TANGGUNG JAWAB PENYEDIA JASA *FILE HOSTING* TERHADAP PELANGGARAN HAK CIPTA YANG DILAKUKAN PENGGUNA

T E S I S

OLEH :

NAMA MHS. : ANNISA SYAUFIKA YUSTISIA R.
NO. POKOK MHS. : 11912756
BKU : HUKUM BISNIS

PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
2013

TANGGUNG JAWAB PENYEDIA JASA *FILE HOSTING* TERHADAP PELANGGARAN HAK CIPTA YANG DILAKUKAN PENGGUNA

T E S I S

OLEH :

Nama Mhs.	**:**	**ANNISA SYAUFIKA YUSTISIA R.**
No. Pokok Mhs.	**:**	**11912756**
BKU	**:**	**HUKUM BISNIS**

Telah diujikan dihadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/Tesis dan dinyatakan LULUS pada hari Jumat, 25 Januari 2013

PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
2013

TANGGUNG JAWAB PENYEDIA JASA *FILE HOSTING* TERHADAP PELANGGARAN HAK CIPTA YANG DILAKUKAN PENGGUNA

Oleh :

Nama Mhs. : **Annisa Syaufika Yustisia Ridwan**
No. Pokok Mhs. : **11912756**
BKU : **Hukum Bisnis**

Telah diujikan dihadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/Tesis dan dinyatakan LULUS pada Jumat, 25 Januari 2013 Program Magister (S-2) Ilmu Hukum

Pembimbing

Nandang Sutrisno, S.H., LL.M., M.Hum., Ph.D Yogyakarta, ...

Anggota Penguji

Dr. Siti Anisah, S.H., M.Hum Yogyakarta, ...

Busi Agus Riswandi, S.H., M.Hum Yogyakarta, ...

Mengetahui
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia

Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

MOTTO DAN PERSEMBAHAN

人事を尽くして天命を待つ – *Man Purposes God Disposes*

(Japanese Proverb)

Whatever you do, or dream you can do, begin it – boldness has genius, power and magic in it. Begin it now.

(Goethe)

Untuk kedua orang tuaku dan teman-teman
yang telah mendukung selama studi S-2.

KATA PENGANTAR

Assalamualaikum wr. wb.

Puji syukur penulis panjatkan kepada Allah SWT Yang Maha Pengasih Lagi Penyayang yang telah memberikan rahmat dan hidayah, sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis yang berjudul Tanggung Jawab Penyedia Jasa *File Hosting* Terhadap Pelanggaran Hak Cipta yang Dilakukan Pengguna.

Penulis mendedikasikan tesis ini kepada Orang Tua penulis Bapak Prof. Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.Hum dan Ibu Siti Nurokhmi, S.H. beserta keluarga yang telah memberikan kesempatan dan dukungan dalam studi di Program Pascasarjana.

Terimakasih yang sebesar-besarnya penulis ucapkan kepada:

1. Bapak Prof. Dr. H. Edy Suandi Hamid, M.Ec. selaku Rektor Universitas Islam Indonesia
2. Dr. Rusli Muhammad, S.H., M.H. selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
3. Ibu Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum. selaku Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum Hukum Universitas Islam Indonesia
4. Bapak Nandang Sutrisno, S.H., LL.M., M.Hum., Ph.D selaku dosen pembimbing yang telah meluangkan waktu untuk membimbing dan memperbaiki tesis ini agar dapat selesai tepat waktu
5. Ibu Siti Anisah, S.H., M.Hum dan Bapak Busi Agus Riswandi, S.H., M.Hum selaku dosen Program Pascasarjana Fakultas Hukum Hukum Universitas Islam Indonesia yang telah banyak memberikan masukan dalam penulisan tesis ini
6. Seluruh dosen Program Magister (S-2) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia yang telah memberikan banyak ilmu yang berguna bagi penulis
7. Seluruh staff karyawan Program Pascasarjana Fakultas Hukum Hukum Universitas Islam Indonesia yang telah membantu penulis dalam urusan administratif selama studi di kampus.

8. Rekan-rekan BKU Hukum Bisnis angkatan 27 Umar, Mery, Mery, Mega, Nurma, Ima, Sofi, Epi, Mbak Emi, semoga silaturahmi kita tetap terjaga.
9. Rekan-rekan Program Magister (S-2) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia angkatan 27.
10. Deslaely Putranti dan Amalia Yustisia selaku teman diskusi dan kakak kelas penulis baik di Program Magister (S-2) Ilmu Hukum dan Program Internasional S-1 Fakultas Hukum Hukum Universitas Islam Indonesia yang memberikan banyak nasihat dan inspirasi selama studi S-2.
11. Sahabat-sahabat penulis Meiske, Erna, Sari, Resika, dan Ellie yang selalu menghibur dan memberikan semangat kepada penulis.

Semoga tesis ini dapat berguna dalam khasanah keilmuan. Tak lupa penulis memohon maaf atas segala kekurangan dalam penulisan tesis ini. Saran dan kritik penulis harapkan sebagai bahan introspeksi agar penulis dapat melahirkan karya yang lebih baik lagi.

Wassalamualaikum wr. wb.

Yogyakarta, 8 April 2013

Annisa Syaufika Yustisia Ridwan

ABSTRAK

Layanan *file hosting* pada dasarnya adalah layanan penyimpanan dan pengiriman data melalui internet. Namun oleh banyak pengguna layanan ini digunakan untuk melakukan pelanggaran hak cipta. Akibatnya banyak pemegang hak cipta yang mengalami kerugian berupa penurunan penjualan. Permasalahan yang diteliti adalah mengapa penyedia jasa *file hosting* seharusnya dibebani tanggung jawab atas pelanggaran hak cipta yang dilakukan oleh pengguna dan tolok ukur apa yang dipakai untuk membebankan tanggung jawab kepada penyedia jasa *file hosting*. Penelitian ini merupakan penelitian normatif yuridis yang menjadikan studi pustaka menjadi tumpukan utama. Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer yang meliputi Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan peraturan perundang-undangan terkait. Bahan hukum sekunder berupa buku-buku literatur, jurnal, dan artikel digunakan untuk menjelaskan hukum primer. Hasil penelitian menemukan bahwa: (1) Penyedia jasa *file hosting* seharusnya dibebani tanggung jawab atas kerugian yang diderita pemegang hak cipta karena ia memiliki kewajiban hukum menghormati hak eksklusif pemegang hak cipta dan (2) Tolok ukur untuk membebankan tanggung jawab kepada penyedia jasa *file hosting* adalah menggunakan perbuatan melawan hukum dengan memperhatikan unsur-unsurnya yaitu perbuatan, sifat melawan hukum, kerugian, kesalahan, dan hubungan kausal antara perbuatan dan kerugian.
Kata Kunci: perbuatan melawan hukum, *file sharing*, hak cipta

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL ..... **i**

HALAMAN PENGESAHAN ..... **iii**

MOTTO DAN PERSEMBAHAN ..... **iv**

KATA PENGANTAR ..... **v**

ABSTRAK ..... **vii**

DAFTAR ISI ..... **viii**

BAB I PENDAHULUAN……..**1**

A. Latar Belakang Masalah……...……...**1**

B. Rumusan Masalah……...……...**10**

C. Tujuan Penelitian……...…….**10**

D. Tinjauan Pustaka……...…….**10**

E. Metode Penelitian……..….**22**

F. Sistimatika Penulisan……....**24**

BAB II TINJAUAN UMUM SISTEM FILE HOSTING DAN PERBUATAN MELAWAN HUKUM…….……**26**

A. Tinjauan Umum Mengenai File Hosting……..**26**

1. Pengertian dan Jenis-Jenis Layanan File Hosting……**26**

2. Komputasi Awan (Cloud Computing) Sebagai Sistem Dasar File Hosting……...……..…….**26**

a. Karakteristik Esensial……**28**

b. Model Layanan…….……**29**

c. Model Penyebaran……...30

B. Tinjauan Umum Perbuatan Melawan Hukum……..……32

1. Pengertian Perbuatan Melawan Hukum……...32

2. Unsur-Unsur Perbuatan Melawan Hukum……..33

a. Perbuatan…….……34

b. Perbuatan Harus Melawan Hukum…….....35

c. Kerugian……..…….……...37

d. Hubungan Sebab-Akibat antara Perbuatan dan Kerugian ……...…….38

e. Kesalahan (*schuld*) …….……...……..40

3. Unsur Pembenar yang Menghapus Sifat Melawan Hukum……41

a. Keadaan memaksa (overmacht)…….42

b. Pembelaan Terpaksa (noodweer) ……..43

c. Peraturan Undang-Undang ……43

d. Perintah Jabatan……..44

C. TINJAUAN UMUM TORT……..……44

1. Pengertian Tort……44

2. Perbandingan Tort dengan Perbuatan Melawan Hukum…….……..45

3. Kesalahan dalam Tort…….47

4. Tort dan Hak Kekayaan Intelektual……..49

5. Tanggung Jawab Pihak Ketiga…….……..50

BAB III TANGGUNG JAWAB PENYEDIA JASA FILE HOSTING TERHADAP PELANGGARAN HAK CIPTA PENGGUNANYA……57

A. Mengapa Penyedia Jasa File Hosting Seharusnya Dibebani Tanggung Jawab atas Pelanggaran yang Dilakukan oleh Penggunanya……..57

1. Hubungan Antara Penyedia Jasa File Hosting dan Pengguna adalah Hubungan Kontraktual……...59

2. Kewajiban Hukum Penyedia Jasa File Hosting Terhadap Pemegang Hak Cipta……..63

a. Larangan dalam Terms of Use dan Takedown Notice Sebagai Usaha Menghindari Tanggung Jawab……...66

b. Mengunggah dan Mengunduh Konten yang Dilindungi Hak Cipta Merupakan Pelanggaran Terms of Use……..……..…68

c. Take Down Notice yang Dilaporkan oleh Pihak Pemegang Hak Cipta…….…….69

B. Tolok Ukur yang Digunakan Dalam Membebankan Tanggung Jawab Kepada Penyedia Jasa File Hosting Atas Pelanggaran yang Dilakukan Oleh Penggunanya……...……..…….74

1. Perbuatan……..75

a. Perbuatan yang Dilakukan Oleh Pengguna……..75

b. Perbuatan Positif yang Dilakukan Oleh Penyedia Jasa…….……...77

c. Perbuatan Negatif yang Dilakukan oleh Penyedia Jasa File Hosting……...……...78

2. Sifat Melawan Hukum Perbuatan……..79

a. Pelanggaran Undang-Undang No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta……..…80

b. Pelanggaran Terhadap Prinsip Kehati-Hatian…….84

c. Pelanggaran Terhadap Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik……..87

3. Kerugian yang Diderita Oleh Pemegang Hak Cipta……92

4. Kesalahan…….…….94

5. Hubungan Kausal antara Perbuatan dan Kerugian…….……...98

C. Tanggung Jawab Penyedia Jasa File Hosting dalam Teori *Secondary Liability*……..…….…….……...104

1. *Vicarious Liability*…….…….…….105

2. *Contributory Liability*……..……....110

3. *Safe Harbor* untuk Penyedia Jasa Online……..…..113

BAB IV PENUTUP……117

A. Kesimpulan……...…….117

B. Saran……..……118

DAFTAR PUSTAKA…….120

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perkembangan teknologi melahirkan masalah bagi industri musik. Teknologi *file sharing*[1] yang tersedia di internet telah lama mengancam industri musik dunia. Teknologi ini menawarkan kemudahan baik untuk pengiriman, penyimpanan atau publikasi informasi dan data di dunia maya. Namun melalui teknologi ini, penyebaran konten digital yang dilindungi hak cipta menjadi semakin meluas. Dengan adanya teknologi *file sharing* individu dapat mempunyai koleksi musik (yang diperoleh secara illegal) lebih besar, seiring dengan konsumsi musik yang meningkat.

Namun penegakan perlindungan hak cipta dalam kasus *file sharing* sangatlah kompleks, karena pelanggaran hak cipta dalam internet melibatkan banyak orang dan sukar untuk dilacak karena *anonymity*.[2] Selain itu nampaknya melakukan gugatan kepada pengguna tidak menghentikan atau bahkan mengurangi pelanggaran hak cipta melalui *file* sharing.

Kerugian yang diderita industri musik akibat adanya teknologi *file sharing* cukup signifikan. Pada tahun 1990an pertumbuhan industri musik mengalami masa sukses,

---

[1] *File Sharing* merujuk kepada kegiatan berbagi atau menawarkan akses atas informasi atau sumber digital termasuk dokumen, multimedia (audio/video), grafik, program, gambar atau *e-books*. Kegiatan ini merupakan distribusi data dan informasi yang dilakukan secara publik atau pribadi dalam sebuah jaringan dengan tingkat penyebaran yang berbeda-beda. http://www.techopedia.com/definition/16256/file-sharing, "File Sharing," Akses 6 November 2012.

[2] Pengguna internet dapat menyembunyikan identitasnya seperti nama dan *Internet Protocol Address* (*IP Address*) sehingga tidak dapat dilacak.

namun sejak tahun 2000 terdapat penurunan penjualan *Compact Disc* (*CD)*. Tentunya adanya teknologi *file sharing* bukan semata-mata penyebab penurunan penjualan CD, karena musik digital memang sekarang lebih digemari karena kepraktisan dan kemudahan penyimpanannya sehingga para pelaku bisnis juga menjual musik digital. [3] Namun teknologi *file sharing* digunakan untuk pengunduhan illegal (*unauthorized download*) musik-musik digital yang dilindungi hak cipta merupakan faktor yang berperan banyak sehingga menyebabkan penurunan penjualan musik hingga 47,3 % sampai tahun 2008 sejak mulai diperkenalkannya teknologi *file sharing* pada tahun 1997.[4] Teknologi ini telah memberikan pengguna pengganti dari pembelian musik tanpa membayar sepeserpun serta telah mengenalkan cara alternatif untuk mendengarkan musik baru. [5] Pengunduhan ilegal melalui *file sharing* telah mengurangi *market value* dari karya musik yang dilindungi hak cipta.[6]

Kerugian yang diderita industri musik ini tentu saja dapat berpengaruh kepada kesejahteraan para pencipta karya musik dan pihak-pihak yang terlibat dalam industri musik. Hak cipta adalah hak eksklusif dan dianggap sebagai benda bergerak yang dimiliki oleh pencipta atau pemegangnya. Hak ini perlu dilindungi dari perbuatan orang lain yang tanpa izin mengumumkan atau memperbanyak karya tersebut. Jika

---

[3] Sampai akhir 2010 terdapat lebih dari 400 pelayanan penjualan musik digital di seluruh dunia. Pengunduhan musik digital merupakan sumber dominan pemasukan bisnis digital dan akan terus tumbuh. Salah satu penyedia jasa penjualan musik digital, yaitu iTunes telah menual lebih dari 10 Milyar (sampai akhir 2010) unduhan sejak pertama kali berdiri pada tahun 2003. Diikuti oleh para pesaingnya seperti Amazon, 7digital, HMV, dan Tesco. http://www.ifpi.co.uk/content/section_statistics/index.html, "IFPI Digital Music Report 2011," Akses 21 Juni 2012.

[4] Alejandro Zentner, "Ten Years of File Sharing and Its effect on International Physical and Digital Music Sales", *CAPRI Publication 10-04*, (2009), hal 2.

[5] *Ibid*, hlm. 3.

[6] *Ibid,* hlm. 17.

pengunduhan ilegal melalui teknologi *file sharing* terus berlangsung dan dibiarkan, maka hal ini akan mengancam perkembangan kreatifitas karena pencipta tidak menerima hasil yang setimpal dengan pemanfaatan yang dinikmati oleh banyak orang yang melakukan pengunduhan illegal. Perlu ada perlindungan hukum yang lebih tegas untuk pemegang hak cipta agar bisa menuntut ganti atas kerugian yang dideritanya.

Di Indonesia dalam menegakkan hak yang dimilikinya, pemegang hak cipta dapat melakukan gugatan atas pelanggaran dan meminta ganti rugi. Gugatan perdata atas pelanggaran hak cipta oleh pemegang hak cipta didasarkan oleh perbuatan melawan hukum yang diatur dalam Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata).[7] Pasal 56 Undang-Undang No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta (UU Hak Cipta) menyebutkan bahwa pemegang hak cipta berhak mengajukan gugatan ganti rugi kepada Pengadilan Niaga atas pelanggaran hak ciptanya. Pelanggaran hak cipta dapat dikatakan perbuatan melawan hukum karena perbuatan tersebut melanggar hak subjektif penciptanya. Hak cipta merupakan benda bergerak dan pemegangnya memiliki hak eksklusif, sehingga pelanggarannya termasuk pelanggaran hak subjektif dan menimbulkan kerugian. Tanggung jawab atas perbuatan melawan hukum dibebankan kepada pihak yang melakukan perbuatan. Pemberian tanggung jawab kepada seseorang atas perbuatan yang dilakukan pihak lain diatur dalam KUH Perdata menurut hubungan hukum antar pihak-pihak tersebut.

[7] Hendra Tanu Atmadja, *Hak Cipta Musik Atau Lagu*, (Jakarta: Program Pascasarjana, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hlm. 232.

Sebagai pemegang hak cipta, siapa yang dapat digugat atau dimintai tanggung jawab? Tentu saja yang digugat adalah pihak yang melakukan pelanggaran, yaitu pihak yang memberikan akses atau mengakses karya-karya yang dilindungi hak cipta, dalam hal ini adalah pengguna. Pengguna yang menggunakan teknologi *file sharing* atau yang disebut *end user* merupakan pihak yang secara langsung melanggar (*direct infringer*) hak eksklusif pemegang hak cipta. Dalam pembuktian elemen-elemen perbuatan melawan hukum dan pembebanan tanggung jawab pengguna akan sangat mudah. Jika tujuannya untuk menuntut ganti rugi maka penggugatan terhadap pengguna hal tersebut akan sia-sia karena banyaknya jumlah pengguna dan sebagian besar dari mereka tidak akan sanggup membayar ganti rugi. Industri rekaman di Amerika Serikat menggugat 261 penggemar musik yang mengunggah dan mengunduh lagu-lagu melalui jaringan *file sharing* berbasis *peer to peer* (P2P)[8] pada tahun 2003. [9] Lima tahun kemudian, industri rekaman telah mengajukan, menyelesaikan, dan mengancam akan melakukan tindakan hukum kepada setidaknya 30.000 (tigapuluh ribu) individu yang diseleksi secara acak dari jutaan pengguna jaringan P2P.[10] Usaha tersebut tidak menuai hasil yang signifikan, jumlah pengguna jaringan P2P malah semakin besar.

