni

Monopoly by license, diperoleh melalui lisensi dengan menggunakan mekanisme kekuasaan, sehingga seringkali menimbulkan distorsi ekonomi karena kehadirannya mengganggu keseimbangan pasar yang sedang berjalan dan bergeser kearah diinginkan oleh pihak yang memiliki monopoli tersebut.⁷⁰ Bentuk monopoli ini terjadi di sistem pemerintahan otoriter.

Lahirnya Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 merupakan salah satu upaya pemerintah dalam mencegah terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Meskipun lahirnya Undang-Undang ini dilatarbelakangi dengan kondisi Indonesia yang saat itu dalam keadaan krisis moneter, sehingga untuk mendapatkan bantuan dari IMF, Indonesia harus mengeluarkan aturan mengenai monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, sehingga memberikan kesan bahwa Undang-Undang ini terbentuk karena desakan dari IMF, sehingga dipandang beberapa pasal dalam Undang-Undang ini masih perlu di perjelas maknanya. Uniknya dari Undang-Undang ini adalah, selama

⁷⁰ *Ibid.*

suatu pemusatan kegiatan ekonomi tidak menyebabkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat, maka tidak dapat dikatakan telah terjadi suatu praktik monopoli yang melanggar peraturan perUndang-Undangan. Artinya, yang dilarang adalah praktik monopolinya, bukan monopolinya.

Pengaturan mengenai persaingan usaha ditetapkan melalui pendekatan dengan dua sifat, yakni pendekatan yang bersifat *perse illegal*, dan pendekatan yang bersifat *rule of reason*. Pendekatan *perse illegal*, yakni apabila kegiatan yang dilakukan telah memenuhi unsur monopoli, maka pelaku usaha disebut dinyatakan telah melanggar tanpa perlu membuktikan hasil atau akibat tindakan yang dilakukan. Sedangkan pendekatan *rule of reason* memerlukan bukti atau tindakan yang dilakukan pelaku usaha, apakah tindakan tersebut tergolong antipersaingan atau merugikan masyarakat.⁷¹

Berikut, pengelompokan larangan persaingan berdasarkan sifatnya;

a. *Perse Illegal*

Perjanjian yang Dilarang	Pasal	Kegiatan yang Dilarang	Pasal
<i>Price Fixing</i>	5 ayat (1)	<i>Abuse of Dominant Position</i>	18
<i>Price Discrimination</i>	6	<i>Conspiracy-impede production and marketing</i>	24
<i>Boycott</i>	10	<i>Cross Ownership</i>	27
<i>Exclusive Dealing</i>	15		

⁷¹ Rachmadi Usman. *Op. Cit*, hal. 94

b. *Rule Of Reason*

Perjanjian yang Dilarang	Pasal	Kegiatan yang Dilarang	Pasal
<i>Oligopoly</i>	4	<i>Monopoly</i>	17
<i>Price Fixing Under Market Price</i>	7	<i>Monopsony</i>	18
<i>Resale price maintenance</i>	8	<i>Market Control</i>	19
<i>Territory Division</i>	9	<i>Predatory Pricing</i>	20
<i>Cartell</i>	11	<i>Fraud in determining cost</i>	21
<i>Trust</i>	12	<i>Conspiracy Tender</i>	22
<i>Oligopsony</i>	13	<i>Conspiracy company secret</i>	23
<i>Vertical Integration</i>	14	<i>Interlocking directorate</i>	26
<i>Agreement with foreign parties</i>	16	<i>Mergers, consolidations and acquisitions</i>	28

2. Pengelompokan Perjanjian dan Kegiatan yang Dilarang

Bentuk perjanjian yang dilarang dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999:⁷²

- a. Pasal 4 tentang perjanjian oligopoly;
- b. Pasal 5, tentang perjanjian penetapan harga;
- c. Pasal 6, tentang perjanjian diskriminasi harga
- d. Pasal 7, perjanjian penetapan harga dibawah harga pasar;
- e. Pasal 8, tentang penjualan kembali dengan harga terendah;
- f. Pasal 9, perjanjian pembagian wilayah pasar;
- g. Pasal 10, perjanjian pemboikotan;
- h. Pasal 11, perjanjian kartel;

⁷² *Ibid*, hal.102

- i. Pasal 12, perjanjian trust;
- j. Pasal 13, perjanjian oligopsony;
- k. Pasal 14, perjanjian integrasi vertikal;
- l. Pasal 15, perjanjian tertutup; serta
- m. Pasal 16, perjanjian dengan pihak luar negeri.

Selanjutnya, untuk kategori kegiatan yang dilarang adalah sebagai berikut;⁷³

- a. Pasal 17, tentang kegiatan monopoli;
- b. Pasal 18 tentang kegiatan monopsoni;
- c. Pasal 19, tentang kegiatan penguasaan pangsa pasar;
 - Menolak dan/atau menghalangi pesaing
 - Menghalangi konsumen pesaing
 - Membatasi peredaran dan/atau penjualan produk
 - Diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu
- d. Pasal 20, tentang kegiatan jual rugi (*dumping*)
- e. Pasal 21, tentang kegiatan manipulasi biaya;
- f. Pasal 21-24 tentang Persekongkolan;
 - Tender
 - Rahasia perusahaan
 - Menghambat produksi dan/atau pemasaran

Berikutnya, adalah posisi dominan yang dilarang;⁷⁴

⁷³ *Ibid*, hal.103

⁷⁴ *Ibid*.

- a. Pasal 25, tentang penyalahgunaan posisi dominan;
- b. Pasal 26, tentang jabatan rangkap
- c. Pasal 27, tentang pemilikan saham mayoritas; serta
- d. Pasal 28-29, tentang penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan.

Tujuan Hukum Persaingan Usaha bukanlah untuk melindungi persaingan demi kepentingan persaingan itu sendiri. Tujuan kebijakan Hukum Persaingan Usaha adalah menciptakan persaingan yang bebas dan adil, dengan menyediakan ruang gerak yang luas bagi pelaku usaha untuk melakukan kegiatan usaha tanpa takut akan hambatan, sehingga pelaku usaha mendapatkan kesempatan berusaha yang sama dengan pelaku usaha lainnya.⁷⁵

3. HKI sebagai Pengecualian dalam Hukum Persaingan Usaha

Dalam Pasal 50 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, ditetapkan bahwa “perjanjian yang berkaitan dengan Hak Atas Kekayaan Intelektual seperti lisensi, paten, merek dagang, hak cipta, desain produk industri, rangkaian elektronik terpadu, dan rahasia dagang” merupakan pengecualian dalam hukum persaingan usaha. Tidak ada penjelasan terkait hal-hal yang menyebabkan hal tersebut diatas tidak masuk dalam lingkup persaingan usaha.

⁷⁵ Komisi Pengawas Persaingan Usaha. *Hukum Persaingan Usaha*, Jakarta, 2017, hal.36

Tidak ada penjelasan dalam Undang-Undang tersebut mengapa HKI merupakan pengecualian dalam persaingan usaha. Akan tetapi menurut Rahmi Jened, Pasal tersebut berarti bahwa sekalipun ada penyalahgunaan HKI yang dapat menimbulkan monopoli atau persaingan usaha tidak sehat tidak akan tercakup oleh Undang-Undang ini. Padahal jika dicermati, hak eksklusif HKI dapat menimbulkan dominasi dan jika disalahgunakan dapat menimbulkan tindakan monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.⁷⁶

Jika memperhatikan fakta pengecualian monopoli dari Pasal 50 huruf b Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, para perancang Undang-Undang telah keliru memahami perUndang-Undangan di bidang HKI. Selain itu, Pasal tersebut tidak sesuai dengan realitas yang terjadi pada masyarakat Eropa, Jepang dan Jerman, yang juga mengatur larangan perjanjian lisensi, *know how*, merek, waralaba, apabila perjanjian itu bertentangan dengan prinsip-prinsip persaingan jujur.⁷⁷ Bahkan secara Internasional, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 kurang menguntungkan, karena ketika masyarakat Internasional mulai curiga akan kemungkinan terjadinya penyalahgunaan HKI, Indonesia justru mengecualikan HKI dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 terhadap perjanjian yang berkaitan dengan HKI.⁷⁸

⁷⁶ Rahmi Jened. *Op. Cit*, hal.9

⁷⁷ Rachmadi Usman. *Op. Cit*, hal.124

⁷⁸ *Ibid.*

Rachmadi Usman menambahkan bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 40 ayat (1) dan ayat (2) Persetujuan TRIPs dapat diketahui bahwa negara-negara anggota WTO telah sepakat untuk beberapa praktik perlisensian atau persyaratan-persyaratan yang berkaitan dengan HKI dapat menghambat persaingan usaha sehingga berakibat buruk terhadap perdagangan dan dapat menghambat pengalihan dan penyebaran teknologi. Oleh sebab itu, tidak menutup kemungkinan bagi negara anggota WTO untuk menetapkan dalam peraturan perUndang-Undangannya tentang persyaratan-persyaratan perlisensian yang dalam hal tertentu merupakan penyalahgunaan HKI sehingga berakibat buruk terhadap persaingan usaha dalam pasar bersangkutan.⁷⁹

Demikian adanya sehingga dalam tatanan hukum persaingan usaha di Indonesia dalam hal ini melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 seharusnya tidak menjadikan HKI sebagai pengecualian, dengan kata lain, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tidak boleh berlawanan dengan Undang-Undang HKI.

Adanya ketentuan terhadap pengecualian HKI tentu menimbulkan kesenjangan antara hukum persaingan usaha dan hak kekayaan intelektual. Kedua elemen besar tersebut seharusnya berjalan berdampingan. Pada akhirnya, akan menimbulkan pertanyaan-pertanyaan, apakah terkecualikannya HKI merupakan bentuk pemberian kesempatan kepada pemilik hak seluas-luasnya untuk

⁷⁹ *Ibid*, hal.125

melakukan tindakan penyalahgunaan HKI, atau apakah yang menjadi dasar pertimbangan dikecualikannya HKI dari aturan hukum persaingan usaha, ataupun mempertanyakan apakah terkecualikannya HKI dalam aturan persaingan usaha justru merupakan bentuk dukungan dari persaingan usaha itu sendiri, serta masih banyak pertanyaan yang timbul, termasuk dari penulis.

4. Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2009 sebagai penjelasan makna Pasal 50 huruf b Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Sepuluh tahun setelah Undang-Undang Anti Monopoli disahkan sebagai pedoman bagi masyarakat dalam menjalankan kegiatan ekonomi, KPPU kemudian mengeluarkan Peraturan Komisi Nomor 2 Tahun 2009 tentang Pedoman Penerapan Pengecualian Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Terhadap Perjanjian Yang Berkaitan dengan Hak Atas Kekayaan Intelektual, untuk menghindari anggapan bahwa keberadaan HKI seolah terlihat bertentangan dengan aturan hukum persaingan usaha.

PerKom KPPU tersebut menjadi sebuah dasar pembenaran bahwa terhadap potensi penyalahgunaan memang ada dan oleh karena itu haruslah dibatasi. Lebih lanjut dalam pedoman tersebut, terdapat beberapa unsur yang harus terpenuhi untuk mengkategorikan sebuah kegiatan ekonomi sebagai praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat. Menjadi catatan penting dalam pedoman ini yang dikecualikan

dari aturan hukum persaingan usaha dalam Pasal 50 huruf b adalah perjanjian lisensi, dengan catatan perjanjian lisensi tersebut telah tercatat oleh direktorat jenderal HKI. Apabila perjanjian tersebut tidak dicatatkan, maka perjanjian lisensi tidak mempunyai akibat hukum terhadap pihak ketiga, yang dengan sendirinya tidak termasuk kategori pengecualian yang dimaksud dalam pedoman ini. Selanjutnya adalah adanya kondisi yang nyata menunjukkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.⁸⁰ Beberapa langkah yang perlu dilakukan untuk menganalisis suatu perjanjian lisensi tersebut menimbulkan sifat persaingan adalah: (1) menolak untuk memberikan lisensi. Perlu dicatat bahwa penolakan pemberian lisensi ini harus merupakan perjanjian lisensi terkait sarana prasarana yang sangat penting; (2) perjanjian yang menjadi pokok permasalahan adalah perjanjian lisensi HKI; (3) perjanjian tersebut telah tercatat di Direktorat Jenderal HKI; (4) dalam perjanjian lisensi HKI tersebut terdapat klausul yang mengandung sifat anti persaingan, yaitu terkait dengan kesepakatan eksklusif yang dalam pedoman ini disebutkan bahwa kesepakatan eksklusif di antaranya mengandung klausul mengenai (1) Penghimpunan Lisensi dan Lisensi Silang; (2) Pengikatan Produk; (3) Pembatasan Bahan Baku; (4) Pembatasan Produksi dan

⁸⁰ Komisi Pengawas Persaingan Usaha. *Op. Cit.* hal. 15

Penjualan; (5) Pembatasan dalam Harga Penjualan dan Harga Jual Kembali; serta (6) Lisensi Garansi Kembali.⁸¹

Adanya pedoman ini merupakan sebuah upaya preventif terhadap potensi penyalahgunaan lisensi HKI di Indonesia. Walaupun saat ini kasus terkait masih belum ada di Indonesia dikarenakan posisi Indonesia sebagai negara licensee, tetapi bukanlah suatu hal yang tidak mungkin apabila suatu hari terjadi kasus terkait, yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat, sehingga sedini mungkin dapat dicegah melalui pedoman ini.

5. Penyalahgunaan HKI dalam Konteks Persaingan Usaha

Suatu penyalahgunaan hak atau yang sering disebut dengan istilah “*misbruik van recht*” merupakan suatu pelanggaran terhadap hukum. Yang dimaksud dengan penyalahgunaan hak adalah suatu perbuatan yang didasarkan atas wewenang yang sah dari seseorang sesuai ketentuan hukum yang berlaku, tetapi perbuatan tersebut dilakukan secara menyimpang atau mengakibatkan rasa tidak nyaman atau bahkan kerugian bagi orang lain. Penyalahgunaan hak akan terjadi apabila ada pihak yang merasa dirugikan oleh pihak lain atas penyelenggaraan haknya. Menurut A. Plito: “Untuk menyatakan ada tidaknya penyalahgunaan hak, maka tidak perlu berpikiran bahwa penyalahgunaan hak itu dengan maksud untuk merugikan orang lain. Sekalipun perbuatan itu masuk akal dan dilakukan dengan maksud

⁸¹ *Ibid.* hal.17

untuk tidak merugikan orang lain, tetapi jika manfaat yang diperoleh orang yang berbuat itu tidak seimbang dengan kerugian yang diderita oleh orang yang terkena perbuatan itu, maka disitu ada penyalahgunaan hak”.⁸²

Penyalahgunaan hak mempunyai karakter atau ciri sebagai berikut:⁸³

1. Menyimpang dari tujuan atau maksud dari suatu pemberian kewenangan

Setiap pemberian kewenangan kepada suatu badan atau kepada pejabat administrasi negara selalu disertai dengan “tujuan dan maksud” atas diberikannya kewenangan tersebut, sehingga penerapan kewenangan tersebut harus sesuai dengan “tujuan dan maksud” diberikannya kewenangan tersebut. Dalam hal penggunaan kewenangan oleh suatu badan atau pejabat administrasi negara tersebut tidak sesuai dengan “tujuan dan maksud” dari pemberian kewenangan, maka pejabat administrasi Negara tersebut telah melakukan penyalahgunaan kewenangan (*detournement de power*).