Karena penggugatan kepada pengguna merupakan langkah yang tidak efisien dan sia-sia, bagaimana jika yang digugat adalah penyedia jasa yang menyediakan fasilitas

---

[8] *Peer to Peer* (P2P) adalah sistem yang memungkinkan komunikasi dan kegiatan *file sharing* langsung antar komputer (*peer*) tanpa membutuhkan adanya sebuah *server* pusat yang menyimpan data tersebut. Simon Stokes, *Digital Copyright Law and Practice*, (London: Butterworths Lexis Nexis, 2002), hlm. xxxiv.

[9] Electronic Frontier Foundation, " RIAA v. The People: Five Years Later", (2008), hlm. 1.

[10] *Ibid*.

file sharing? Penyedia jasa adalah pihak yang menyediakan "ruangan" dan akses kepada pengguna untuk melakukan kegiatan *file sharing*, sehingga jika gugatan dilayangkan diharapkan, "ruangan" dan akses pengguna dapat ditutup yang akibatnya dapat menghentikan kegiatan *file sharing*. Selain itu, penyedia jasa adalah pemain bisnis di internet dan meraup banyak keuntungan dari pengguna dan iklan, maka jika ia ditetapkan bertanggung jawab penyedia jasa mampu membayar ganti rugi.

Penyedia jasa *file hosting* hanyalah sebuah *Online Service Provider (OSP)*[11] yang hanya menyediakan teknologi dan wadah bagi pengguna saja. Jasa *file hosting* atau disebut juga jasa *cloud storage* atau jasa *online file storage* atau *cyber locker* memungkinkan pengguna mengunggah data untuk disimpan atau dibagikan ke publik melalui internet. Sistem *file hosting* menggunakan struktur *cloud computing* dimana pengguna komputer mengakses dan menggunakan perangkat lunak dan data di luar komputer atau perangkat digital pengguna lainnya, dengan kata lain data yang diunggah pengguna disimpan di internet.[12] Teknologi ini digunakan selain untuk kegiatan *file sharing*, *file hosting* merupakan alternatif penyimpanan data pengguna di luar komputer.

Dalam kenyataannya beberapa penyedia jasa yang fasilitasnya digunakan untuk kegiatan *file sharing* telah digugat oleh pemegang hak cipta. Kasus yang paling

---

[11] Organisasi yang menyediakan jasa informasi di Internet seperti pencarian (*search engine*), jasa penyimpanan online (*online storage service*) dan penyedia jasa aplikasi. http://www.pcmag.com/encyclopedia_term/0,1237,t=online+service&i=55988,00.asp, Akses 26 Juni 2012.

[12] Daniel J. Gervais & Daniel J. Hyndan, "Cloud Control: Copyright, Global Memes and Privacy", *10 J. Telecomm. & High Tech. L. 53*,(2012), hlm. 56.

terkenal adalah *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* Dalam kasus ini Napster[13] sebagai penyedia jasa *file sharing* berbasis P2P digugat atas pelanggaran-pelanggaran hak cipta yang dilakukan penggunanya, karena layanan Napster digunakan oleh banyak penggunanya untuk bertukar musik yang dilindungi hak cipta. Napster dianggap memfasilitasi pertukaran *file* musik dengan menyediakan perangkat lunak yang memungkinkan pengguna melacak lagu apa saja yang oleh pengguna lain bagikan dan situs dimana informasinya dapat diakses publik sehingga orang dapat mencari lagu tertentu beserta pengguna yang bersedia membagikannya.[14] Penggugat berdalih bahwa peralatan tersebut mendorong distribusi dan duplikasi tidak resmi musik yang dilindungi hak cipta. Dalam putusan pengadilan, Napster dinyatakan bertanggung jawab atas pelanggaran hak cipta berdasarkan tanggung jawab pihak ketiga melalui teori *contributory infringement* dan *vicarious copyright infringement*.[15] Penyedia jasa lain yang berbasis P2P yang pernah digugat adalah Grokster dalam kasus *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*

Kasus-kasus yang terjadi adalah gugatan kepada penyedia jasa *file sharing* yang teknologinya berbasis P2P. Salah satu penyedia jasa *file hosting* yang pernah digugat

---

[13] Napster adalah penyedia jasa penyimpanan musik berbasis *peer to peer* (P2P) yang menyediakan mekanisme yang mudah untuk menghubungkan para penggunanya (*peers*) dan sumber file musik (MP3) mereka. Dalam sistem ini data disimpan pada komputer para pengguna yang dapat digunakan untuk saling tukar-menukar antara pengguna melalui koneksi antara pengguna yang mengunggah dan mengunduh dengan protokol HTTP. Bengt Carlsson & Rune Gustavsson, "The Rise and Fall of Napster – an Evolutionary Approach", *Active Media Technology,* (2001), hlm. 1. Stefan Saroiu *et. al*., "A Measurement Study of Peer-to-Peer File Sharing Systems", *Proceedings of the Multimedia Computing and Networking (MMCN), San Jos,* (January 2002).

[14] William Landes & Douglas Lichtman, "Indirect Liability for Copyright Infringement: Napster and Beyond", *Journal of Economic Perspective,* Volume 17, Number 2-Spring 2003, hlm. 119.

[15] Karen M. Kramer, "Intent: the Road Not Taken in The Ninth Circuit's Post Napster Analysis of Contributory Copyright Infringement", *21 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 525*, hlm. 525.

adalah Rapidshare dalam kasus *Atari Europe v. Rapidshare* di pengadilan Jerman.[16] *File hosting* mempunyai karakteristik jaringan dan mekanisme yang berbeda dengan P2P. Teknologi berbasis P2P memang sebagian besar digunakan untuk aktivitas *cyber piracy*. Sementara *file hosting* yang teknologinya berbasis FTP atau HTTP pada dasarnya adalah alat penyimpanan data dan informasi di dunia maya. Penyedia jasa *file hosting* menyediakan teknologi dan fasilitas yang tujuannya untuk mempermudah penyimpanan dan pengiriman data penggunanya. Sementara yang memanfaatkan fasilitas tersebut secara melawan hukum adalah penggunanya. Mengapa penyedia jasa *file hosting* seharusnya dibebani tanggung jawab atas pelanggaran hak cipta yang dilakukan oleh pengguna?

Kasus-kasus yang dialami oleh Napster dan Grokster menggunakan dasar tanggung jawab atas pelanggaran hak cipta yang dilakukan penggunanya berdasarkan teori tanggung jawab sekunder (*secondary liability*)[17]. Teori ini merupakan bagian dari *Law of Tort* (hukum yang mengatur tentang perbuatan melawan hukum di negara-negara yang menganut sistem *common law*). Pengenaan tanggung jawab kepada pihak lain ini lahir dan berkembang dari putusan pengadilan di Amerika Serikat.

Pembebanan tanggung jawab atas perbuatan orang lain dalam konsep perbuatan melawan hukum dikenal dalam Pasal 1367 KUHPerdata, yaitu seseorang tidak hanya

---

[16] http://germanitlaw.com/?p=683, "German Federal Supreme Court on File Hoster Responsibility for Third Party Content – "Rapidshare"," Akses 7 November 2012.

[17] Tanggung jawab sekunder merupakan tanggung jawab yang dibebankan kepada tergugat yang tidak secara langsung melakukan perbuatan melawan hukum pada Permasalahannya, tetapi yang secara hukum bertanggung jawab atas kerugian yang diderita. Lynda J. Oswald, "International Issues in Secondary Liability for Intellectual Property Rights Infringement", *45 Am. Bus. L.J. 247*, (2008), hlm. 247.

bertanggung jawab untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya sendiri, tetapi juga perbuatan orang-orang dan barang-barang yang berada di bawah pengawasannya. Tanggung jawab terhadap perbuatan orang lain mencakup:[18]

a. Tanggung jawab atas perbuatan yang dilakukan oleh orang yang menjadi tanggungannya secara umum;
b. Tanggung jawab orang tua dan wali terhadap anak-anak yang belum dewasa;
c. Tanggung jawab majikan dan orang yang mewakilkan urusannya terhadap orang yang dipekerjakannya;
d. Tanggung jawab guru Sekolah dan kepala tukan terhadap murid dan tukangnya.

Tanggung jawab terhadap barang dalam pengawasannya meliputi:[19]

a. Tanggung jawab terhadap barang pada umumnya;
b. Tanggung jawab terhadap binatang;
c. Tanggung jawab pemilik terhadap gedung.

Walaupun dalam konsep perbuatan melawan hukum yang dianut oleh KUHPerdata memungkinkan tanggung jawab atas perbuatan yang dilakukan orang lain, hubungan yang ada antara penyedia jasa *file hosting* dengan pengguna atau pengguna belum dapat dicakup dalam konsep perbuatan melawan hukum yang ada sekarang.

Walaupun penyedia jasa akan memberi sanksi kepada pengguna yang melanggar dan menghapus karya yang diunggah pengguna, arus kegiatan *file sharing* yang dilakukan di seluruh penjuru dunia sukar untuk dibendung, sehingga kerugian yang besar tetap diderita oleh pemilik hak cipta. Penyedia jasa *file hosting* menikmati

[18] Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hlm. 11.
[19] *Ibid*.

keuntungan dari aktivitas *file sharing* yang dilakukan pengguna. Sampai sejauh mana penyedia jasa *file hosting* dapat digugat oleh pemegang hak cipta dengan menggunakan hukum yang ada?

Sejauh ini belum ada kasus pemegang hak cipta yang menggugat penyedia jasa atas pelanggaran hak cipta yang dilakukan pengguna. Padahal Indonesia termasuk negara yang tinggi tingkat *cyber piracy*-nya,[20] bahkan terdapat beberapa jasa *file hosting* yang *server*nya berlokasi di Indonesia. Dengan aktivitas "pembajakan" yang besar skalanya ini tentunya banyak pelaku seni yang dirugikan. Untuk itu, perlu dilakukan terobosan hukum bagaimana agar penyedia jasa *file hosting* dapat dimintai tanggung jawab dengan pengembangan teori dari hukum yang telah ada.

Selain itu teori yang dapat menjatuhkan tanggungjawab kepada penyedia jasa ini pada kasus perlu dipelajari penerapannya. Karena banyaknya penyedia jasa *file hosting* dimana fasilitas tingkat pelanggaran hak ciptanya berbeda-beda, sehingga perlu diketahui juga bagaimana tolok ukur untuk menjatuhkan tanggung jawab kepada penyedia jasa *file hosting*. Dengan mengetahui tolok ukur untuk menjatuhkan tanggung jawab penerapan hukumnya akan menjadi akurat dan adil. Serta dengan adanya tolok ukur dapat memberi ukuran bagaimana seharusnya bisnis jasa *file hosting* ini dikelola sehingga terhindar dari pelanggaran hak cipta dari penyalahgunaan fasilitas yang dilakukan penggunanya.

---

[20] Indonesia kehilangan sebanyak Rp 600 miliar per tahun gara-gara website musik ilegal. Hal ini juga didukung fakta dari IFPI Report (2012) yang menunjukkan bahwa penerimaan dari musik Indonesia kurang dari Rp 600 miliar dan ada kecenderungan terus turun tiap tahunnya. Terlebih, salah situs *file hosting* yang seringdigunakan untuk mengunduh musik secara ilegal ini 12% dari total pengunjungnya berasal dari Indonesia. http://wartaekonomi.co.id/berita4471/pembajakan-musik-nilai-kerugian-pembajakan-luar-biasaiii.html, "Pembajakan Musik: Nilai Kerugian Pembajakan Luar Biasa!"Akses 25 Maret 2013.

B. Rumusan Masalah

1. Mengapa penyedia jasa *file hosting* seharusnya dibebani tanggung jawab atas pelanggaran hak cipta yang dilakukan oleh penggunanya?
2. Tolok ukur apa yang dipakai untuk membebani tanggung jawab atas pelanggaran hak cipta oleh pengguna kepada penyedia jasa *file hosting*?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengkaji alasan mengapa penyedia jasa file hosting seharusnya dibebankan tanggung jawab atas pelanggaran hak cipta yang dilakukan oleh penggunanya.
2. Untuk menganalisis tolok ukur untuk membebankan tanggung jawab atas pelanggaran hak cipta pengguna kepada penyedia jasa file hosting.

D. Tinjauan Pustaka

1. Gugatan Perdata dalam Sengketa Hak Cipta Menurut UU No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta

Hak Cipta dalam UU Hak Cipta merupakan hak eksklusif bagi Pencipta atau Pemegang Hak Cipta untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya, yang timbul secara otomatis setelah suatu ciptaan dilahirkan tanpa mengurangi pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Hak Cipta sebagai hak

eksklusif ini menurut Pasal 3 UU Hak Cipta dianggap sebagai benda bergerak, sehingga ketentuan dalam KUH Perdata juga berlaku kepadanya.

Karena Hak Cipta merupakan hak eksklusif bagi pemegangnya untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaan, jika ada pihak lain yang mengumumkan dan memperbanyak ciptaan maka pihak lain telah melanggar hak pemegang hak cipta. Pengertian "mengumumkan" dalam UU Hak Cipta adalah pembacaan, penyiaran, pameran, penjualan, pengedaran, atau penyebaran suatu ciptaan dengan cara apapun, sehingga suatu ciptaan dapat dibaca, didengar, atau dilihat orang lain. Sedangkan unsur "memperbanyak" adalah penambahan jumlah suatu ciptaan, baik secara keseluruhan maupun sebagian yang sangat substansial dengan menggunakan bahan-bahan yang sama atau tidak sama, termasuk mengalihwujudkan secara permanen atau temporer. Aktivitas *file sharing* yang melibatkan karya-karya yang dilindungi hak cipta merupakan bentuk tindakan "perbanyakan" karya, karena pengguna mengalihwujudkan karya yang misalkan awalnya adalah sebuah kepingan CD menjadi format digital kemudian diunggah melalui situs *file hosting* yang dapat diakses banyak orang sehingga orang-orang yang mengakses dapat menikmati karya tersebut dengan cuma-cuma.

Aktivitas *file* sharing yang melibatkan karya yang dilindungi hak cipta, tentunya menimbulkan kerugian material yang diderita oleh pemegang hak cipta misalnya artis, pencipta lagu, dan perusahaan rekaman. Dalam hal terjadinya sengketa hak cipta, pemegang hak cipta dapat menggugat ganti rugi pihak yang melanggar kepada Pengadilan Niaga. Gugatan ganti rugi ini dapat dilakukan oleh penerima hak cipta baik secara sendiri atau bersama-sama dengan pemilik hak cipta yang bersangkutan,

namun hak untuk mengajukan gugatan ini tidak mengurangi hak Negara untuk melakukan tuntutan pidana di bidang hak cipta.[21]

Dasar gugatan yang digunakan untuk menyelesaikan sengketa bergantung kepada hubungan hukum antara pihak yang bersengketa. Sengketa hak cipta yang diatur dalam kontrak antara pihak-pihak yang memiliki hubungan kontraktual menggunakan dasar wanprestasi dalam gugatannya. Sementara dalam kasus pelanggaran hak cipta oleh pihak yang tidak memiliki hubungan kontraktual dapat menggunakan dasar perbuatan melawan hukum yang diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata dalam gugatannya.

2. Perbuatan Melawan Hukum dalam Gugatan Pelanggaran Hak Cipta

Perbuatan melawan hukum diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata yang menyatakan bahwa:

> "Setiap perbuatan melawan hukum yang oleh karenanya menimbulkan kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahannya menyebabkan kerugian itu mengganti kerugian."

Karena tindakan memperbanyak dan mengumumkan karya oleh pihak yang tidak memegang hak cipta menimbulkan kerugian material bagi pemegangnya, maka pelanggaran hak cipta dapat digugat berdasarkan perbuatan melawan hukum.

Berdasarkan ketentuan mengenai perbuatan melawan hukum, terdapat beberapa unsur dalam menentukan adanya perbuatan melawan hukum yaitu:

a. Perbuatan

[21] Hendra Tanu Atmadja, *op. cit.*, hlm. 235.

Yang dimaksud dengan perbuatan ini adalah perbuatan yang bersifat positif (tingkah laku berbuat) atau negatif (tidak berbuat).[22]

b. Melawan Hukum

Makna melawan hukum pada masa lalu ditafsirkan secara sempit yaitu berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku yang telah diatur oleh undang-undang.[23] Sejak 1919 peradilan mulai menafsirkan perbuatan melawan hukum secara luas, yaitu:[24]

1) Melanggar hak subjektif orang lain yang berupa hak-hak perorangan seperti kebebasan, kehormatan, nama baik dan hak atas kekayaan yang berupa hak kebendaan dan hak mutlak lainnya.
2) Bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku yang diartikan sebagai kewajiban yang berdasarkan hukum baik yang tertulis maupun tidak tertulis.
3) Bertentangan dengan kaidah kesusilaan, yaitu bertentangan dengan norma-norma moral, sepanjang dalam kehidupan masyarakat diakui sebagai norma hukum.

c. Kerugian

Penggantian kerugian karena perbuatan melawan hukum tidak diatur oleh undang-undang, sehingga aturan yang dipakai untuk ganti kerugian adalah dengan secara analogis mempergunakan peraturan ganti kerugian akibat wanprestasi yang diatur dalam Pasal 1234-1252 KUH Perdata dan pemulihan kembali kedalam keadaan

[22] Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 50.
[23] *Ibid*, hlm. 51.
[24] *Ibid*, hlm. 53.

semula.[25] Kerugian yang dapat digugat berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata adalah:[26]

1) pengrusakan barang (menimbulkan kerugian materiin)
2) gangguan (*hinder*), menimbulkan kerugian immaterial yaitu mengurangi kenikmatan atas sesuatu.
3) menyalahgunakan hak orang, menggunakan barang miliknya sendiri tanpa kepentingan yang patut, tujuannya untuk merugikan orang lain.

d. Kesalahan

Kesalahan mencakup dua pengertian yakni kesalahan dalam arti luas yaitu bila terdapat kealpaan dan kesengajaan, sementara kesalahan dalam arti sempit hanya berupa kesengajaan.[27]

e. Hubungan Kausal antara Perbuatan dan Kerugian

Hubungan kausal tercipta apabila kerugianya menurut aturan-aturan pengalaman sepatutnyalah merupakan akibat yang diharapkan dari perbuatan melawan hukum itu. Seseorang tidak hanya bertanggung jawab untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya sendiri, tetapi juga perbuatan orang-orang dan barang-barang yang berada di bawah pengawasannya. Tanggung jawab terhadap perbuatan orang lain mencakup:[28]

1) tanggung jawab atas perbuatan yang dilakukan oleh orang yang menjadi tanggungannya secara umum;

---

[25] *Ibid*, hlm. 61.
[26] *Ibid*, hlm. 62.
[27] *Ibid*, hlm. 64.
[28] Rosa Agustina,.*op. cit* , hlm. 11.

2) tanggung jawab orang tua dan wali terhadap anak-anak yang belum dewasa;
3) tanggung jawab majikan dan orang yang mewakilkan urusannya terhadap orang yang dipekerjakannya;
4) tanggung jawab guru Sekolah dan kepala tukan terhadap murid dan tukangnya.

Sedangkan tanggung jawab terhadap barang dalam pengawasannya meliputi:[29]

1) tanggung jawab terhadap barang pada umumnya;
2) tanggung jawab terhadap binatang;
3) tanggung jawab pemilik terhadap gedung.

3. Pelanggaran Hak Cipta dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik

Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) memberikan perlindungan hak kekayaan intelektual terhadap karya yang berupa informasi elektronik dan atau dokumen elektronik.[30] Perlindungan atas karya tersebut masih tetap mengacu kepada peraturan perundang-undangan tentang hak kekayaan intelektual.

Dalam daftar perbuatan yang dilarang oleh UU ITE termasuk di dalamnya adalah dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum mengakses komputer dan atau sistem elektronik dengan tujuan memperoleh informasi elektronik dan atau dokumen elektronik. Pengunduhan dokumen elektronik yang dilindungi hak cipta, merupakan

---

[29] *Ibid*.

[30] Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Pasal 25 "Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang disusun menjadi karya intelektual, situs internet, dan karya intelektual yang ada di dalamnya dilindungi sebagai Hak Kekayaan Intelektual berdasarkan ketentuan Peraturan Perundang-undangan.:

perbuatan yang dilakukan untuk memperoleh dokumen tersebut. Jika pengunduhan dilakukan oleh orang yang tidak berhak, dapat dikatakan ia telah melakukan perbuatan yang dilarang oleh UU ITE.[31]

Sedangkan bagi pihak yang memproduksi, menjual, mengadakan untuk digunakan, mengimpor, mendistribusikan, menyediakan, atau memiliki perangkat keras atau perangkat lunak, sandi dan kode akses agar sistem elektronik menjadi dapat diakses dengan tujuan memfasilitasi perbuatan yang dilarang juga termasuk dalam perbuatan yang dilarang UU ITE.[32] Selain itu perbuatan-perbuatan tersebut yang mengakibatkan kerugian bagi orang lain juga dilarang.[33] Perbuatan-perbuatan yang dilarang tersebut dapat menjadi dasar dalam melakukan gugatan bersadarkan perbuatan melawan hukum.

4. Teori *Secondary Liability* untuk Menerapkan Tanggung Jawab Kepada Pihak Ketiga

Teori *secondary liability* merupakan bagian dari *law of tort* yang berbeda dengan konsep perbuatan melawan hukum yang dikenal di negara-negara *civil law*. Walaupun teori *secondary liability* bukan dari sistem hukum *civil law*, teori ini tetap diperlukan dalam pembahasan rumusan masalah. Hal ini disebabkan oleh perkara-perkara yang menyangkut penyedia jasa dan pemegang hak kekayaan intelektual atas pelanggaran yang dilakukan pengguna banyak muncul di negara *common law*. Dalam

[31] Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Pasal 30 (3).
[32] Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Pasal 34.
[33] Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Pasal 36.

menjatuhkan tanggung jawab kepada penyedia jasa, pengadilan di negara *common law* menggunakan teori *secondary liability*.

Upaya hukum yang ditempuh dalam pelanggaran hak cipta adalah gugatan terhadap pihak yang melanggar. Karena jumlah pelanggar yang menggunakan komputer sangat banyak hingga pemegang hak cipta tidak mampu menemukan dan menggugat mereka semua, pemegang hak cipta menggugat penyedia jasa yang berkaitan dengan teknologi internet.[34] Dalam kasus semacam ini, penggugat berpendapat bahwa tergugat harus bertanggung jawab atas pelanggaran orang lain, karena ia mendukung pelanggaran tersebut.[35] Pengadilan di *common law* selalu mengatakan bahwa doktrin tanggung jawab hak cipta pihak ketiga (*third party copyright liability*) atau *secondary liability* muncul dari praktek pengadilan dalam kasus *tort* (perbuatan melawan hukum).[36]

Secondary liability theory dalam Black's Law Dictionary diartikan sebagai tanggung jawab yang muncul karena ada pihak yang bertanggung jawab secara primer gagal melaksanakan kewajibannya.[37] Dalam teori ini harus ada pihak utama secara utama yang ditentukan bertanggung jawab untuk membebankan tanggung jawab sekunder kepada pihak lain. Tanggung jawab sekunder menandakan kondisi dimana seorang aktor mempunyai kekuatan untuk menimbulkan tanggung jawab

---

[34] Alfred C. Yen, "Third Party Copyright After Grokster", *Boston College Law School Faculty Papers,* Paper 133, (2006), hlm. 3.

[35] *Ibid*.

[36] *Ibid*, hlm. 6.

[37] Secondary liability is liability that does not arise unless the primarily liable party fails to honor its obligation. Bryan A. Garner, *Black Law Dictionary*, (St.Paul Minnesota: Thomson Reuters, West Publishing, 2009), hlm. 998.

kepada orang lain dalam keadaan tidak adanya dasar untuk menemukan tanggung jawab langsung (*direct liability*) pihak lain.[38]

Teori tanggung jawab sekunder merupakan ekstensi dari gagasan tanggung jawab dalam hak cipta.[39] Kebanyakan peraturan perundang-undangan tidak secara eksplisit mengatur tanggung jawab sekunder, namun ini merupakan prinsip hukum yang ditemukan oleh pengadilan di *common law* yang membebankan tanggung jawab kepada pihak ketiga.[40]

Aturan umum yang terdapat di dalam tanggung jawab sekunder adalah: seseorang dikatakan bertanggung jawab atas pelanggaran (atau tindakan yang tidak diperbolehkan lain) yang dilakukan orang lain jika:[41]

a. Perbuatan salah yang dilakukan merupakan pelanggaran yang dapat ditindaklanjuti;
b. Ada keadaan dimana tindakan hanya untuk membuat yang lain bertanggung jawab atas tindakan dari aktor

Tanggung jawab sekunder mempunyai dua wujud yaitu *vicarious liability* dan *contributory liability. Vicarious liability* tidak memerlukan pengetahuan tentang perbuatan melawan hukum, namun ia bertanggung jawab penuh karena hubungannya dengan pelaku tindakan langsung (*direct tortfeasor*).[42] *Contributory liability*, pihak-

---

[38] Thomas C. Folsom, "Toward Non-Neutral First Principles of Private Law: Designing Secondary Liability Rules for New Technological Uses," *Akron Intell. Prop. J.*, hlm.. 51.

[39] Connie Davis Powell, "The Saga Continues: Secondary Liability for Copyright Infringement Theory, Practice and Predictions", *Akron Intell. Prop. J. 189,* (2009), hlm. 190.

[40] *Ibid*.

[41] Thomas C. Folsom, *op. cit*., hlm. 52.

[42] Mark Bartholomew & John Tehranian, "The Secret Life of Legal Doctrine: The Divergent Evolution of Secondary Liability in Trademark and Copyright Law", *Berkeley Technology Law Journal,* Vol. 21.4, (2006), hlm. 1366.

pihak selain pelaku perbuatan melawan hukum dapat bertanggungjawab secara bersama-sama atau sendiri jika mereka bertindak bersama dengan atau memberikan bantuan kepada pelaku perbuatan melawan hukum langsung.[43]

a. Vicarious Liability

Vicarious liability digunakan ketika ada hubungan antara pelaku perbuatan melawan hukum dan pihak yang ikut bertanggung jawab yang membenarkan pembebanan tanggung jawab terhadap tindakan tersebut.[44] Teori *vicarious liability* biasa digunakan dalam hubungan antara majikan (*employer*) dan karyawan (*employee*). Akibatnya majikan akan bertanggung jawab kepada pihak ketiga yang biasanya tidak pernah ada interaksi langsung karena karyawan yang mereka pekerjakan telah melakukan perbuatan melawan hukum.

Untuk menentukan apakah *vicarious liability* dapat diterapkan pada kasus tertentu, pengadilan akan menanyakan tentang:[45]

1) Apakah orang yang melakukan perbuatan melawan hukum merupakan karyawan tergugat?
2) Apakah perbuatan melawan hukum yang dilakukan dalam rangkaian pekerjaan dibawah majikan? Majikan dapat dituntut pertanggung-jawabannya jika menjawab ya pada kedua pertanyaan.

Hal yang harus dibuktikan pertama adalah adanya hubungan karyawan-majikan antara pelaku perbuatan melawan hukum secara langsung dengan tergugat. Majikan

---

[43] *Ibid,* hlm. *1367*.

[44] Catherine Elliott & Frances Quinn, *Tort Law*, (London: Pearson Education, 2003), hlm. 37.

[45] *Ibid*.

hanya bertanggung jawab jika pekerjanya atau karyawannya memiliki hubungan hukum. Dengan demikian, tolok ukur untuk hubungan majikan-pekerja adalah kontrak kerja (*contract of employment*). Tolok ukur yang konsisten dengan prinsipnya ini agak sulit diterapkan pada setiap cabang hukum, karena kebijakan yang diterapkan pada setiap cabang hukum berdeba.[46] Penerapan teori ini dalam kasus pelanggaran hak cipta mensyaratkan adanya kontrol dan kepentingan finansial yang langsung jelas (*obvious and direct financial interest*) dalam sebuah pelanggaran.[47]

Dalam kasus *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.* tergugat (*H.L. Green*) digugat atas perbuatan *Jalen Amusement* Company yang merupakan pemegang izin yang mengoperasikan departemen rekaman toko yang dimiliki *Green*. *Jalen* membuat rekaman tiruan dari lagu-lagu yang hak ciptanya dimiliki penggugat dan menjual lagu-lagu tersebut di toko *Green*.[48] Dalam hal kontrol *Green* memiliki kekuatan yang cukup untuk mengontrol *Jalen* dalam hal karyawan, pembayaran, dan menangani pemasukan dari penjualan rekaman. Dalam hal kepentingan finansial, pelanggaran yang dilakukan *Jalen* secara langsung akan menambah kas *Green*.[49]

b. Contributory Liability

Teori ini berkembang khususnya di industri mikro-komputer, pasar sekunder substansial sebuah produk yang memungkinkan penggunanya untuk memperbanyak

---

[46] Vivienne Harpwood, *Modern Tort Law*, Edisi Ketujuh, (New York: Routledge-Cavendish, 2009), hlm. 354.

[47] Alfred C Yen, *op. cit.*, hlm. 14.

[48] *Ibid*, hlm. 13.

[49] *Ibid*.

atau memodifikasi program-program yang sudah ada.[50] Teknologi yang seperti itu dapat menyebabkan pelanggaran hak cipta secara langsung. Walaupun mereka tidak melanggar hak cipta secara langsung, namun dapat dibebani tanggung jawab tidak langsung atas tindakan melwan hukum pengguna produk.[51]

Contributory liability muncul ketika ada pelanggaran tidak langsung (*indirect infringement*). Masalah pelanggagaran tidak langsung tidak akan muncul jika produk sekunder bukan merupakan pelanggaran secara langsung. Dengan tidak adanya pelanggaran langsung, pertanyaan yang bersangkutan adalah dibawah keadaan yang seperti apa distributor dari produk sekunder tersebut bertanggung jawab atas pelanggaran yang dilakukan pihak ketiga yang tidak bisa dikendalikan secara langsung oleh distributor.[52] Sedangkan elemen dari contributory infringement adalah:

1) pelanggaran langsung (*direct infringement*) yang dilakukan oleh pelaku utama;
2) pengetahuan tentang pelanggaran oleh pelaku sekunder; dan
3) dorongan atau kontribusi materiil oleh pelaku sekunder kepada pelanggaran langsung. [53]

Dalam kasus Aimster yang dikenai tanggung jawab berdasarkan *contributory infringement*, pengadilan menyatakan bahwa Aimster bertanggung jawab karena ada bukti yang cukup bahwa ia memiliki pengetahuan mengenai adanya pelanggaran yang dilakukan penggunanya. Dalam kasus *Sony v. Universal Studios*, Sony digugat karena salah satu produknya yaitu Sony Betamax digunakan untuk merekam program

---

[50] Raymond T. Nimmer, *The Law of Computer Technology*, (New York: Narren. Gorham. & Lamont., 1985), hlm. I-61.
[51] *Ibid*.
[52] *Ibid*, hlm. I-62.
[53] Lynda J. Oswald, *op. cit.,* hlm. 253.

TV yang dilindungi hak cipta oleh pengguna.[54] Pengadilan memutuskan bahwa Sony tidak bertanggung jawab atas pelanggaran tersebut karena Sony hanya memiliki kuasa dalam hal penjualannya, sedangkan penjualan dari alat tersebut digunakan secara luas dan bukan untuk tujuan melakukan pelanggaran.

Kedua doktrin ini menyatakan bahwa salah satu pihak bertanggung jawab atas pelanggaran hak cipta secara langsung, dan pihak lain dapat diberi pertanggungjawaban tidak langsung. Namun, terdapat perbedaan rasional dan fungsi yang tipis antara kedua doktrin tersebut yang mana tercermin dalam elemen doktrin yang berbeda.[55]

E. Metode Penelitian

1. Fokus Penelitian

a. *File sharing* yaitu kegiatan berbagi atau menawarkan akses atau informasi atau sumber digital termasuk dokumen, multimedia (audio/video), grafik, program, gambar atau buku elektronik yang dilakukan secara publik atau pribadi dalam sebuah jaringan .

b. *File hosting* yaitu jasa yang menawarkan penyimpanan data di internet.

c. Perbuatan Melawan Hukum

d. Hak Cipta

2. Bahan Hukum

---

[54] Connie Davis Powell, *op. cit.*, hlm. 192.

[55] Sveker K. Hogberg, "The Search for Intent-Based Doctrines of Secondary Liability in Copyright Law", *Columbia Law Review* Vol. 106:909, (2006), hlm. 914.

a. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mengikat, terdiri dari:
   1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata)
   2) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.
   3) Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik
b. Bahan hukum sekunder yaitu berupa buku-buku literatur, jurnal, dan artikel yang berkaitan dengan objek penelitian. Bahan hukum sekunder dalam penelitian ini lain
   1) *Digital Millenium Copyright Act,*
   2) Putusan pengadilan Amerika Serikat: *A&M Records, Inc v. Napster, Inc United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 2001*, *Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes United States District Court for the Southern District of New York*, *RapidShare v. Atari Europe S.A.S.U*.
c. Bahan hukum tersier yaitu bahan yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus hukum dan majalah hukum.

3. Teknik Pengumpulan Data

Pengumpulan data dalam penelitian kepustakaan ini dilakukan dengan cara studi dokumen, yaitu mempelajari, mengkaji dan menelaah bahan-bahan hukum baik yang berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tertier.

4. Metode Pendekatan

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif, yaitu menganalisis permasalahan dari sudut pandang peraturan perundang-undangan yang berlaku

5. Analisis Bahan Hukum

Metode analisis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah deskriptif dan dianalisis secara kualitatif dengan langkah-langkah sebagai berikut:

a. data yang diperoleh diklasifikasikan sesuai dengan permasalahan dalam penelitian.
b. hasil Kualifikasi selanjutnya disistemasikan.
c. data yang telah disistematisasikan kemudian dianalisis untuk dijadikan dasar dalam mengambil kesimpulan.

F. Sistimatika Penulisan

Bab I sebagai pendahuluan menguraikan latar belakang masalah yang menjadi alasan pokok dilaksanakannya penelitian ini. Bab I menguraikan rumusan masalah, tujuan penelitian, tinjauan pustaka, metode pendekatan serta kerangka pemikiran.

Bab II mengkaji tentang mekanisme file hosting serta teori-teori tanggung jawab pihak ketiga di dalam perbuatan melawan hukum dan *tort*.

Bab III akan menjawab rumusan masalah yaitu sebab-sebab mengapa penyedia jasa *file hosting* seharusnya dibebani tanggung jawab atas pelanggaran yang dilakukan pengguna dan tolok ukur untuk membebankan tanggung jawab kepada penyedia jasa file hosting terhadap pelanggaran hak cipta yang dilakukan

penggunanya berdasarkan teori-teori yang dikemukakan sebelumnya yang kemudian ditentukan tolok ukur untuk membebani tanggung jawab.