2. Menyimpang dari tujuan atau maksud dalam kaitannya dengan asas legalitas.

⁸² Rizky, *Tinjauan Yuridis Perbuatan Melawan Hukum yang Berasal dari Tindakan Penyalahgunaan Hak (Misbruik Van Recht)* (Studi Putusan No. 294/Pdt.G/2017/PN.Mdn, Skripsi, Universitas Sumatera Utara, 2019. hal. 49

⁸³ *Ibid.*

Asas legalitas merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan, terutama dalam sistem hukum kontinental. Pada negara demokrasi tindakan pemerintah harus mendapatkan legitimasi dari rakyat yang secara formal tertuang dalam Undang-Undang.

3. Menyimpang dari tujuan atau maksud dalam kaitannya dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Penyalahgunaan hak dalam bahasa Prancis disebut *abus de droit*, dan *misbruik van recht* dalam bahasa Belanda. Penyalahgunaan hak menurut *abus de droit* dan *misbruik van recht* yaitu:⁸⁴

1. Perbuatan yang tidak patut.
2. Untuk merugikan orang lain.

Gugatan yang diajukan atas penyalahgunaan hak (*abus de droit*, *misbruik van recht*) tersebut adalah berdasarkan perbuatan melanggar hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata. Pasal 1365 Kitab Undang- Undang Hukum Perdata (KUHPerdata), mengatur: "Tiap perbuatan yang melanggar hukum dan membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang menimbulkan kerugian itu karena kesalahannya untuk menggantikan kerugian tersebut."

⁸⁴ *Ibid*, hal. 53

Dari ketentuan pasal tersebut, maka dapat ditarik unsur-unsur PMH sebagai berikut:⁸⁵

1. Ada perbuatan melawan hukum, yang berarti adanya perbuatan atau tindakan dari pelaku yang melanggar/melawan hukum.

Pengertian melanggar hukum ditafsirkan sempit, yakni hanya hukum tertulis saja, yaitu Undang-Undang. Jadi seseorang atau badan hukum hanya bisa digugat kalau dia melanggar hukum tertulis (Undang-Undang) saja. Tapi sejak tahun 1919, ada putusan Mahkamah Agung Belanda dalam kasus *Arrest Cohen-Lindenbaum* (H.R. 31 Januari 1919), yang kemudian telah memperluas pengertian melawan hukum tidak hanya terbatas pada Undang-Undang (hukum tertulis saja) tapi juga hukum yang tidak tertulis, sebagai berikut:

1. Melanggar Undang-Undang, artinya perbuatan yang dilakukan jelas-jelas melanggar Undang-Undang.
2. Melanggar hak subjektif orang lain, artinya jika perbuatan yang dilakukan telah melanggar hak-hak orang lain yang dijamin oleh hukum (termasuk tapi tidak terbatas pada hak yang bersifat pribadi, kebebasan, hak kebendaan, kehormatan, nama baik ataupun hak perorangan lainnya. Bertentangan dengan

⁸⁵ *Ibid*, hal. 54

kewajiban hukum si pelaku, artinya kewajiban hukum baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk hukum publik.

3. Bertentangan dengan kesusilaan, yaitu kaidah moral (Pasal 1335 Jo Pasal 1337 KUHPerdara)
 4. Bertentangan dengan sikap kehati-hatian yang sepatutnya dalam masyarakat. Kriteria ini bersumber pada hukum tak tertulis (bersifat relatif). Yaitu perbuatan yang dilakukan bertentangan dengan sikap yang baik/kepatutan dalam masyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain.⁸⁶
2. Ada kesalahan; Kesalahan ini ada 2 (dua), bisa karena kesengajaan atau karena kealpaan. Kesengajaan maksudnya ada kesadaran yang oleh orang normal pasti tahu konsekuensi dari perbuatannya itu akan merugikan orang lain. Kealpaan berarti ada perbuatan mengabaikan sesuatu yang mestinya dilakukan, atau tidak berhati-hati atau teliti sehingga menimbulkan kerugian bagi orang lain. Namun demikian adakalanya suatu keadaan tertentu dapat meniadakan unsur kesalahan, misalnya dalam hal keadaan memaksa (*overmacht*) atau si pelaku tidak sehat pikirannya (gila)
 3. Ada hubungan sebab akibat antara kerugian dan perbuatan; Hubungan sebab akibat antara perbuatan yang dilakukan dengan akibat yang muncul. Misalnya, kerugian yang terjadi disebabkan perbuatan si pelaku atau dengan kata lain, kerugian tidak akan

⁸⁶ *Ibid*, hal. 55

terjadi jika pelaku tidak melakukan perbuatan melawan hukum tersebut.