Bab IV adalah bab penutup dari penelitian yang dilakukan. Bab ini memuat kesimpulan dari permasalahan yang diteliti serta Rekomendasi yang perlu untuk mendukung kesimpulan atas permasalahan yang diteliti.

BAB I 1

PENDAHULUAN 1

A. Latar Belakang Masalah 1

B. Rumusan Masalah 10

C. Tujuan Penelitian 10

D. Tinjauan Pustaka 10

1. Gugatan Perdata dalam Sengketa Hak Cipta Menurut UU No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta 10

2. Perbuatan Melawan Hukum dalam Gugatan Pelanggaran Hak Cipta 12

3. Pelanggaran Hak Cipta dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik 15

4. Teori *Secondary Liability* untuk Menerapkan Tanggung Jawab Kepada Pihak Ketiga 16

E. Metode Penelitian 22

1. Fokus Penelitian 22

2. Bahan Hukum 22

3. Teknik Pengumpulan Data 23

4. Metode Pendekatan 23

5. Analisis Bahan Hukum 24

F. Sistimatika Penulisan 24

BAB II

TINJAUAN UMUM SISTEM *FILE HOSTING* DAN PERBUATAN MELAWAN HUKUM

A. Tinjauan Umum Mengenai *File Hosting*

1. Pengertian dan Jenis-Jenis Layanan *File Hosting*

Jasa *file hosting* adalah layanan yang didesain untuk mengelola data pengguna. Kata *hosting* mengindikasikan bahwa data pengguna disimpan dalam *back end* untuk internet dan layanan-layanan terkait lainnya.[56] Data[57] yang disimpan dapat dimiliki oleh satu atau lebih pengguna yang nantinya dapat diakses atau didapatkan lagi melalui FTP atau HTTP.[58] Jasa *file hosting* juga dikenal sebagai *online file storage*.

Layanan *file hosting* dapat dibagi menjadi beberapa sub-layanan, sebagai berikut:[59]

a. *Software File Hosting*: Beberapa pembuat piranti lunak gratis menggunakan layanan ini supaya program mereka bisa digunakan. Pengguna harus menginstal program tertentu untuk bisa menggunakan layanan ini.
b. *Personal File Storage*: Layanan ini dibuat untuk menyimpan data pribadi dan berfungsi sebagai *back up* data yang disimpan dalam *hard drive* komputer. Layanan ini bekerja seperti penyimpanan yang menggunakan sistem jaringan.

---

[56] http://www.techopedia.com/definition/25310/file-hosting-service, "File Hosting Service", Akses 12 Oktober 2012.
[57] Data dapat berupa dokumen, video, gambar, suara/audio, atau program.
[58] *Ibid*.
[59] *Ibid*.

Data yang disimpan dapat dilindungi *password* sehingga hanya dapat diakses oleh orang-orang tertentu. Data yang disimpan dapat diakses melalui HTTP atau FTP.

c. *One-Click Hosting*: Layanan ini memungkinkan pengguna mengunggah data yang ingin disimpan melalui laman web biasa tanpa harus menginstal program tertentu. Untuk setiap *file* yang diunggah pengguna, penyedia jasa menyediakan URL tersendiri. Layanan ini kerap disalahgunakan oleh penggunanya untuk aktivitas *file sharing*. URL yang didapatkan setelah mengunggah *file* disebarkan kepada orang lain melalui email, situs yang menyediakan indeks secara publik, *blog*, atau laman *web* pribadi, sehingga banyak orang yang dapat mengakses *file* tersebut.[60] Beberapa penyedia jasa *One-Click Hosting* yang terkenal adalah RapidShare, MegaUpload, FileFactory, Hotfile, dan Mediafire.

2. Komputasi Awan (*Cloud Computing*) Sebagai Sistem Dasar *File Hosting*

Komputasi awan adalah istilah yang digunakan untuk menggambarkan infrasutruktur teknologi global dimana pengguna komputer mengakses dan menggunakan program dan data yang terletak di luar komputer atau perangkat digital pengguna.[61] Hal yang menjadi kunci dari komputasi awan adalah pengguna sadar

[60] Demestris Antoniades *et.al.*, One Click Hosting Services: A File Sharing Hideout, *IMC'09*, (November 4-6, 2009).

[61] Daniel J. Gervais & Daniel J. Hynman, Cloud Control: Copyright, Global Memes, and Privacy, *10J. Telecomm. & High Tech. L. 53*, 2012, hlm. 56.

dimana lokasi fisik dan lingkungan konfigurasi "awan".[62] Komputasi awan adalah sistem yang memungkinkan akses jaringan yang praktis untuk berbagi sumber komputasi (jaringan, *server*, penyimpanan, aplikasi, dan layanan) yang dapat dikonfigurasi dan dimunculkan dengan usaha dan interasksi penyedia jasa yang minim.[63]

Komputasi awan mendukung ketersediaan dan terdiri dari lima karakteristik esensial, tiga model layanan, dan empat model penyebaran, yaitu:[64]

a. Karakteristik Esensial

1) *On-demand self-service*. Seorang pengguna dapat secara sepihak mengatur kemampuan komputasi seperti waktu *server* dan jaringan penyimpanan yang diinginkan tanpa memerlukan interaksi langsung dengan penyedia jasa.

2) *Broad network access*. Kemampuan tersedia di jaringan serta diakses melalui mekanisme standar yang mendukung *thin or thick client platform* (misalnya telepon genggam, laptop, dan PDA).

3) *Resource pooling*. Sumber komputasi penyedia jasa dikumpulkan untuk melayani beberapa pengguna menggunakan model *multi-tenant* dengan beragam sumber fisik dan virtual yang ditempatkan dan dipindahkan secara dinamis menurut petrmintaan pengguna.

---

[62] Jonathan Parri, "Introduction to Cloud Computing," dalam http://www.site.uottawa.ca/~mbolic/ceg4131/jparri_Directed_Study_2011.pdf, Akses 10 Oktober 2011.

[63] Peter Mell & Tim Grance, "The NIST Definition of Cloud Computing," dalam http://www.nist.gov/itl/cloud/upload/cloud-dev-v15.pdf, , Akses 10 Oktober 2012.

[64] *Ibid*.

4) *Rapid elasticity*. Kemampuan dapat diatur secara cepat dan elastis bahkan otomatis to quickly scale out and rapidly released to quickly scale in. Bagi pengguna, kemampuan untuk mengatur tersedia dan sering terlihat tak terbatas serta dapat dibeli dalam berbagai kuantitas dan kesempatan.
5) *Measured Service*. Sistem komputasi awan mengatur secara otomatis dan mengoptimalkan sumber dengan memanfaatkan kemampuan mengukur dalam beberapa tingkat pemindahan yang tepat untuk suatu macam layanan tertentu (misalnya penyimpanan, pemrosesan, *bandwith*, dan akun pengguna aktif). Penggunaan sumber dapat diawasi, dikontrol, dan dilaporkan untuk Transparansi bagi penyedia jasa dan pengguna layanan.

b. Model Layanan

1) *Cloud Software as a Service (SaaS)*. Model ini memungkinkan pengguna untuk menggunakan aplikasi penyedia jasa yang bekerja dalam sebuah infrastruktur "cloud". Aplikasi tersebut dapat diakses dari bermacam-macam *client devices* melalui *thin client interface* seperti penjelajah web (*web browser*).
2) *Cloud Platform as a Service*. Model ini menyediakan modul-modul siap pakai dan dapat digunakan untuk mengembangkan sebuah aplikasi yang hanya bisa berjalan di atas platform tersebut.
3) *Cloud Infrastructure as a Service (IaaS*). Model ini "menyewakan sumberdaya teknologi informasi dasar, yang meliputi media penyimpanan, *processing power*, *memory*, sistem operasi, kapasitas jaringan, dan lain-lain.

Penyewa tidak perlu tahu dengan mesin apa dan bagaimana caranya penyedia layanan menyediakan layanan.

c. Model Penyebaran

1) *Private cloud*. Infrastruktur ini dioperasikan semata-mata untuk sebuah organisasi. Pengoperasian dapat diatur oleh organisasi tersebut sendiri atau pihak keiga.
2) *Community Cloud*. Infrastruktur digunakan bersama-sama oleh beberapa organisasi dan mendukung sebuah komunitas spesifik yang mempunyai perhatian yang sama.
3) *Public Cloud*. Infrastruktur ini dibuat untuk dapat diakses publik secara general atau sebuah kelompok industri dan dimiliki oleh organisasi yang menjual layanan cloud.
4) *Hybrid cloud*. Infrastruktur ini merupakan sebuah komposisi antara dua atau lebih cloud (pribadi, komunitas, maupun publik) yang tetap menjadi dirinya sendiri namun terikat satu sama lain oleh teknologi yang terstandar atau *proprietary* yang memungkinkan portabilitas data dan aplikasi.

Bentuk aplikasi yang berbasis *cloud* ada bermacam-macam antara lain:[65]

1) *processing cloud*. yang menawarkan kekuatan komputasi untuk bermacam-macam aplikasi mulai dari pemrosesan data sampai mengurus layanan web dari pusat data lokal.

[65] Jonathan Parri, *loc.cit*.

2) *Storage cloud*. adalah layanan yang menyediakan tempat penyimpanan data. Layanan ini merupakan penyimpanan maya yang didistribusikan yang disediakan oleh perusahaan komputasi awan.[66]

3) *Groupware clouds*. yang merupakan layanan *cloud* yang mendukung aplikasi *desktop office*, kolaborasi, dan manajemen proyek.

4) *Anti-Spam Clouds*. Layanan ini digunakan untuk memenuhi keputuhan menyaring *spam* yang dapat ditentukan skalanya dan dapat beradaptasi pada bermacam-macam syarat untuk *scan*.

Seperti yang telah dibahas sebelumnya *cloud storage* menyediakan layanan penyimpanan data untuk pengguna. Yang terjadi dalam sistem *cloud storage* adalah penyimpanan data ke dalam sistem penyimpanan *off-site* yang dikelola oleh pihak ketiga. Sehingga data tidak disimpan di *hard drive* komputer pribadi atau *local storage device* lainnya, namun disimpan di database jarak jauh (*remote database*).[67] *File hosting* merupakan salah satu bentuk layanan *cloud storage* yang berbasis *cloud computing*.

Layanan tersebut menawarkan efisiensi dan kemudahan bagi pengguna, karena pengguna tidak harus memiliki *hard drive* berkapasitas besar yang memerlukan banyak biaya atau *external storage* lainnya yang mempunyai risiko hilang atau rusak. Untuk dapat menggunakan layanan ini, pengguna tidak harus membayar karena

---

[66] Abas Amini, *Secure Storage in Cloud Computing*, Technical University of Denmark Informatics and Mathematical Modelling, Master Thesis, hlm. 19

[67] Jiyi Wu *et.al.*, Cloud Storage as the Infrastructure of Cloud Computing, 2010 International Conference on Intellegent Computing and Cognitive Informatics, Hangzou.

banyak perusahaan yang menyediakan jasa *cloud storage* atau *file hosting* secara cuma-cuma. Penyedia jasa juga menawarkan layanan berbayar dengan beberapa keunggulan yaitu ruangan penyimpanan data yang lebih besar, kecepatan mengunggah dan mengunduh data yang lebih cepat, dan pilihan pengaturan aplikasi yang tidak dimiliki oleh pengguna biasa.

B. Tinjauan Umum Perbuatan Melawan Hukum

1. Pengertian Perbuatan Melawan Hukum

Pengertian perbuatan melawan hukum tidak ditemukan dalam Pasal 1365 atau pasal lain dalam KUH Perdata dimana perbuatan melawan hukum diatur. Istilah perbuatan melawan hukum di Indonesia merupakan terjemahan dari istilah Belanda yaitu *onrechmatige daad*. Dalam istilah "melawan" melekat sifat aktif dan pasif, sifat aktif dapat dilihat apabila dengan sengaja melakukan sesuatu perbuatan yang menimbulkan kerugian pada orang lain, sifat pasif berarti sengaja diam saja atau dengan sikap pasif sehingga menimbulkan kerugian pada orang lain.[68]

Istilah "melawan hukum" (*onrechtmatig*) sebelum tahun 1919 diartikan secara sempit, yaitu tiap perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain yang timbul karena Undang-Undang atau tiap perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri yang timbul karena undang-undang. [69] Namun, kesadaran masyarakat sejak pada akhir abad ke-19 sudah menghendaki perumusan luas. Pada tahun 1919 *Hoge Raad* mulai menafsirkan perbuatan melawan hukum secara luas

[68] M.A Moegni Djojodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982), hlm. 13.

[69] *Ibid*, hlm. 21.

ditandai dengan *Arrest* tanggal 31 Januari 1919 dalam perkara Lindenbaum melawan Cohen dimana perbuatan melawan hukum diartikan sebagai berbuat atau tidak berbuat yang bertentangan dengan atau melanggar hak subjektif orang lain, kewajiban hukum pelaku, kaedeah kesusilaan, atau kepatutan dalam masyarakat.[70]

Pengertian perbuatan melawan hukum secara luas disimpulkan oleh M. A. Moegni Djojodirdjo sebagai perbuatan atau kealpaan, yang atau bertentangan dengan hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku sendiri atau bertentangan baik dengan kesusilaan, maupun dengan sikap hati-hati yang harus diindahkan dalam pergaulan hidup terhadap orang lain atau benda.[71]

Istilah perbuatan melawan hukum juga terdapat dalam hukum pidana, namun terdapat perbedaan diantara keduanya. Suatu tindakan pidana merupakan perbuatan melawan hukum dalam perdata, namun lapangan *onrechtmatigedaad* lebih luas karena tindak pidana merupakan perbuatan melawan hukum tetapi tidak semua perbuatan melawan hukum merupakan tindak pidana.[72] Perbedaan yang utama adalah bahwa hukum pidana secara langsung mengenai tertib umum, sedangkan ketentuan dari perbuatan melawan hukum bertujuan untuk melindungi kepentingan individu.[73] Selain itu hukum pidana ditujukan pada pemidanaan si pelaku, sedangkan perbuatan melawan hukum bertujuan memberikan ganti kerugian pada penderita.[74]

2. Unsur-Unsur Perbuatan Melawan Hukum

---

[70] Setiawan, *Empat Kriteria Perbuatan Melawan Hukum dan Perkembangan dalam Yurisprudensi*, Dikutip dari Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, Cetakan Pertama (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hlm. 38.

[71] M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 57-58.

[72] *Ibid.*, hlm. 31.

[73] *Ibid*.

[74] *Ibid*.

Perbuatan melawan hukum diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata yang menyatakan bahwa:

> "Setiap perbuatan melawan hukum yang oleh karenanya menimbulkan kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahannya menyebabkan kerugian itu mengganti kerugian."

Dalam tuntutan ganti kerugian berdasarkan perbuatan melawan hukum terdapat beberapa unsur yang harus dipenuhi, yaitu:[75]

a. Perbuatan

Istilah *daad* (perbuatan) dalam Pasal 1365 KUH Perdata memiliki segi positif dan negatif. Segi positif dari *daad* bermakna berbuat sesuatu sedangkan segi negatifnya bermakna tidak berbuat sesuatu.[76] Seseorang dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum jika ia melakukan perbuatan yang melanggar hukum. Ia juga dapat dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hukum ketika ia mengabaikan kewajiban hukumnya dengan tidak berbuat sesuatu.

Makna tidak berbuat yang terkandung dalam *daad* pada awalnya tidak sama dengan makna kelalaian. Ketentuan mengenai kelalaian diatur dalam Pasal 1366 KUH Perdata yang berbunyi:

> "Setiap orang bertanggungjawab, tidak saja untuk kerugian yang disebabkan karena perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan karena kelalaian atau kurang hati-hatinya"

Keduanya diatur dalam pasal yang berbeda sehingga kelalaian terpisah dari perbuatan yang diatur dalam Pasal 1365 dan mendapat tempat tersendiri. Namun

---

[75] Mariam Darus Badrulzaman, hlm 146-147.
[76] M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 27.

setelah Pasal 1365 ditafsirkan secara luas yaitu dapat bermakna positif dan negatif, kelalaianpun dapat dituntut dengan Pasal 1365.[77]

b. Perbuatan Harus Melawan Hukum

Sebelum tahun 1919 *Hoge Raad* menafsirkan perbuatan melawan hukum secara sempit yaitu berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku yang telah diatur oleh undang-undang.[78] Ajaran sempit ini bertentangan dengan doktrin yang dikemukakan oleh para sarjana pada waktu itu, antara lain Molengraff yang menyatakan bahwa perbuatan melawan hukum tidak hanya melanggar undang-undang, tetapi juga melanggar kaidah kesusilaan dan kepatutan.[79]

Sejak *Arrest* 1919 pengadilan menafsirkan perbuatan melawan hukum secara luas. Penafsiran luas mendapat kritik dari penganut penafsiran sempit karena dapat menimbulkan ketidakpastian hukum. Penafsiran luas ditakutkan dapat membuat tindakan yang sebenarnya tidak melawan hukum menjadi perbuatan melawan hukum. Dari permasalahan tersebut terlihat kebutuhan untuk merumuskan peraturan perundang-undangan yang terperinci. Membuat peraturan yang sangat terinci merupakan hal yang tidak mungkin, sehingga hakimlah yang nantinya berperan dalam mengambil keputusan.[80]

---

[77] *Ibid.*, hlm. 27-30.

[78] M. A. Moegni Djojodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Dikutip dari Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, Cetakan Pertama (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hlm. 37.

[79] Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 37.

[80] Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 38.

Perbuatan melawan hukum dalam arti luas adalah: [81]

1) Melanggar hak subjektif orang lain

Melanggar wewenang khusus yang diberikan oleh hukum kepada seseorang. Hak subjektif dapat dibagi dua, yaitu:

a) Hak-hak perorangan seperti kebebasan, kehormatan, nama baik;

b) Hak atas harta kekayaan, hak kebendaan dan hak mutlak lainnya.\

2) Bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku

Kewajiban hukum diartikan sebagai kewajiban yang berdasarkan hukum, baik tertulis maupun tidak tertulis.