4. Ada kerugian. Akibat perbuatan pelaku menimbulkan kerugian. Kerugian di sini dibagi jadi 2 (dua) yaitu Materil dan Immateril.
 - a. Materil, misalnya kerugian karena tabrakan mobil, hilangnya keuntungan, ongkos barang, biaya-biaya, dan lain-lain.
 - b. Imateril, misalnya ketakutan, kekecewaan, penyesalan, sakit, dan kehilangan semangat hidup yang pada prakteknya akan dinilai dalam bentuk uang.

Adapun pemberian ganti kerugian berdasarkan KUHPerdara sebagai berikut:⁸⁷

1. Ganti rugi untuk semua perbuatan melawan hukum.
2. Ganti rugi untuk perbuatan yang dilakukan oleh orang lain (Pasal 1367 KUHPerdara). Pasal 1367 ayat (1) KUHPerdara, seseorang tidak hanya bertanggungjawab atas kerugian yang disebabkan perbuatannya sendiri, melainkan juga atas kerugian yang disebabkan perbuatan orang-orang yang menjadi tanggungannya atau disebabkan barang-barang yang berada dalam pengawasannya (*vicarious liability*).
3. Ganti rugi untuk pemilik binatang.
4. Ganti rugi untuk pemilik gedung yang ambruk.

⁸⁷ *Ibid*, hal. 57

5. Ganti rugi untuk keluarga yang ditinggalkan oleh orang yang dibunuh.
6. Ganti rugi karena telah luka tau cacat anggota badan.
7. Ganti rugi karena tindakan penghinaan.

KUHPerdata tidak mengatur soal ganti kerugian yang harus dibayar karena Perbuatan Melawan Hukum sedang Pasal 1243 KUHPerdata membuat ketentuan tentang ganti rugi karena Wanprestasi. Maka menurut Yurisprudensi ketentuan ganti kerugian karena wanprestasi dapat diterapkan untuk menentukan ganti kerugian karena Perbuatan Melawan Hukum.

Rahmi Jened menambahkan penyalahgunaan hak dalam pengertian *abuse of right* sebagai berikut:⁸⁸

The principle that a person may be liable for harm caused by doing something the person has a right to do, if the right is exercised:

1. *For the purpose or primary motive of causing harm;*
2. *With a serious and legitimate interest that is deserving of judicial protection;*
3. *Against moral and rules, good faith or elementary fairness; or*
4. *For the purpose than its intended legal purpose.*

Ada perbedaan dari konsep umum penyalahgunaan hak jika dikaji dari konsep hak eksklusif, sehingga pengertian HKI lebih khusus yakni tidak

⁸⁸ Rahmi Jened, *Op. Cit*, hal. 286

saja menyangkut kepentingan yang dilindungi hukum, melainkan juga untuk mengecualikan dan melarang pihak lain untuk melaksanakan apa yang menjadi hak si pemegang HKI. Dikaitkan dengan doktrin *misuse*, penyalahgunaan diartikan sebagai “*the use of patent either to improperly extend the granted monopoly to non patented goods to violate antitrust law*”. Sehingga penyalahgunaan HKI dapat dicermati dari tindakan yang bertentangan dengan kebijakan perlindungan HKI dan kebijakan Persaingan.⁸⁹

D. Landasan Teori

1. Teori Keadilan

Plato adalah seorang pemikir idealis abstrak yang mengakui kekuatan-kekuatan diluar kemampuan manusia sehingga pemikiran irasional masuk dalam filsafatnya. Demikian pula halnya dengan masalah keadilan, *Plato* berpendapat bahwa keadilan adalah diluar kemampuan manusia biasa. Sumber ketidakadilan adalah adanya perubahan dalam masyarakat⁹⁰. Masyarakat memiliki elemen-elemen principal yang harus dipertahankan, yaitu: a) Pemilahan kelas-kelas yang tegas; misalnya kelas penguasa yang diisi oleh para penggembala dan anjing penjaga harus dipisahkan secara tegas dengan domba manusia. b) Identifikasi takdir negara dengan takdir kelas penguasanya; perhatian

⁸⁹ *Ibid*, hal. 287

⁹⁰ Muhammad Helmi, *Konsep Keadilan dalam Filsafat Hukum dan Filsafat Hukum Islam*, Jurnal Pemikiran Hukum Islam, Vol. XIV, no. 2, STIS Samarinda. 2015. hal. 136

khusus terhadap kelas ini dan persatuannya; dan kepatuhan pada persatuannya, aturan-aturan yang rigid bagi pemeliharaan dan pendidikan kelas ini, dan pengawasan yang ketat serta kolektivisasi kepentingan-kepentingan anggotanya.

Dari elemen-elemen prinsipal ini, elemen-elemen lainnya dapat diturunkan, misalnya berikut ini:

1. Kelas penguasa punya monopoli terhadap semua hal seperti keuntungan dan latihan militer, dan hak memiliki senjata dan menerima semua bentuk pendidikan, tetapi kelas penguasa ini tidak diperkenankan berpartisipasi dalam aktivitas perekonomian, terutama dalam usaha mencari penghasilan,
2. Harus ada sensor terhadap semua aktivitas intelektual kelas penguasa, dan propaganda terus-menerus yang bertujuan untuk menyeragamkan pikiran-pikiran mereka. Semua inovasi dalam pendidikan, peraturan, dan agama harus dicegah atau ditekan.
3. Negara harus bersifat mandiri (*self-sufficient*). Negara harus bertujuan pada autarki ekonomi, jika tidak demikian, para penguasa akan bergantung pada para pedagang, atau justru para penguasa itu sendiri menjadi pedagang. Alternatif pertama melemahkan kekuasaan mereka, sedangkan alternative kedua akan melemahkan persatuan kelas penguasa dan stabilitas negaranya.

Untuk mewujudkan keadilan masyarakat harus dikembalikan pada struktur aslinya, domba menjadi domba, penggembala menjadi

penggembala. Tugas ini adalah tugas negara untuk menghentikan perubahan. Dengan demikian keadilan bukan mengenai hubungan antara individu melainkan hubungan individu dan negara. Bagaimana individu melayani negara.

Keadilan juga dipahami secara metafisis keberadaannya sebagai kualitas atau fungsi makhluk super manusia, yang sifatnya tidak dapat diamati oleh manusia. Konsekuensinya ialah, bahwa realisasi keadilan digeser ke dunia lain, di luar pengalaman manusia; dan akal manusia yang esensial bagi keadilan tunduk pada cara-cara Tuhan yang tidak dapat diubah atau keputusan-keputusan Tuhan yang tidak dapat diduga. Dengan demikian *Plato* mengungkapkan bahwa yang memimpin Negara seharusnya manusia super, yaitu *the king of philosopher*.⁹¹

Teori keadilan yang juga menarik perhatian adalah “Teori Keadilan” dari *John Rawls*.⁹² Ia mengemukakan teorinya tentang keadilan dalam bukunya berjudul: *A Theory of Justice* (1971). Dalam teori keadilan, *John Rawls* fokus pada struktur dasar masyarakat, konstitusi negara, aturan hukum, sistem hukum, kelembagaan, dan sistem sosial. Atas dasar itu *Rawls* hendak berusaha menemukan prinsip-prinsip keadilan yang menentukan bagaimana struktur dasar dari masyarakat

⁹¹ *Ibid.*

⁹² I Dewa Gede Atmaja, I Nyoman Putu Budiarta, *Teori-teori Hukum*, Setara Press, Malang, Jawa Timur, 2018. Hal. 209

mendistribusikan beban dan keuntungan untuk mencapai keadilan.

Dikemukakan oleh Hari Chand dalam bahasa Inggris, sebagai berikut:

Rawl's theory of justice focus on basic structure of society, political constitution, the legal system, laws, institutions and social systems. He wants to seek find a set of principles of justice which should determine how the basic structure of the society should distributive burden and benefits to achive justice.

Mengacu pada apa yang dikemukakan oleh Har Chand, teori keadilan dari *John Rawls*, dapat dikategorikan sebagai “teori keadilan sosial” atau “teori keadilan distributif”. Nampak pada pernyataan bahwa yang diinginkan *Rawls*, ia berusaha menemukan prinsip-prinsip keadilan sebagai penentu “bagaimana struktur dasar masyarakat membagikan beban dan keuntungan untuk mencapai keadilan”.

Inti dari “teori keadilan sosial” *John Rawls* menjelaskan ada dua asas keadilan bagi anggota-anggota masyarakat. Pertama, setiap orang hendaknya memiliki suatu hak yang sama atas sistem kebebasan (*basic liberties*) secara luas bagi anggota-anggota masyarakat. Kedua, perbedaan sosial dan ekonomi hendaknya diatur sedemikian, sehingga:

- b. Memberikan perlindungan bagi anggota-anggota masyarakat yang paling lemah (tidak mampu); dan
- c. Berkenaan dengan jabatan dan kedudukan yang terbuka bagi semua orang didasarkan pada asas *fairness* (permainan yang jujur/layak).

2. Teori Kepastian Hukum

Kepastian hukum merupakan salah satu dari tujuan diadakannya hukum. Tujuan tersebut apabila tercapai akan berpengaruh bagi negara, yakni mampu memberikan suasana yang aman dan damai dalam bernegara. Dengan kepastian hukum, warga negara tidak harus khawatir terhadap permasalahan yang terjadi.

Gustav Radburch mengatakan bahwa tujuan hukum ada tiga, yakni keadilan, kepastian dan kemanfaatan⁹³. Penulis berpendapat bahwa dengan kepastian hukum, maka masyarakat dalam sebuah negara tentu akan terarah dengan aturan yang berlaku, sehingga memberikan keadilan bagi masyarakat dalam bernegara. Adil dalam hal ini adalah bahwa tiap warga negara memiliki hak yang sama untuk menjalankan persannya sebagai warga negara tanpa khawatir akan tindakan diskriminasi oleh penguasa ataupun oleh pembuat aturan hukum. Apabila kedua hal tersebut tercapai, tentu tujuan akhir dari lahirnya sebuah hukum adalah memberikan manfaat bagi masyarakat.