3) Bertentangan dengan kaidah kesusilaan

Bertentangan dengan nilai-nilai moral, sepanjang dalam kehidupan masyarakat diakui sebagai norma hukum. Moral hanya menunjukkan norma-normanya kepada manusia sebagai mahluk. Sedangkan susila mengajarkan manusia supaya menjadi anggota masyarakat yang baik.

4) Bertentangan dengan kepatutan

Bertentangan dengan kepatutan yang berlaku dalam lalu lintas masyarakat. Dalam hal ini harus dipertimbangkan kepentingan sendiri dan kepentingan orang lain dan mengikuti apa yang menurut masyarakat patut dan layak. Yang termasuk dalam kategori bertentangan dengan kepatutan adalah:

a) Perbuatan yang merugikan orang lain tanpa kepentingan yang layak;

b) Perbuatan yang tidak berguna yang menimbulkan bahaya bagi orang lain, yang berdasarkan pemikiran yang normal perlu diperhatikan.[82]

[81] *Ibid.*, hlm. 38-39.

c. Kerugian

Pasal 1365 KUH Perdata menentukan kewajiban pelaku perbuatan melawan hukum untuk membayar ganti kerugian. Berbeda dengan ganti kerugian di dalam wanprestasi yang diatur secara jelas dalam Pasal 1243 KUH Perdata, ganti kerugian karena perbuatan melawan hukum tidak diatur secara jelas dalam undang-undang. Namun penggantian kerugian akibat wanprestasi dapat diterapkan ke dalam perbuatan melawan hukum.[83]

Kerugian yang timbul dari perbuatan melawan hukum meliputi kerugian harta kekayaan atau material dan ideal atau immaterial. [84] Kerugian material (*vermogenschade*) pada umumnya mencakup kerugian yang diderita penderita dan keuntungan yang diharapkan.[85] Sedangkan kerugian ideal meliputi ketakutan, terkejut, sakit dan kehilangan kesenangan hidup.[86]

Atas kerugian-kerugian yang diderita tersebut gugatan dapat berupa:[87]

1) Uang;
2) Pemulihan ke keadaan semula;
3) Larangan untuk mengulangi perbuatan itu kembali;
4) Putusan hakim bahwa perbuatannya bersifat melawan hukum.

Sedangkan bentuk tindakan yang dapat digugat adalah:[88]

---

[82] R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Dikutip dari Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 41.

[83] Pitlo, *Verbintenissenrecht*, Dikutip oleh M.A Moegni Djojodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982), hlm. 73.

[84] Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan*, (Bandung: Mandar Maju, 1994), hlm. 84.

[85] M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 77.

[86] *Ibid*., hlm. 76.

[87] Purwahid Patrik, *op. cit.*, hlm. 84.

1) Pengrusakan barang (menimbulkan kerugian material)
2) Gangguan (*hinder*, menimbulkan kerugian immaterial yaitu mengurangi kenikmatan atas sesuatu)
3) Menyalahgunakan hak (orang menggunakan barang miliknya sendiri tanpa kepentingan yang patut, tujuannya untuk merugikan orang lain).

d. Hubungan Sebab-Akibat antara Perbuatan dan Kerugian

Ajaran kausalitas merupakan ajaran yang penting baik dalam hukum pidana dan perdata. Dalam hukum pidana ajaran kausalitas digunakan untuk menentukan siapa yang dapat dipertanggungjawabkan terhadap timbulnya suatu akibat. Sedangkan dalam hukum perdata ajaran kausalitas digunakan untuk menemukan hubungan kausal antara perbuatan melawan hukum dan kerugian yang ditimbulkan untuk membebankan tanggung jawab kepada pelaku.[89]

Dalam menentukan adanya hubungan kausal terdapat beberapa teori yang dapat digunakan. Seiring perkembangan jaman, ditemukan kelemahan-kelemahan sebuah teori yang kemudian melahirkan dan menggantikan teori tersebut. Teori yang pertama adalah teori *condition sine qua non* yang dikemukakan oleh Von Buri. Menurut teori ini untuk menentukan sesuatu harus dianggap sebagai sebab dari suatu akibat yang menurut Von Buri tiap masalah yang merupakan syarat[90] untuk timbulnya suatu

---

[88] *Ibid*, hlm. 85.
[89] M. A. Moegni Djojodirjo, *op. cit.*, hal 83.
[90] Syarat yang dimaksud Von Buri adalah sesuatu perbuatan atau masalah adalah syarat daripada suatu akibat, apabila perbuatan masalah itu tidak dapat ditiadakan, hingga akibatnya tidak akan timbul.

akibat, adalah menjadi sebab dari akibat. Dari rumusan yang dikemukakan beberapa ahli, dapat ditarik kesimpulan mengenai ajaran *condition sine qua non*:[91]

1) Tiap-tiap perbuatan atau masalah, yang merupakan syarat dari suatu akibat yang terjadi harus dianggap sebagai sebab dari akibat.
2) Syarat dari akibat adalah bila perbuatan atau masalah itu tidak dapat ditiadakan, sehingga tidak akan timbul suatu akibat.

Karena terlalu luas, ajaran ini tidak digunakan lagi baik di pidana maupun perdata.

Kemudian muncul teori *adequate* yang dikemukakan oleh Von Kries. Menurut teori ini perbuatan harus dianggap sebagai sebab dari akibat yang timbul adalah perbuatan yang seimbang dengan akibat, sedangkan dalam menentukan perbuatan yang seimbang adalah perhitungan yang layak.[92] Keunggulan teori ini adalah dapat dipandang secara nyata maupun normatif. *Hoge Raad* menggunakan teori ini dalam beberapa *arrest* mulai tahun 1927.

Pada tahun 1960 timbul ketidakpuasan terhadap teori *adequate* yang dikemukakan oleh Koster. Dalam ketidakpuasannya, Koster melahirkan sebuah teori baru yaitu sistem "dapat dipertanggungjawabkan secara layak" (*Toerekening naaqr redelijkheid*) yang faktor-faktornya adalah sebagai berikut:[93]

1) Sifat kejadian yang menjadi dasar tanggung jawab;
2) Sifat kerugian;

---

[91] *Ibid*.
[92] Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 67.
[93] *Ibid.*, hlm. 69.

3) Tingkat kemungkinan timbulnya kerugian yang dapat diduga;
4) Beban yang seimbang bagi pihak yang dibebani kewajiban untuk membayar ganti kerugian dengan memperhatikan kedudukan finansial pihak yang dirugikan.

e. Kesalahan (*schud*)

Menurut J. Satrio kesalahan dalam Pasal 1365 KUH Perdata adalah sesuatu yang tercela, yang dapat dipersalahkan, yang berkaitan dengan perilaku dan akibat perilaku si pelaku, yaitu kerugian, perilaku dan kerugian mana dapat dipersalahkan dan karenanya dapat dipertanggungjawabkan. Unsur kesalahan dalam Pasal 1365 adalah unsur yang harus ada dalam kaitannya dengan tuntutan ganti rugi, bukan dalam rangka untuk menetapkan adanya tindakan melawan hukum.[94]

Dengan mensyaratkan adanya kesalahan dalam Pasal 1365 KUH Perdata, pembuat undang-undang hendak menekankan bahwa pelaku perbuatan melawan hukum hanya bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkannya bilamana perbuatan yang menimbulkan kerugian tersebut dapat dipersalahkan padanya. Istilah *schuld* (kesalahan) dalam arti sempit hanya mencakup kesengajaan, sementara dalam arti luas *schuld* mencakup kesengajaan dan kealpaan. [95]

Selain unsur kesalahan, dalam perbuatan melawan hukum, sifat melawan hukum dari suatu perbuatan merupakan salah satu unsur dari perbuatan melawan hukum. Walaupun unsur sifat melawan hukum terkesan telah mencakup kesalahan, namun

[94] J. Satrio, *Hukum Perikatan: Perikatan Yang Lahir Dari Undang-Undang*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 221.
[95] M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 65.

keduanya merupakan unsur yang berbeda dan berdiri sendiri. Sifat melawan hukum harus dimiliki oleh "perilakunya", di samping itu masih disyaratkan adanya unsur "salah" dalam arti bisa dipertanggungjawabkan kepada si pelaku untuk dapat menuntut ganti rugi.[96]

Vollmar mempersoalkan apakah syarat kesalahan harus diartikan dalam arti subjektifnya (abstrak) atau arti objektifnya (konkrit). Kesalahan dalam arti subjektifnya, maka mengenai seorang pelaku pada umumnya dapat diteliti, apakah perbuatan-perbuatannya dapat dipersalahkan padanya, apakah keadaan jiwanya adalah sedemikian rupa sehingga ia dapat menyadari maksud dan arti perbuatannya. Kesalahan dalam arti objektifnya bermakna bilamana pelaku seharusnya melakukan perbuatan secara lain dari yang telah dilakukannya.[97]

Pembuat undang-undang menerapkan istilah *schuld* dalam beberapa arti, yaitu:[98]

1) Pertanggungjawaban si pelaku atas perbuatan dan atas kerugian yang ditimbulkan karena perbuatan tersebut.
2) Kealpaan, sebagai lawan kesengajaan.
3) Sifat melawan hukum.

3. Unsur Pembenar yang Menghapus Sifat Melawan Hukum

Jika seseorang melakukan perbuatan melawan hukum dan karena salahnya menimbulkan kerugian pada orang lain, maka pelaku wajib mengganti kerugian.

[96] J. Satrio, *op. cit.*, hlm. 229-231.
[97] M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm 66-67.
[98] Rutten, Verbintenissenrecht, Dikutip oleh M.A Moegni Djojodirdjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1982), hlm. 67.

Ternyata sifat melawan hukum dapat terhapus dengan adanya unsur pembenar (*rechtsvaardigingsgrond*). Masalah-masalah khusus yang meniadakan sifat melawan hukum yang disebut dasar-dasar pembenar, selalu mengandung sifat eksepsional dan hanya sebagai pengecualian membenarkan penyimpangan terhadap norma umum yang melarang perbuatan bersangkutan.[99]

Dasar-dasar pembenar dapat dibagi menjadi dua golongan utama, yaitu dasar pembenar yang berasal dari undang-undang dan yang tidak berasal dari undang-undang. Dasar-dasar pembenar yang berasal dari undang-undang antara lain:[100]

a. Keadaan memaksa (*overmacht*)

Keadaan memaksa adalah tekanan dari luar yang tidak tertahankan dan tidak hanya jika ada keadaan yang tidak memungkinkan untuk melawannya (*overmacht* absolut), tetapi juga dalam keadaan dimana orang yang bersangkutan sudah mengusahakan sampai batas dimana ia tidak perlu melawan lebih lanjut (*overmacht* subjektif). Dalam keadaan memaksa orang dihadapkan kepada dua kepentingan yang saling berlawanan, sehingga terpaksa harus memilih salah satu, yaitu menyelamatkan kepentingan sendiri namun terpaksa melanggar hak orang lain dengan melakukan perbuatan melawan hukum.[101]

Pengertian *overmacht* dalam perbuatan melawan hukum biasanya dihubungkan dengan ketentuan hukum pidana dalam Pasal 48 KUH Pidana yang menentukan bahwa seseorang tidak dihukum bila melakukan perbuatan pidana karena terdesak

[99] *Ibid.*, hlm. 58.
[100] *Ibid.*
[101] J. Satrio, *op. cit.*, hlm. 247.

keadaan memaksa. Dalam Pasal 1245 KUH Perdata ditentukan bahwa orang yang berhutang tidak diharuskan membayar ganti kerugian bila karena keadaan memaksa terhalang untuk melakukan sesuatu yang diharuskan atau melakukan hal yang dilarang karena *overmacht*.[102]

b. Pembelaan Terpaksa (*noodweer*)

Sebagaimana ditentukan dalam Pasal 49 KUH Pidana maka barang siapa melakukan perbuatan yang terpaksa dilakukannya untuk membela kehormatan dirinya atau orang lain, untuk membela harta benda miliknya sendiri atau orang lain terhadap serangan dengan sengaja yang datangnya dengan tiba-tiba. Keadaan darurat dan pembelaan terpaksa harus dipisahkan, karena dalam pembelaan terpaksa serangan dengan sengaja yang tidak dapat dielakkan lagi itu terjadi karena perbuatan yang melawan hukum dari orang lain.[103]

c. Peraturan Undang-Undang

Peraturan undang-undang adalah tiap peraturan yang dikeluarkan oleh suatu kekuasaan yang oleh Undang-Undang Dasar atau undang-undang diberikan wewenang untuk membuat peraturan dan yang dibuat berdasarkan kewenangan tersebut. Contoh tindakan melaksanakan peraturan undang-undang adalah penahanan yang dilakukan polisi dan penjatuhan putusan menghukum terdakwa yang dilakukan hakim.[104]

d. Perintah Jabatan

---

[102] M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 60.
[103] *Ibid.*, hlm. 62.
[104] *Ibid.*, hlm. 63.

Pasal 51 KUH Pidana memuat ketentuan bahwa tidaklah dapat dihukum barang siapa yang melakukan perbuatan untuk melaksanakan suatu perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang untuk itu. Hal ini hanya berlaku sebagai dasar pembenar bagi orang yang telah melaksanakan perintah tersebut. Namun, peniadaan hukuman hanya berlaku jika terpenuhi dua syarat, yaitu:[105]

1) Bilamana perintah tersebut oleh bawahan secara iktikad baik dianggap sebagai diberikan secara sah, dan
2) Pelaksanaannya adalah termasuk lingkungan kewajiban pegawai bawahan tersebut.

C. TINJAUAN UMUM *TORT*

1. Pengertian *Tort*

Sengketa mengenai dengan tanggung jawab penyedia jasa atas pelanggaran yang dilakukan pengguna banyak terjadi di negara *common law*. Sengketa-sengketa tersebut diselesaikan menggunakan teori *secondary liability* yang berakar dari hukum *Tort*. Walaupun *tort* pada dasarnya adalah cabang hukum yang mengatur tentang perbuatan melawan hukum di sistem hukum *common law*, *tort* memiliki karakteristik yang berbeda dengan perbuatan melawan hukum.

Istilah *tort* berasal dari istilah Latin *tortus* yang artinya "*twisted*". *Tort* secara harfiah berarti salah. Dalam Bahasa Inggris *tort* memiliki arti hukum yang lebih teknis, yaitu salah secara hukum dimana hukum menyediakan ganti rugi.[106] Dalam *tort* terdapat dua landasan yang mendasari semua jenis *tort*, yaitu kesalahan (*wrong*)

[105] *Ibid.*, hlm. 65.
[106] *A legal wrong for which the law provides a remedy*. Vivienne Harpwood, *op. cit.*, hlm. 1.

dan ganti rugi (*compensation*). *Tort* membuat beberapa tindakan menjadi salah karena mengakibatkan kerugian bagi orang lain.[107]

Tujuan *tort* secara umum adalah menyediakan ganti rugi (*remedies*) terhadap pelanggaran atas kepentingan yang dilindungi. Kepentingan yang dimaksud disini adalah kepentingan yang dimaknai masyarakat sebagai keselamatan individu, perlindungan terhadap harta benda dan kepentingan yang tidak terlihat seperti *privacy*, hubungan keluarga, reputasi dan kehormatan. Jika kepentingan-kepentingan yang dilindungi tersebut dilanggar hukum *tort* menyediakan ganti rugi.[108]

2. Perbandingan *Tort* dengan Perbuatan Melawan Hukum

Perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUH Perdata merupakan warisan dari hukum Belanda. Seperti halnya Perancis, Italia, Jerman dan negara penganut *civil law system* lainnya, pengaturan mengenai perbuatan melawan hukum menganut konsep yang ada di *civil law*. Perbuatan melawan hukum di *civil law* diartikan sebagai perbuatan atau kealpaan, yang atau bertentangan dengan hak orang lain, atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku atau bertentangan baik dengan kesusilaan, maupun dengan keharusan yang harus diindahkan dalam pergaulan hidup terhadap orang lain atau benda, sedang barang siapa karena salahnya sebagai akibat perbuatannya itu telah mendatangkan kerugian pada orang lain, berkewajiban membayar ganti kerugian.[109]

---

[107] Roger LeRoy Miller & Gaylord A. Jentz, *Business Law Today*, (USA: Thomson Learning, 2003), hlm. 112.

[108] *Ibid.*

[109] Van Gerven & J. C. M. Leitjen, *Theorie en Praktijk van de Rechtsvinding*, Dikutip oleh Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 72.

Perbuatan melawan hukum di negara *civil law* diatur secara tegas dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Civil Code*) masing-masing negara. Dalam BW Baru Belanda, Perbuatan Melawan Hukum diatur dalam Buku 6 Titel 3 Pasal 162 hingga Pasal 197 yang berjudul *Onrechmatigedaad*. Perancis mengatur perbuatan melawan hukum dalam *Code Civil* Titel IV, *chapter* II dengan judul *Delicts and Quasi Delicts* (*Torts*) artikel 1382 hingga 1386.[110]

Konsep *Tort* dianut oleh negara yang menggunakan *common law system*. Tidak seperti perbuatan melawan hukum dalam *civil law* yang mengatur secara tegas di dalam KUH Perdata, *Law of Tort* tumbuh dan berkembang bersumber dari putusan-putusan hakim yang wajib dan selalu diikuti oleh para hakim berikutnya sehingga membentuk suatu kaidah yang tidak terkodifikasi secara khusus.[111]

Law of Tort memberikan perlindungan hukum bagi kepentingan seperti keamanan, harta benda, kepentingan ekonomi, dan kepentingan yang tak terlihat. Bentuk perlindungannya adalah dengan memberikan ganti rugi terhadap kepentingan yang dilanggar. Untuk mengajukan gugatan berdasarkan *tort law*, harus ada perbuatan aktif atau pasif yang dilakukan oleh tergugat, dan perbuatan tersebut mengakibatkan kerugian terhadap kepentingan tergugat yang dilindungi oleh hukum. Kerugian yang timbul disebabkan oleh kesalahan tergugat dan adanya kesalahan merupakan sesuatu yang harus dipertanggung-jawabkan secara hukum.[112]

Pengaturan mengenai *Tort* merupakan cabang hukum yang berdiri sendiri terpisah dari pengaturan mengenai perjanjian maupun hukum pidana. Di dalam *law of*

[110] Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 73.
[111] *Ibid.*, hlm. 76.
[112] *Ibid.*, hlm. 77.

tort, tindakan-tindakan yang merugikan orang lain telah dibuat beberapa klasifikasi seperti kelalaian (*negligence*), gangguan (*nuisance*), *trespass*, pencemaran nama baik (*defamation*), dan lain-lain. Sedangkan perbuatan melawan hukum di *civil law* hanya menyediakan prinsip dasar dan tidak mengatur secara rinci perbuatan apa saja yang termasuk perbuatan melawan hukum. Dengan begitu dapat dikatakan bahwa dalam sistem *common law* terdapat berbagai macam *tort*, sementara dalam sistem *civil law* berbagai macam tindakan diakui sebagai perbuatan melawan hukum.[113] Sedangkan perbuatan melawan hukum merupakan bagian dari hukum perdata. Perbuatan melawan hukum merupakan salah satu sumber perikatan, seperti halnya perjanjian. Perbuatan melawan hukum merupakan sumber perikatan yang berasal dari undang-undang.

3. Kesalahan dalam *Tort*

Untuk membuktikan bahwa tergugat telah melakukan tindakan (*omission*) dan tindakan tersebut menyebabkan kerugian, perlu dibuktikan keadaan pikiran tergugat. Hal ini sangat penting, karena pada dasarnya *tort* adalah kewajiban berdasarkan kesalahan, sedangkan dalam membuktikan elemen kesalahan perlu dibuktikan *state of mind* tergugat yang dapat berupa kesengajaan (*intention*), kelalaian (*negligence*) atau *malice*.[114]

a. Kesengajaan (*intention*)

[113] Workshop on Service Provider Liability, World Intellectual Property Organization, Jenewa 9-10 Oktober 1999, hlm. 5.

[114] Catherine Elliott & Frances Quinn, *Tort*, Cetakan Keempat, (England: Pearson Education, 2003), hlm. 3.

Kesengajaan yang dimaksud adalah pengetahuan pelaku (*tortfeasor*) bahwa konsekuensi tindakannya akan terjadi. Konsekuensi tersebut diinginkan atau tidak, jika hasilnya secara jelas merupakan hasil yang dapat diprediksi.[115]

b. Kelalaian (*negligence*)

Kelalaian bermakna melakukan sesuatu tanpa berniat menyebabkan kerugian, namun tidak berhati-hati untuk memastikan kerugian tidak akan terjadi.[116] Untuk menentukan tanggung jawab dalam hal terjadinya kelalaian, ada beberapa elemen yang harus dibuktikan, yaitu:

1) Kewajiban Berhati-Hati (*Duty of Care*)

Hal pertama yang harus dibuktikan adanya pelanggaran terhadap kewajiban untuk berhati-hati. Misalnya dalam kasus tergugat yang mengendarai mobil menabrak tergugat yang pejalan kaki, tergugat memiliki kewajiban untuk mengendarai mobil secara hati-hati dan memperhatikan pejalan kaki. Cara menentukan adanya *duty of care* adalah dengan menentukan perkiraan (*foresight*), *proximity* dan pertimbangan yang berdasarkan keadilan dan rasionalitas (*consideration of justice and reasonableness*) dalam menentukan kewajiban.[117]

2) Pelanggaran Kewajiban (*Breach of Duty*)

Hal kedua yang harus dibuktikan adalah pelanggaran terhadap kewajiban yang ada dalam *duty of care*. Dengan adanya pelanggaran terhadap *duty of care* berarti

---

[115] Michael A. Jones, *A Textbook on Tort*, Cetakan Kedua, (London: Blackstone Press, 1989), hlm. 6.

[116] Catherine Elliott & Frances Quinn, *op. cit.*, hlm 3-4.

[117] Vivienne Harpwood, *op. cit.*, hlm. 27-29.

tergugat telah berada dibawah dari standar perilaku seseorang yang seharusnya.[118] Misalnya sebagai pengendara mobil, tergugat tidak berhenti pada lampu merah atau tergugat tidak berhati-hati ketika ada orang menyeberang di *zebra cross*.

3) Kerugian

Kerugian merupakan hal yang sangat esensial dalam penuntutan ganti rugi. Adanya kerugian tidak cukup untuk membebankan tanggung jawab kepada tergugat, namun kerugian tersebut haruslah akibat dari pelanggaran *duty of care*. Beban pembuktian ini berada pada penggugat yang harus membuktikan bahwa kelalaian harus secara substansial berkontribusi terhadap kerugian yang ia derita.[119]

c. Jahat (*malice*)

Dalam *tort*, jahat dapat memiliki dua makna yaitu tindakan salah yang sengaja (*intentional wrongdoing*) dan motif yang tidak baik (*improper motive*). Motif di dalam *tort* sedikit tidak relevan, karena dalam hukum secara umum hanya menanyakan apa yang diperbuat tergugat, bukan mengapa ia berbuat.[120] Dalam beberapa tindakan *tort* jahat merupakan syarat yang relevan. Dalam tindakan penuntutan yang jahat (*malicious prosecution*), tuntutan dilakukan dengan alasan-alasan yang tidak baik, sehingga jahat merupakan elemen yang relevan. Dalam pencemaran nama baik, jika tergugat terbukti mempunyai motif yang tidak baik, maka beberapa pembelaan tidak dapat ia gunakan.[121]

4. Tort dan Hak Kekayaan Intelektual

---

[118] [118] Catherine Elliott & Frances Quinn, *op. cit.*, hlm 84.
[119] Vivienne Harpwood, *op. cit.*, hlm. 24.
[120] Michael A. Jones, *op. cit.*, hlm. 6.
[121] Catherine Elliott & Frances Quinn, *op. cit.*, hlm 4.

Saat ini pelaku bisnis perlu melindungi haknya melalui hak kekayaan intelektual (*intellectual property right*). Kekayaan intelektual adalah kekayaan yang berasal dari pikiran (*intellectual*) dan melalui proses kreatif (produk pemikiran).[122] Hak kekayaan intelektual merupakan bagian dari kekayaan dan sebuah kepentingan yang dilindungi dalam *law of tort*.

5. Tanggung Jawab Pihak Ketiga

Terdapat beberapa dasar untuk menyatakan bahwa seseorang bertanggung jawab atas *tort* yang dilakukan oleh orang lain (*indirect infringement*) atau pelanggaran tidak langsung. Dasar-dasar yang paling tepat dan sering digunakan terhadap pelanggaran tidak langsung dalam bidang hak kekayaan intelektual adalah:[123]

a. Tanggung jawab atas pembantuan melakukan *tort* (*liability for aiding and abetting torts*)

Tanggung jawab ini berkaitan dengan pemberian pendampingan atau pendorongan substansial kepada *tortfeasor*. Dalam tanggung jawab ini diperlukan pengetahuan tergugat bahwa tindakan orang lain tersebut adalah *tort*, karena untuk menghindari pembebanan tanggung jawab terhadap orang yang tidak mengetahui bahwa ia memberikan dukungan kepada *tortfeasor*.

b. Tanggung Jawab atas Penyebabkan *Tort* (*Liability for Inducing Torts*)

Seseorang bertanggung jawab atas tindakan *tort* orang lain jika ia memerintahkan atau menyebabkan tindakan dan mengetahui atau seharusnya mengetahui keadaan

---

[122] Roger LeRoy Miller & Gaylord A. Jentz, *op. cit.*, hlm. 130.

[123] Charles W. Adams, "Indirect Infringement From A Tort Law Perspective", *42U. Rich. L. Rev. 635*, (2008) hlm. 643-645.

yang akan membuat tindakan tersebut menjadi *tort*. Tanggung jawab ini dapat diterapkan pada pelanggaran paten, hak cipta, atau merk.

c. Tanggung Jawab Atas Ijin Penggunaan Fasilitas (*Liability for Permitting Use of Premises or Instrumentalities*)

Dalam kedaan ini tergugat memperbolehkan orang lain bertindak menggunakan fasilitasnya dengan mengetahui atau mempunyai alasan bahwa orang lain akan melakukan tindakan *tort*. Dasar tanggung jawab ini biasanya diterapkan dalam pelanggaran hak cipta atau merk dagang.

d. Tanggung Jawab Karyawan dan Kontraktor Independen (*Liability for Employees and Independent Contractors*)

Seorang majikan bertanggung jawab atas *tort* yang dilakukan oleh karyawannya dalam lingkup pekerjaan mereka.

Selain teori tanggung jawab pihak ketiga yang telah dijelaskan diatas, ada teori yang disebut tanggung jawab sekunder (*secondary liability*). Teori ini tidak tertulis secara jelas dalam peraturan perundang-undangan, melainkan sebuah perpanjangan dari gagasan tradisional mengenai tanggung jawab dalam hak cipta melalui putusan hakim. Pengadilan membebankan tanggung jawab kepada pihak ketiga atas pelanggaran langsung yang dilakukan orang lain melalui *vicarious liability* dan *contributory liability*.[124]

Kemunculan teori tanggung jawab sekunder dimulai pada tahun 1911 di Amerika Serikat dalam kasus *Kaleem Company v. Harper Brothers*. Kaleem Company

[124] Connie Davis Powell, *op. cit.*, hlm. 190.

mempekerjakan orang untuk membaca buku *Ben Hur* yang kemudian dibuatkan naskah drama yang akan dipasarkan kepada pihak yang akan memproduksi film. Kaleem Company dinyatakan bertanggung jawab atas pengadaptasian tanpa ijin buku *Ben Hur* dan penjualan film oleh Mahkamah Agung AS. Putusan ini menandai awal perkembangan hukum yang membebankan tanggung jawab kepada pihak yang memberikan kontribusi kepada pelanggaran hak cipta.[125]

Kemudian dalam kasus *Sony Corporation of America v. Universal City Studios* ("*Sony*")[126] Mahkamah Agung pertama kali menginterpretasikan dan menerapkan Undang-Undang Hak Cipta 1976 (*Copyright Act of 1976*) menggunakan tanggung jawab sekunder. Yang menjadi pertanyaan di dalam persidangan adalah apakah penjual dan distributor Betamax VTR harus bertanggung jawab berdasarkan doktrin *contributory liability*. Pengadilan berpendapat bahwa penjualan alat yang dapat menggandakan adalah seperti penjualan barang dagang lainnya, jika produk tersebut digunakan secara luas untuk tujuan yang benar dan tidak melawan hukum, maka penjualan tidak termasuk pelanggaran kontributif (*contributory infringement*).[127]

Secara umum penggunaan tanggung jawab sekunder atau gugatan atas pelanggaran tidak langsung dalam bidang hak cipta muncul dalam dua macam konteks. Dalam konteks pertama tergugat mempunyai kendali atas fasilitas dimana pelanggaran hak cipta terjadi dan mendapatkan keuntungan finansial dari pelanggaran hak cipta tersebut. Tanggung jawab yang dibebankan berdasarkan konteks ini disebut

---

[125] *Ibid.*, hlm. 191.

[126] Sony digugat karena salah satu produknya yaitu Sony Betamax digunakan untuk merekam program TV yang dilindungi hak cipta oleh penggunanya. *Ibid.*, hlm. 192.

[127] *Ibid.*

vicarious liability. Sementara dalam konteks kedua terhugat berkontribusi secara materi atau memancing terjadinya pelanggaran hak cipta yang dilakukan oleh orang lain dan tergugat mengetahui pelanggaran tersebut. Tanggung jawab yang dibebankan berdasarkan konteks ini disebut *contributory infringement*.[128]

a. *Vicarious Liability*

Tanggung jawab berdasarkan *vicarious liability* mensyaratkan hubungan khusus antara tergugat dan pelaku langsung (*direct infringer*) dan bukti keuntungan finansial yang diterima dari pelanggaran tersebut. Dalam menilai hubungan hukum dalam *vicarious liability* pengadilan mensyaratkan "hak dan kemampuan untuk mengawasi" kegiatan pelanggaran.[129]

Pada dasarnya *vicarious liability* digunakan dalam hubungan hukum yang ada di antara agen dan prinsipal. Dalam konteks hak cipta, pengadilan menilai hubungan antara tergugat dan pelanggar langsung dengan tingkat penguasaan yang dimiliki oleh tergugat. Pengadilan mengartikan "hak untuk mengawasi" pelanggar langsung sebagai kemampuan untuk mengatur aktivitas pelanggar langsung sehari-hari. Misalnya operator lantai dansa dapat bertanggung jawab karena pelanggaran hak cipta yang dilakukan band yang memainkan lagu yang dilindungi hak cipta tanpa membayar royalti ketika operator mempunyai kontrol terhadap bangunan dan fasilitas dan meraup keuntungan finansial langsung dari pemirsanya.

---

[128] Charles W. Adams, *op. cit.*, hlm. 662.

[129] Mark Bartholomew, Copyright, Trademark and Secondary Liability after Grokster, *32 Column. J.L. & Arts 445*, (2009), hlm. 447.

Dalam kasus *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co*[130] Dalam hal kontrol *Green* memiliki kekuatan yang cukup untuk mengontrol *Jalen* dalam hal karyawan, pembayaran, dan menangani pemasukan dari penjualan rekaman. Dalam hal kepentingan finansial, pelanggaran yang dilakukan *Jalen* secara langsung akan menambah kas *Green*.[131]

Dalam kasus *Fonovisa v. Cherry Auction*[132]Fonovisa menggugat Cherry Auction atas dasar pelanggaran langsung (*direct infringement*), pelanggaran kontributif (*contributory infringement*) dan *vicarious copyright infringement*. Pengadilan negeri (*district* court) menolak adanya pelanggaran langsung dan *vicarious copyright infringement*, namun mengabulkan adanya pelanggaran kontributif. *Cherry Auction* tidak terbukti mempunyai hak dan kemampuan untuk mengawasi barang-barang yang diperdagangkan oleh pedagang dan tidak memiliki kepentingan finansial. Di tingkat banding *Ninth Circuit* ditemukan bahwa *Cherry Auction* memenuhi syarat kontrol dan keuntungan finansial untuk dalam *vicarious infringement*. Pengadilan berpendapat bahwa tergugat memiliki kemampuan kontraktual untuk mengawasi dalam gedungnya dan mengeluarkan pedagang dengan alasan apapun. Dalam hal keuntungan finansial, pengadilan berpendapat bahwa *Cherry Auction* meraup

---

[130] (*H.L. Green*) digugat atas perbuatan *Jalen Amusement* Company yang merupakan pemegang izin yang mengoperasikan departemen rekaman toko yang dimiliki *Green*. *Jalen* membuat rekaman tiruan dari lagu-lagu yang hak ciptanya dimiliki penggugat dan menjual lagu-lagu tersebut di toko *Green*. Alfred C Yen, *op. cit.*, hlm. 14.

[131] *Ibid.*

[132] *Cherry Auction* yang bertempat di Fresno, California adalah pasar loak dimana beberapa los disewakan kepada pedagang secara harian. Barang yang diperjualbelikan di *Cherry Auction* bervariasi dari baju, peralatan audio dan binatang ternak. Jual beli dan barter juga terjadi untuk kaset bajakan musik Latin. *Fonovisa* sebagai pemegang hak cipta menggugat *Cherry Auction* pada April 1993. Kenneth A. Walton, Is Website Like A Flea Market Stall? How Fonovisa v. Cherry Auction Increases The Risk of Third Party Copyright Infringement Liability for Online Service Provider, *19 Hastings Comm/Ent L.J. 921*, (1997), hlm. 935.

keuntungan secara langsung dari pelanggaran yang dilakukan pedagang dari sewa harian yang dibayar pedagang dan tiket masuk, parkir, makanan, dan layanan lain yang dinikmati dan dibayar oleh pengunjung yang mencari dan membeli rekaman bajakan.[133]

b. *Contributory Liability*

Konsep yang ada pada *contributory liability* adalah jika seseorang mengetahui bahwa orang lain melakukan pelanggaran hak cipta, maka mendampingi atau mendukung pelanggar tersebut adalah tindakan yang salah. Orang tersebut melakukan kesalahan karena ia mengetahui secara pasti siapa yang melakukan pelanggaran dan mengetahui sifat pelanggaran tersebut. Misalnya tergugat adalah penjual kaset kosong yang menjual kaset tersebut kepada seseorang yang ia tahu akan menggunakan kaset tersebut untuk membajak musik yang dilindungi hak cipta yang kemudian dijual kepada publik. Cakupan dari *contributory liability* ini adalah tergantung dari apakah tanggung jawab mensyaratkan tingkatan pengetahuan tertentu dan pendampingan terhadap suatu pelanggaran. Beberapa pengadilan menerapkan tingkatan yang berbeda pada beberapa kasus, namun kebanyakan pengadilan mensyaratkan pengetahuan spesifik dan pendampingan langsung terhadap suatu pelanggaran untuk membebankan tanggung jawab.[134]

Kasus yang cukup terkenal dalam *contributory liability* adalah *Sony Corporation of America v. Universal City Studios*. Sony digugat karena salah satu produknya yaitu Sony Betamax digunakan untuk merekam program TV yang dilindungi hak cipta oleh

---

[133] *Ibid.*, hlm. 935-940.
[134] Alfred C. Yen, "Third Party…," *op. cit.*, hlm. 10.