Teori kepastian hukum cenderung melihat hukum hanya dalam kepentingan wujudnya sebagai Undang-Undang, memandang hukum sebagai sesuatu yang otonom, karena hukum tak lain hanyalah kumpulan aturan-aturan hukum.⁹⁴ Gustav Radbruch mengemukakan 4

⁹³ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum; Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Gunung Agung, Jakarta, hal. 83.

⁹⁴ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) & Teori Peradilan (Jurisprudence): Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Pranamedia Group, Jakarta, 2009, hal. 284

(empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu : (1) bahwa hukum itu positif, artinya bahwa hukum positif itu adalah perUndang-Undangan.; (2) bahwa hukum itu didasarkan pada fakta, artinya didasarkan pada kenyataan. (3) bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping mudah dilaksanakan. (4) hukum positif tidak boleh mudah diubah. Pendapat Gustav Radbruch tersebut didasarkan pada pandangannya bahwa kepastian hukum adalah kepastian tentang hukum itu sendiri. Kepastian hukum merupakan produk dari hukum atau lebih khusus dari perUndang-Undangan.⁹⁵

Yosman Leonard Silubun dalam tulisannya mengatakan bahwa terdapat 8 prinsip ketidakpastian hukum yang dikemukakan oleh Lon L. Fuller yang dikenal dengan istilah “*Eight Ways to Fail to Make Law*” dimana apabila di antara kedelapan prinsip tersebut terjadi dalam sebuah negara, maka negara tersebut belum mampu dikatakan sebagai negara yang berkepastian. Prinsip tersebut meliputi:

1. Kegagalan dalam membentuk hukum, sehingga setiap isu harus diputuskan secara *ad hoc*;
2. Kegagalan dalam publikasi/sosialisasi atau memperkenalkan aturan hukum kepada pihak terkait dalam hal ini masyarakat yang diharapkan mempelajari aturan tersebut;

⁹⁵ <http://repository.untag-sby.ac.id/1154/2/BAB%20II.pdf> diakses pada tanggal 05 April 2021 Pukul 07.00 WITA.

3. Penyalahgunaan Undang-Undang yang berlaku surut;
4. Gagal dalam menciptakan aturan yang dapat dimengerti;
5. Pemberlakuan atau pembuatan aturan-aturan yang bertentangan satu sama lain;
6. Pemberlakuan/pembuatan aturan yang mencantumkan persyaratan diluar kemampuan pihak yang terkait;
7. Perubahan aturan yang terus-menerus; serta
8. Gagal dalam mengharmonisasikan antara peraturan dengan penerapan.

Dari prinsip tersebut, Lon L. Fuller berpendapat bahwa suatu sistem hukum memiliki karakter yang bersesuaian dengan prinsip-prinsip diatas, maka sistem hukum tersebut tidak dapat disebut sebagai sebuah sistem hukum, atau dalam analogi penulis, terjadi ketidakpastian hukum terhadap sistem hukum tersebut.⁹⁶

E. Kerangka Pikir

Penelitian ini memfokuskan pada dua variabel, yakni variabel kriteria penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi; dan implikasi hukum dari tindakan penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi.