pengguna.[135] Dasar gugatan penggugat adalah bahwa *Sony* mengetahui bahwa beberapa orang yang membeli produk tersebut akan menggunakannya untuk merekam siaran televisi yang dilindungi hak cipta. Sony mengetahui hal tersebut dan mendukung terjadinya pelanggaran hak cipta dengan menjual barangnya kepada mereka. Pendapat ini disetujui oleh pengadilan tingkat banding *Ninth Circuit* dan menyatakan bahwa Sony bertanggung jawab. Namun dalam tingkat *Supreme Court* Sony dinyatakan tidak memiliki jenis pengetahuan yang dibutuhkan untuk mendukung adanya pelanggaran, karena pengetahuan tersebut tidak ada selama produk tersebut dapat digunakan untuk penggunaan substansial yang tidak melanggar hukum. Dengan pendapat tersebut putusan pengadilan banding dibatalkan.[136]

BAB II 26

TINJAUAN UMUM SISTEM *FILE HOSTING* DAN PERBUATAN MELAWAN HUKUM 26

A. Tinjauan Umum Mengenai *File Hosting* 26

1. Pengertian dan Jenis-Jenis Layanan *File Hosting* 26

2. Komputasi Awan (*Cloud Computing*) Sebagai Sistem Dasar *File Hosting* 27

a. Karakteristik Esensial 28

b. Model Layanan 29

c. Model Penyebaran 30

B. Tinjauan Umum Perbuatan Melawan Hukum 32

1. Pengertian Perbuatan Melawan Hukum 32

2. Unsur-Unsur Perbuatan Melawan Hukum 33

[135] Connie Davis Powell, *op. cit.*, hlm. 192.
[136] Alfred C. Yen, "Third Party…," *op. cit.*, hlm. 12.

a. Perbuatan 34
b. Perbuatan Harus Melawan Hukum 35
c. Kerugian 37
d. Hubungan Sebab-Akibat antara Perbuatan dan Kerugian 38
e. Kesalahan (*schud*) 40
3. Unsur Pembenar yang Menghapus Sifat Melawan Hukum 41
a. Keadaan memaksa (*overmacht*) 42
b. Pembelaan Terpaksa (*noodweer*) 43
c. Peraturan Undang-Undang 43
d. Perintah Jabatan 43
C. TINJAUAN UMUM *TORT* 44
1. Pengertian *Tort* 44
2. Perbandingan *Tort* dengan Perbuatan Melawan Hukum 45
3. Kesalahan dalam *Tort* 47
4. Tort dan Hak Kekayaan Intelektual 49
5. Tanggung Jawab Pihak Ketiga 50

BAB III

TANGGUNG JAWAB PENYEDIA JASA *FILE HOSTING* TERHADAP PELANGGARAN HAK CIPTA PENGGUNANYA

A. Mengapa Penyedia Jasa *File Hosting* Seharusnya Dibebani Tanggung Jawab atas Pelanggaran yang Dilakukan oleh Penggunanya

Tanggung jawab berkaitan dengan hak dan kewajiban dalam lingkup hukum kekayaan, sehingga untuk menentukan tanggung jawab antara para pihak, perlu dipahami hubungan hukum yang terjadi diantara para pihak. Hubungan hukum adalah hubungan yang diatur dan diakui oleh hukum yang akhirnya akan menimbulkan akibat hukum tertentu.[137] Hubungan hukum yang demikian dapat dimaknai sebagai perikatan.[138]

Perikatan dapat dibedakan menjadi dua macam berdasarkan sumbernya yaitu perjanjian dan undang-undang.[139] Perjanjian merupakan sebuah kesepakatan yang dibuat oleh para pihak yang membuat perjanjian. Para pihak sepakat untuk memberikan sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu. Kesepakatan ini akan melahirkan hak dan kewajiban diantara para pihak.[140] Dalam suatu perjanjian

---

[137] Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia* dalam *Perspektif Perbandingan*, http://ridwankhairandy.staff.uii.ac.id/2012/04/03/buku-hukum-perikatan-2012/, akses 5 April 2012

[138] J. Satrio merumuskan perikatan sebagai hubungan dalam hukum kekayaan, dimana di satu pihak ada hak dan di pihak lain ada kewajiban. Dari pengertian perikatan dapat ditarik unsur-unsur yang melekat di dalam perikatan yaitu hubungan hukum, kekayaan, para pihak, dan prestasi. *Ibid*.

[139] Pasal 1233 KUH Perdata mengatakan bahwa tiap-tiap perikatan dilahirkan, baik karena persetujuan, baik karena undang-undang. J. Satrio, *Hukum Perikatan: Perikatan Pada Umumnya*, hlm. 38.

[140] *Ibid*.

terdapat beberapa hak dan kewajiban yang dimiliki oleh para pihak, sehingga dalam satu perjanjian dapat melahirkan banyak perikatan.[141]

Sumber perikatan yang kedua adalah undang-undang. Berbeda dengan perikatan yang timbul karena perjanjian, perikatan ini dapat lahir diantara pihak yang satu dengan lainnya, tanpa orang-orang yang bersangkutan menghendakinya[142] atau tanpa memperhitungkan kehendak mereka.[143] Perikatan yang timbul karena undang-undang masih dibedakan menjadi perjanjian yang timbul karena undang-undang semata dan karena undang-undang dan perbuatan manusia.[144]

Perikatan yang timbul dari undang-undang dan perbuatan manusia ada yang bersifat tidak melawan hukum (*rechtmatig*)[145] dan melawan hukum (*onrechtmatig*). Perikatan yang timbul karena perbuatan melawan hukum muncul ketika seseorang melakukan tindakan yang melawan hukum yang menyebabkan kerugian bagi orang lain. Hubungan hukum yang ada dalam perikatan ini menimbulkan kewajiban bagi pihak yang melakukan perbuatan melawan hukum untuk memberikan ganti rugi kepada pihak yang dirugikan.

---

[141] J. Satrio, *op. cit.*, hlm 40.

[142] Pada perjanjian kehendak para pihak memang tertuju atau dianggap teruju kepada akibat hukum yang mereka kehendaki, atau dapat dikatakan lahirnya perikatan karena kehendak para pihak. Sedangkan pada perikatan yang lahir dari undang-undang adalah kehendak dari pembuat undang-undang. *Ibid*., hlm. 43.

[143] Salah satu contohnya adalah kewajiban anak terhadap orangtuanya yang disebutkan dalam Pasal 321 KUH Perdata Yang berbunyi "Tiap-tiap anak berwajib memberi nafkah kepada orangtuanya dan para keluarga sedarahnya dalam garis ke atas apabila mereka dalam keadaan miskin. *Ibid*.

[144] *Ibid*., hlm. 41.

[145] Contoh dari sumber perikatan yang berasal dari undang-undang dan perbuatan manusia yang tidak melawan hukum adalah *zaakwaarneming* (pengurusan kepentingan orang lain) dan pembayaran tidak terutang. J. Satrio, *Hukum Perikatan: Perikatan yang lahir Dari Undang-Undang Bagian Pertama*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 41.

Aktivitas *file sharing* melibatkan beberapa pihak di dalamnya. *File sharing* yang menggunakan sistem *direct download* yang seperti yang terjadi dalam *file hosting* secara teknis melibatkan dua pihak yaitu pengguna dan penyedia jasa *file hosting*. Pengguna sendiri terdiri dari dua macam yaitu pengguna yang mengunggah data atau pengunggah (*uploader*) dan pengguna yang mengunduh data atau pengunduh (*downloader*). Walaupun ada perbedaan, kedua jenis pengguna tersebut sama-sama menikmati layanan yang disediakan oleh penyedia jasa.

Jika dilihat lebih jelas lagi ada pihak lain yang terlibat di kegiatan *file sharing* yaitu pemegang hak cipta. Konten yang diunggah di web *file hosting* dan beredar di dunia maya tidak semua hak ciptanya dimiliki oleh pengunggah. Konten-konten tersebut ada yang memang diperbolehkan untuk diunggah atau disebarkan, namun ada juga yang tidak boleh diunggah oleh pengguna.

Ketiga pihak yang terlibat dalam kegiatan *file sharing* yaitu pengguna, penyedia jasa, dan pemegang hak cipta, masing-masing memiliki hubungan hukum yang berbeda terhadap satu sama lain. Pengguna dan penyedia jasa dihubungkan oleh *terms of use* yang merupakan perjanjian. Sedangkan ketika terjadi pelanggaran, penyedia jasa terikat oleh kewajiban terhadap pemegang hak cipta karena undang-undang. Perbedaan hubungan hukum ini juga melahirkan hak kewajiban yang berbeda satu sama lain.

1. **Hubungan Antara Penyedia Jasa *File Hosting* dan Pengguna adalah Hubungan Kontraktual**

Pengguna dapat menggunakan layanan *file hosting* secara cuma-cuma. Namun layanan cuma-cuma ini memiliki beberapa keterbatasan, selain kapasitas

penyimpanan data yang kecil, kecepatan pengunggahan data juga terbatas. Pengguna dapat memilih untuk menggunakan layanan berbayar (*premium account*) yang memiliki kapasitas lebih besar dan dapat menikmati fasilitas-fasilitas lain yang tidak dimiliki oleh pengguna layanan cuma-cuma.

Untuk dapat menikmati layanan dan akses *file hosting*, pengunggah harus mendaftar atau membuat akun terlebih dahulu dalam situs *file sharing*, namun ada juga beberapa penyedia jasa yang tidak mengharuskan pengguna untuk membuat akun terlebih dahulu. Dalam proses pembuatan akun tersebut calon pengguna harus mengisi formulir yang berisi data diri[146] dan menyetujui syarat dan ketentuan (*terms of service*) yang telah ditentukan oleh pihak penyedia jasa.

Terms of service atau *terms of use* mengendalikan situasi dimana pengguna menggunakan piranti lunak (*software*) atau pengunjung laman web.[147] Terdapat beberapa macam bentuk syarat dan ketentuan berdasarkan bentuknya yaitu *shrinkwrap agreement,*[148] *clickwrap agreement,*[149] dan *browsewrap agreement.*[150] Kebanyakan penyedia jasa *file hosting* menggunakan syarat dan ketentuan yang

---

[146] Data diri yang biasanya diisikan adalah nama, tanggal lahir, dan alamat email.

[147] Mark A. Lemley, "Terms of Use," *Minnesota Law Review*, 22 Desember 2006, hlm. 460.

[148] *Shrinkwrap agreement* adalah syarat dan ketentuan tertulis yang tercantum dalam kartu atau selembar kertas yang ada ketika pengguna membuka keemasan sebuah piranti keras atau piranti lunak. *Kevin* W. Grierson, *Enforceability of "Clickwrap" or "Shrinkwrap" Agreements Common in Computer Software, Hardware, and Internet Transactions*, Dikutip dari Nathan J. Davis, Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap, *22 Berkeley Tech. L.J. 577*, hlm. 578.

[149] *Clickwrap agreement* adalah perjanjian yang muncul ketika pengguna pertama kali menginstal piranti lunak yang didapat dari sumber online atau ketika pengguna mencoba untuk melakukan transaksi di internet. Persetujuan terhadap syarat dan ketentuan tersebut merupakan syarat untuk melanjutkan akses lebih jauh terhadap piranti lunak atau transaksi tersebut. *Ibid.*

[150] *Browsewrap agreement* adalah syarat dan ketentuan yang dimuat pada sebuah laman web atau dapat diakses di layar untuk pengguna CD-ROM. Syarat dan ketentuan ini tidak memerlukan persetujuan secara jelas dengan menggunakan klik seperti dalam *clickwrap agreement*. Christina L. Kunz et al., Browse-Wrap Agreements: Validity pf Implied Assent in Electronic Form Agreements, *59 Bus. Law. 279 (2003),* hlm. 280.

wujudnya berupa *browsewrap agreement*, karena untuk menggunakan layanan *file hosting* pengguna tidak diwajibkan menyatakan persetujuan lewat klik terhadap syarat dan ketentuan tertentu. Syarat dan ketentuan ini dapat ditemukan pada setiap pojok laman web *file hosting*.

Terms of use mengatur hubungan antara penyedia jasa dan pengguna, dapat juga dikatakan sebagai perjanjian. Menurut KUH Perdata Indonesia perjanjian adalah suatu perbuatan yang terjadi antara satu atau dua orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap orang lain. [151] Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda (BW Baru) mendefinisikan perjanjian sebagai suatu perbuatan hukum yang terjadi antara satu orang atau lebih mengikatkan dirinya kepada satu orang atau lebih di mana keduanya saling mengikatkan dirinya.[152] Dalam *terms of use* terdapat dua pihak yaitu penyedia jasa dan pengguna yang saling mengikatkan diri.

Selain itu *terms of use* memenuhi syarat sebagai suatu perjanjian.[153] Terdapat dua pihak yang memiliki kapasitas untuk membuat perjanjian yaitu penyedia jasa dan pengguna. Sedangkan kesepakatan tidak dinyatakan secara terang-terangan[154], namun kesepakatan terbentuk ketika pengguna membuka URL *terms of use* yang telah ditawarkan oleh penyedia jasa. Penerimaan pengguna terhadap syarat dan ketentuan yang dibuat oleh penyedia jasa dinyatakan dengan mengunjungi laman web dan atau

---

[151] Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

[152] Ridwan Khairandy, *op. cit.*, hlm. 25.

[153] Syarat sahnya perjanjian dalam Pasal 1320 KUH Perdata meliputi (1) Kesepakatan; (2) Kecakapan; (3) Hal tertentu; dan (4) Kausa yang halal.

[154] Pada dasarnya dalam *browsewrap agreement* pengguna tidak diwajibkan memencet tombol "*I Agree*" dan isi dari perjanjian tidak ditampilkan secara jelas ketika pengguna akan memutuskan untuk menggunakan layanan. Kesepakatan didapat ketika pengguna membuka URL *terms of use* yang dicantumkan di bawah laman web

membuka URL *terms of service*.[155] Hal tertentu dalam *terms of use* adalah layanan yang diberikan penyedia jasa dan dinikmati oleh pengguna dapat ditentukan dalam hal jumlah kapasitas, fasilitas serta harga yang harus dibayar oleh pengguna. Perjanjian ini juga masih memenuhi syarat kausa yang halal karena layanan *file hosting* tidak dilarang oleh peraturan perundang-undangan. Sehingga dapat dikatakan bahwa *terms of use* mendasari hubungan antara penyedia jasa dan pengguna

Syarat dan ketentuan layanan *file hosting* ini sama seperti *terms of use* yang ada pada bentuk jasa dan transaksi *online* lainnya yaitu dibuat oleh pihak yang menawarkan jasa sedangkan pengguna hanya bisa memilih untuk setuju dan menggunakan layanan atau menolak dan tidak menggunakan layanan sama sekali. Dari cara pembentukan syarat dan ketentuan serta cara kesepakatan dicapai tersebut, maka syarat dan ketentuan yang ada pada layanan *file hosting* termasuk dalam kategori *standard contract*, karena tidak adanya kemungkinan untuk menegosiasikan syarat dan ketentuan, bentuknya telah ter-standardisasi, kemudian perjanjian diterima secara utuh atau ditolak sama sekali.[156]

Kewajiban dan larangan bagi pengguna yang tertera pada kebanyakan *terms of use* layanan *file hosting* secara umum adalah:

a) Mengubah bagian dari layanan yang ada;

---

[155] By visiting the MediaFire website, using any Content, products or services provided to you on, from, or through the MediaFire website (collectively the "Services") or by checking the box next to "I agree to the Terms, Privacy, Refund and Cancellation Policies", you are signifying that you have read the Agreement, that you understand the Agreement, and you agree to be bound by all of the terms of the Agreement. http://www.mediafire.com/policies/terms_of_service.php.

[156] Jennifer Femminella, "Online Terms and Conditions Agreements: Bound by the Web", *Journal of Civil Rights and Economic Development: Vol. 17: Iss. 1, Article 6*, (2003), hlm. 107.

b) Menggunakan layanan *file hosting* untuk tujuan ilegal (termasuk didalamnya tujuan mencemarkan nama baik, pornografi, serta tindakan melawan hukum lainnya);

c) Menggunakan program atau situs pencarian untuk mendapatkan index data yang disimpan para pengguna *file hosting*;

d) Menyebarkan virus, *worm*, *trojan*, dan *spam* melalui layanan *file hosting*;

e) Mendistribusikan duplikat dari karya yang dilindungi hak cipta;

f) Mendistribusikan konten yang melanggar hak orang lain;

g) Menggunakan layanan untuk mendapatkan informasi pribadi orang lain.[157]

Selain kewajiban dan larangan yang tercantum jelas dalam bagian utama *terms of use*, terdapat bagian lain yang mengatur secara khusus mengenai kebijakan pihak penyedia jasa dalam bidang hak cipta atau disebut *copyright policy* dan dalam bidang privasi atau *privacy policy*.

2. Kewajiban Hukum Penyedia Jasa *File Hosting* Terhadap Pemegang Hak Cipta

Kewajiban hukum dalam lingkup perbuatan melawan hukum diartikan sebagai kewajiban yang berdasarkan hukum, baik tertulis maupun tidak tertulis.[158] Seseorang dapat dinyatakan bertanggung jawab atas kerugian yang diakibatkan tindakannya

---

[157] http://www.mediafire.com/policies/terms_of_service.php, "Mediafire Terms of Service", diakses 28 November 2012. http://www.4shared.com/terms.jsp, "4shared Terms of Service", diakses 15 September 2012. http://hotfile.com/terms-of-service.html, "Terms of Service", diakses 18 September 2012.

[158] Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 39.

yang bertentangan dengan kewajiban hukum. Kewajiban hukum mengacu kepada hukum yang seharusnya dipatuhi seseorang. Penyedia jasa *file hosting* juga tidak luput dari kewajiban hukum, dalam operasinya tetap harus mematuhi hukum yang ada.