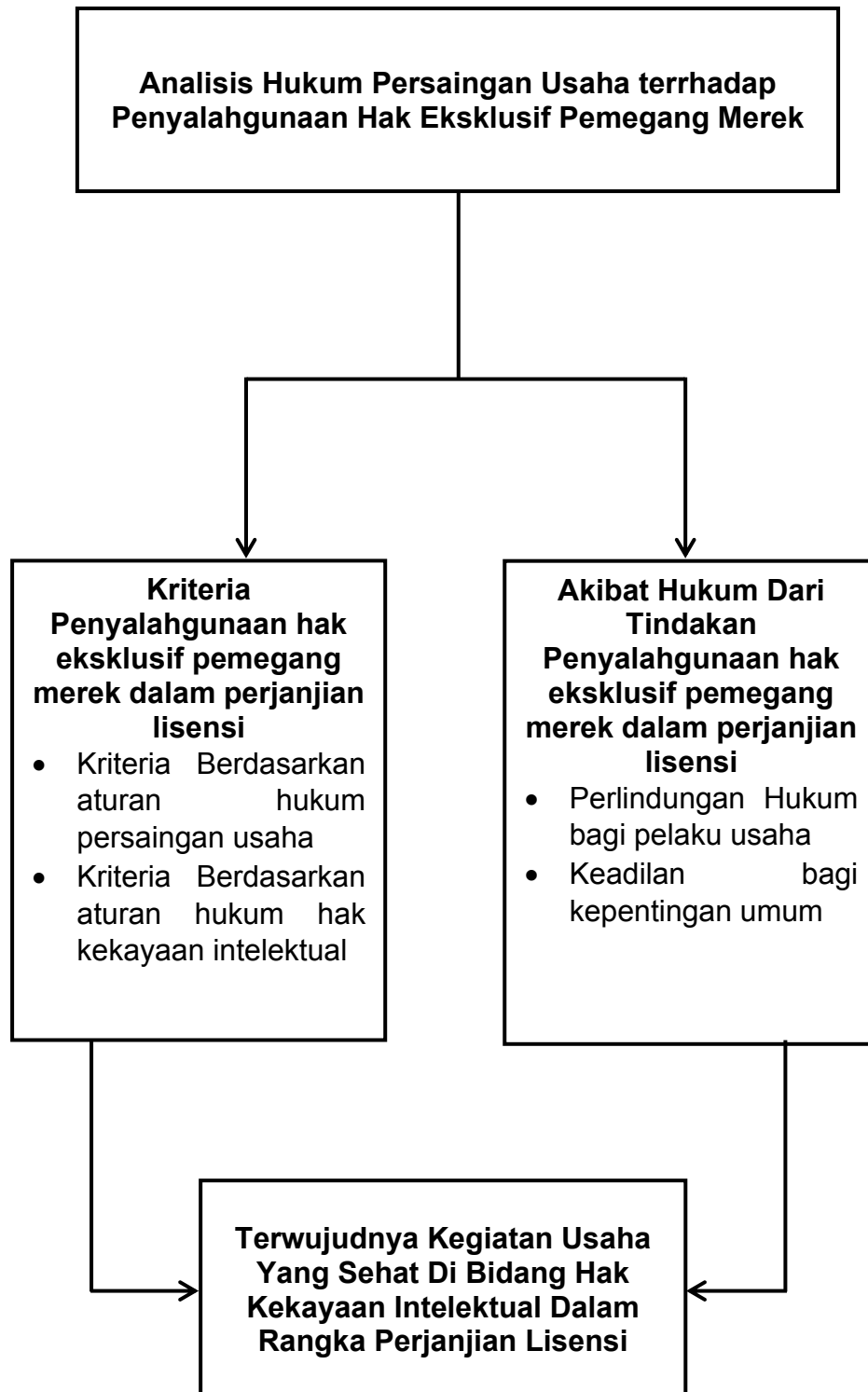
Untuk variabel pertama ditetapkan dua indikator, yaitu: (1) berdasarkan aturan hukum hak kekayaan intelektual, (2) berdasarkan

⁹⁶ Erlika Sari, *Perlindungan Hukum Hak Kekayaan Intelektual "Minyak Kelapa Mandar" dalam Perspektif Indikasi Geografis*, Tesis, Universitas Hasanuddin, Makassar, 2019. hal. 18

aturan hukum persaingan usaha. Dan untuk variabel yang kedua ditetapkan dua indikator, yakni (1) aspek kepentingan pelaku usaha; dan (2) aspek kepentingan umum.

Kedua variabel tersebut kemudian dikaji melalui uji indikator yang telah disebutkan sebelumnya dengan menggunakan pendekatan yang dipilih oleh penulis untuk mampu mengetahui bagaimana aturan hukum persaingan usaha dalam mengawasi pelaksanaan Hak Kekayaan Intelektual agar tidak terjadi kegiatan usaha yang bersifat anti persaingan sehingga mampu mewujudkan iklim usaha yang sehat dan dapat memajukan ekonomi Indonesia.

Bagan Kerangka Pikir



F. Definisi Operasional

Untuk menghindari perbedaan penafsiran mengenai istilah atau definisi yang digunakan dalam penulisan penelitian hukum ini, maka perlu untuk menyusun definisi operasional. Adapun definisi operasional yang digunakan sebagai berikut:

- a. Penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi adalah perbuatan yang didasarkan atas wewenang yang sah dari seseorang, tetapi perbuatan tersebut dilakukan secara menyimpang. Dalam hal penyalahgunaan hak eksklusif pemegang merek dalam perjanjian lisensi, penyalahgunaan hak tersebut dibebankan kepada licensor selaku pemilik hak eksklusif yang berhak oleh Undang-Undang untuk memberikan HKI nya kepada pihak lain melalui lisensi, akan tetapi pada pemberian lisensi tersebut licensor menyalahgunakan hak nya sebagai pemilik HKI dengan menentukan isi perjanjian yang memberatkan licensee, sehingga akan berdampak pada jalannya kegiatan perdagangan.
- b. Implikasi hukum adalah dampak atau akibat hukum dari suatu peristiwa hukum yang dapat dikenakan pada peristiwa hukum atau pada suatu keadaan yang telah diatur sebelumnya di dalam peraturan perUndang-Undangan
- c. Persaingan Usaha adalah kegiatan usaha antara satu pelaku usaha dengan pelaku usaha yang lain dalam menjalankan proses produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa.

- d. Hak Kekayaan Intelektual adalah suatu kreasi intelektual yang dihasilkan dari kemampuan daya pikir seseorang yang diberikan perlindungan oleh negara berupa hak untuk menggunakan kreasi intelektual tersebut secara sendiri dan dapat pula diberikan kepada pihak lain.
- e. Kepentingan pelaku usaha adalah keadaan yang harus diperhatikan oleh pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya yang bertujuan menjaga kepentingan umum dan melindungi konsumen.
- f. Kepentingan umum adalah keadaan yang harus diperhatikan oleh pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya yang bertujuan menjaga kepentingan umum dan melindungi konsumen.