Kewajiban hukum masih erat kaitannya dengan hak subjektif orang lain. Hak subjektif meliputi hak perorangan seperti kebebasan, kehormatan serta nama baik dan hak atas harta kekayaan yang termasuk di dalamnya hak kebendaan dan hak mutlak lainnya.[159] Pelanggaran terhadap hak subjektif ini berarti melanggar wewenang khusus yang diberikan oleh hukum kepada seseorang.[160] Hak subjektif tersebut diatur dalam peraturan perundang-undangan secara jelas beserta larangan untuk melanggar hak-hak tersebut. Sehingga menghormati hak subjektif orang lain merupakan salah satu kewajiban seseorang.

Hak atas tanah dan rumah sudah diakui sejak awal peradaban manusia, namun untuk hak atas benda-benda yang tidak berwujud seperti hak milik intelektual belum lama diakui.[161] Hak kekayaan intelektual juga merupakan hak kebendaan, ia merupakan hak atas sesuatu benda yang bersumber dari hasil kerja otak dan merupakan hasil dari pekerjaan rasio manusia yang menalar.[162] Hasil kerja otak tersebut kemudian dirumuskan sebagai intelektualitas. Tidak semua orang mampu mempekerjakan otak (nalar, rasio, intelektual) secara optimal, hanya orang yang

---

[159] *Ibid.*, hlm. 38.

[160] *Ibid*.

[161] Pada permulaan abad ke-18 hak cipta tidak diakui sebagai suatu hak tersendiri. Ciptaan spiritual tidak dilihat sebagai terpisah dari objek materiil yang ada di dalamnya ciptaan ini berbentuk (berwujud). Sudargo Gautama, *Segi-Segi Hukum Hak Milik Intelektual*, Cetakan Kedua (Jakarta: Eresco, 1995), hlm. 6.

[162] OK. Saidin, *Aspek Hukum hak Kekayaan Intelektual*, Cetakan Ketiga (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2003), hlm. 9.

mampu memperkerjakan otaknya sajalah yang dapat menghasilkan hak kebendaan yang disebut sebagai "hak kekayaan intelektual" (*intellectual property right*).[163]

Hak atas kekayaan intelektual dapat diklasifikasikan sebagai benda menurut kerangka hukum perdata benda.[164] Berdasarkan Pasal 499 KUH Perdata yang dimaksud dengan benda adalah tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak yang dapat dikuasai oleh hak milik. Barang yang dimaksud Pasal 499 adalah benda materiil sedangkan hak adalah benda immaterial.[165]

Hak cipta sebagai bagian dari hak kekayaan intelektual diakui sebagai benda bergerak di dalam Pasal 3 Undang-Undang No. 19 tahun 2002. Sehingga hak cipta dapat dianggap sebagai hak kebendaan yang merupakan salah satu hak subjektif yang tidak boleh dilanggar. Pelanggaran terhadap suatu hak cipta adalah pelanggaran terhadap kewajiban hukum seseorang berkaitan dengan peraturan perundang-undangan juga pelanggaran terhadap hak subjektif pemilik hak cipta.

Saat ini setiap penyedia jasa *online* (*online service* provider) yang teknologinya memungkinkan untuk dilakukannya aktivitas *file sharing* pasti akan menghadapi kenyataan bahwa layanannya digunakan oleh pengguna untuk berbagi data yang berisi karya yang dilindungi hak cipta. Hal ini terjadi karena teknologi *file hosting* yang berbasis *cloud computing* mempunyai karakteristik yang mendukung terjadinya pembajakan di dunia maya, yaitu memungkinkan pengguna mengakses dan

---

[163] *Ibid*.

[164] *Ibid*, hlm. 11.

[165] Hal ini sejalan dengan klasifikasi benda menurut Pasal 503 KUH Perdata yang menggolongkan benda ke dalam kelompok benda berwujud dan benda tidak berwujud. *Ibid*., hlm. 12.

membagikan datanya dan data pengguna lain serta luasnya akses jaringan yang membuat data tersedia dimana saja selama ada koneksi *broadband*.[166]

Layanan *file hosting* memang memiliki arsitektur jaringan yang sangat berbeda dengan program *file sharing* yang berbasis P2P yang telah dikenal secara luas digunakan untuk aktivitas *cyberpiracy* besar-besaran. Meskipun begitu dengan arsitektur jaringannya sendiri *file hosting* memiliki beberapa kemudahan dan keunggulan dibandingkan program berbasis P2P untuk melakukan *cyberpiracy*. Kenyataannya adalah menggunakan layanan *file hosting* merupakan cara yang paling kuat untuk mendistribusikan data yang ukurannya besar.[167] Jika dalam program berbasis jaringan P2P ketika seseorang ingin mengunggah data supaya dapat diakses orang banyak, maka komputer dimana data itu tersimpan harus tetap terkoneksi dengan internet (*online*). Sedangkan dengan menggunakan layanan *file hosting* pengguna hanya mengunggah data yang diinginkan sehingga data tersebut tersimpan dalam *server* layanan *file hosting*, kemudian pengguna lain dapat mengakses data tersebut tanpa si pengunggah harus tetap *online*.[168] Selain itu kecepatan mengunduh data melalui jaringan P2P tergantung pada popularitas data itu tersendiri,[169] sedangkan kecepatan mengunduh data menggunakan *file hosting* lebih stabil karena ia hanya tergantung kecepatan koneksi *broadband* yang digunakan pengguna.

---

[166] Marc Aaron Melzer, *op. cit.*, hlm. 408.

[167] Richard Abbott, "The Reality of Modern File Sharing", *13 No. 5 J. Internet L. 3*, (2009), hlm. 6.

[168] *Ibid*., hlm 3-5.

[169] Josep Sanjuas-Cuxart, *et. al.*, "Measurement based analysis of one-click file hosting services," *Journal of Network and Systems Management* 20.2 (2012), hlm. 289.

Melihat teknologi yang digunakan layanan *file hosting* yang sangat mendukung suburnya kegiatan *file sharing* tersebut berarti potensi pelanggaran hak cipta menggunakan layanan *file hosting* sangat besar. Walaupun awalnya layanan ini tercipta bukan untuk tujuan melanggar, namun dari perilaku pengguna internet, pelanggaran tidak dapat dihindari.[170] Sehingga dapat dikatakan bahwa aktivitas bisnis penyedia jasa *file hosting* bersangkutan dengan hak subjektif para pemegang hak cipta.

Penyedia jasa *file hosting* tidak bisa diam saja membiarkan suburnya *cyberpiracy* di jaringan mereka. Karena aktivitas bisnis mereka dapat mengancam pemilik hak cipta, penyedia jasa memiliki kewajiban hukum untuk mencegah agar perilaku penggunanya tidak merugikan pemegang hak cipta dan melaksanakan aktivitas bisnisnya berdasarkan moral. Bentuk dari kewajiban hukum yang harus dipatuhi dapat berupa peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan kegiatan bisnis penyedia jasa serta peraturan perundang-undangan tentang hak cipta.

a. Larangan dalam *Terms of Use* dan *Takedown Notice* Sebagai Usaha Menghindari Tanggung Jawab

Ketika distribusi data *online* dapat menghemat waktu dan meningkatkan produktivitas, para pemilik teknologi dan pemilik jasa harus menghadapi masalah

[170] Berdasarkan Envisional Technical Report 2011 pemakaian internet global 23,76% dari penggunaan internet (*internet traffic*) merupakan penggunaan yang melawan hukum termasuk pornografi. Dari penggunaan yang melawan hukum tersebut, yang paling banyak adalah untuk *cyber piracy*. Penggunaan BitTorrent (program *file sharing* berbasis P2P) diperkirakan mencapai 17,9% dari keseluiruhan *internet traffic*. Sedangkan penggunaan *cyberlocker* (*cloud storage* atau *file hosting*) diperkirakan mencapai 7%. 73,23% dari *traffic* situs *file hosting* yang non-pornografi adalah aktivitas mengunduh konten yang dilindungi hak cipta (*unauthorized download*).

pembajakan di dunia maya.[171] Karena pada dasarnya layanan *file hosting* adalah untuk penyimpanan dan pengiriman data, sehingga pengguna merasa bebas untuk memasukkan data apa saja ke dalamnya. Salah satu tindakan penyedia jasa untuk mencegah terjadinya pelanggaran hak cipta melalui fasilitas yang mereka sediakan adalah dengan memasukan perjanjian berupa *Terms of Use* yang memberi batasan kepada pengguna dalam menggunakan jasa.[172]

Selain istilah *terms of use* sebagai perjanjian antara penyedia jasa dengan pengguna, ada juga beberapa kebijakan (*policy*) yang diterbitkan oleh penyedia jasa sebagai peraturan dalam menggunakan jasa.[173] Beberapa kebijakan tersebut antara lain terkait dengan privasi (*privacy policy*) dan hak cipta (*copyright policy*). Kebijakan-kebijakan tersebut ditampilkan terpisah dari *terms of use* agar diperhatikan oleh pengguna karena masalah yang diatur dalam kebijakan merupakan masalah yang kerap ditemui dalam layanan tersebut.[174] Walaupun diatur secara terpisah oleh penyedia jasa, kebijakan-kebijakan tersebut sesungguhnya adalah bagian dari *terms of use* atau perjanjian itu sendiri.

Adanya *terms of use* merupakan salah satu kewajiban hukum penyedia jasa untuk mencegah adanya kerugian bagi pihak lain karena penggunaan layanan mereka. Diharapkan dengan adanya *terms of use* pelanggaran hak cipta yang dilakukan

---

[171] Jennifer Femminella, *op. cit.*, hlm. 88.

[172] Jonathan A. Friedman & Francis M. Buono, "Limitting Tort Liability for Online Third-Party Content Under Section 230 of The Communication Act," *52 Fed. Comm. L.J. 647* (2000), hlm. 649.

[173] "Policies: Mediafire Privacy Policy", http://www.mediafire.com/policies/privacy_policy.php, "Policies: Enforcement", http://www.mediafire.com/policies/enforcement.php Akses 11 Januari 2013.

[174] Ada beberapa penyedia jasa *file hosting* yang memisahkan *terms of use* umum dengan *policies* yang bersifat khusus seperti Mediafire. Namun banyak juga yang menggabungkan semuanya dalam satu *terms of use*.

pengguna dapat diatasi. Namun, apakah mengikat pengguna dengan *terms of use* cukup untuk membebaskan penyedia jasa dari tanggung jawabnya kepada pihak pemegang hak cipta yang menderita kerugian?

b. Mengunggah dan Mengunduh Konten yang Dilindungi Hak Cipta Merupakan Pelanggaran *Terms of Use*

Terms of Use merupakan peraturan bagaimana pengguna seharusnya menggunakan sebuah layanan. Isi dari *terms of use* juga merupakan sebuah penawaran yang ditawarkan oleh penyedia jasa tentang layanannya. Pengguna kemudian memutuskan untuk meneruskan menggunakan layanan karena telah menyetujui syarat-syarat yang ditentukan oleh penyedia jasa. Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya *terms of use* adalah sebuah perjanjian yang mengikat penyedia jasa dan pengguna.

Mendistribusikan konten yang dilindungi hak cipta dan atau yang melanggar hak orang lain merupakan salah satu larangan dalam *Terms of Use*. Selain itu menggunakan layanan *file hosting* dengan tujuan mendistribusikan karya yang dilindungi hak cipta termasuk dalam penggunaan layanan untuk tujuan ilegal. Sehingga jika ada pengguna yang melakukan tindakan tersebut, maka ia telah melakukan pelanggaran (wanprestasi) atas *terms of use*.

Karena larangan tercantum dalam perjanjian, maka sanksi yang dijatuhkan terhadap wanprestasi juga tercantum di dalam perjanjian. Sanksi yang diterima oleh pengguna atas pelanggaran *terms of use* pada tiap-tiap penyedia jasa *file hosting* bervariasi. Sanksi yang paling ringan adalah data yang melanggar diskors (*file*

suspension) dan penghapusan data yang melanggar.[175] Skors juga dapat diberlakukan untuk akun pengguna sehingga ia tidak akan dapat mengakses layanan sama sekali untuk beberapa waktu.[176] Sanksi yang paling berat di dalam perjanjian adalah pembatalan *terms of use* yang berarti akun pengguna akan dihapus (*account termination*) beserta data yang ada di dalamnya. Jika dalam istilah hukum perjanjian hal ini disebut juga pembatalan perjanjian. Pembatalan *terms of use* ini biasanya dilakukan secara sepihak oleh pihak penyedia jasa tanpa pemberitahuan kepada pengguna.[177]

c. *Take Down Notice* yang Dilaporkan oleh Pihak Pemegang Hak Cipta

Penyedia jasa *online* seperti *file hosting*, *web hosting*, pasar *online*, dan mesin pencarian memproses jutaan transfer data dan memasang (*host*) jutaan data serta tautan milik pihak ketiga setiap harinya. Jutaan data tersebut dapat diproses secara cepat karena prosesnya dilakukan secara otomatis. Beberapa dari konten tersebut bersifat ilegal (melanggar hak cipta, merek dagang dan rahasia dagang, mencemarkan nama baik orang, melanggar hak privasi orang lain atau mengandung pornografi).[178]

---

[175] http://www.mediafire.com/policies/enforcement.php Sementara di Rapidshare setelah pemberitahuan diterima data akan diblok sehingga tidak dapat diakses selama tiga puluh hari, selama periode tersebut pengguna dapat mengajukan keberatan, jika tidak ada keberatan maka data akan dihapus secara permanen. https://www.rapidshare.com/#rsag_tou

[176] *Ibid*.

[177] RapidShare is entitled to terminate without notice the contractual relationship with users who infringe these upload rules, block access by the users concerned to its service and/or irrevocably delete the accounts of such users, including all the contents. *Ibid*.

[178] Mark A. Lemley, "Rationalizing Internet Safe Harbors", *6 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 101*, (2007), hlm. 101.

Jika penyedia jasa bertanggung jawab semua konten bermasalah yang dipasang setiap orang dan menyelesaikannya satu persatu akan melemahkan internet.[179]

Untuk menyeimbangkan kepentingan penyedia jasa *online* dan pemegang hak cipta negara maju seperti Amerika Serikat mengeluarkan peraturan perundang-undangan yang mengatur hak cipta digital atau yang disebut *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). Salah satu bagian yang diatur adalah mengenai *Notice and Take Down*, yaitu pemberitahuan kepada penyedia jasa yang diikuti oleh penghapusan konten tertentu. [180] Adanya sistem *notice and take down* ini diberitahukan oleh penyedia jasa kepada pengguna sebagai bagian dari *copyright policy* atau *terms of use*. Jika pemilik hak cipta menemukan karyanya dapat diakses di sebuah website tertentu, ia dapat mengirimkan pemberitahuan kepada penyedia jasa bahwa karyanya harus dihapus. Surat pemberitahuan harus mematuhi beberapa syarat, jika tidak akan batal. Kemudian penyedia jasa harus memberitahu pengguna yang mengunggah konten tersebut setelah menghapusnya.[181]

Setelah pengguna yang kontennya dihapus karena dilaporkan telah memasang konten yang melanggar diberitahu atas penghapusan, pengguna dapat mengirimkan pemberitahuan balik (*counter notice*) bahwa ia memiliki iktikad baik dan percaya bahwa konten yang ia pasang tidak melanggar.[182] *Counter notice* harus dilayangkan

---

[179] *Ibid*., hlm. 102.

[180] Jeffrey Cobia, "The Digital Millennium Copyright Act Takedown Notice Procedure: Misuses, Abuses, and Shortcomings of the Process", *MINN. J.l. SCI. & TECH. 2009;10(1)*, hlm. 390.

[181] *Ibid.*, hlm. 391.

[182] Lydia Pallas Loren, "Deterring Abuse of The Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously", *46 Wake Forest L. Rev. 745*, (2011), hlm. 757.

secara tertulis yang substansinya telah ditentukan peraturan perundang-undangan.[183] Dengan diterimanya *counter notice*, penyedia jasa wajib mengirimkan salinan dari *counter notice* tersebut kepada pemegang hak cipta. Jika pemegang hak cipta tidak melayangkan surat gugatan kepada pengguna sebagai usaha untuk menahan pengguna dari tindakan yang melanggar disertai dengan pemberitahuan kepada penyedia jasa, maka penyedia jasa dianjurkan untuk menempatkan kembali konten tersebut. Berdasarkan syarat-syarat diatas, penyedia jasa harus mengembalikan konten di internet tidak lebih dari 40 (empat puluh) hari kerja setelah penerimaan *counter notice*.[184]

Dalam prakteknya sistem *notice and take down* sering disalahgunakan. Pertama, *takedown notice* sering dilayangkan dengan melebihi doktrin *fair use*. Kedua, *takedown notice* dikirimkan oleh pihak yang bukan pemegang hak cipta atas karya yang dipasang. Ketiga, suatu pihak menyalahgunakan sistem ini untuk tujuan menyensor atau menutupi informasi, bukan untuk melindungi hak pemegang hak cipta.[185] Kenyataannya walaupun banyak sekali konten yang telah dihapus karena *takedown notice*, *counter notice* masih jarang sekali dikirim oleh pengguna.[186]

Adanya pelarangan dan penindakan terhadap tindakan yang melanggar hak cipta yang dilaksanakan oleh penyedia jasa merupakan bagian dari prinsip kehati-hatian

---

[183] Substansi *counter notice* harus berisi: (A) Tandatangan fisik atau elektronik pengguna; (B) Identifikasi konten yang telah dihapus atau akses yang telah diputus beserta lokasi dimana konten tersebut dipasang sebelum dihapus atau akses sebelum diputus; (C) Pernyataan bahwa pengguna memiliki iktikad baik bahwa penghapusan konten merupakan hasil dari kesalahan dalam mengidentifikasi untuk dihapus. *Ibid*.

[184] *Ibid*.

[185] Kasus ini terjadi ketika Akon seorang musisi *rap* dan United Music Group melayangkan *takedown notice* kepada Michelle Malkin seorang blogger yang menulis komentar negatif tentang Akon. Jeffrey Cobia, *op. cit.*, hlm. 394-395.

[186] *Ibid*. hlm. 391.

(*duty of care*) dalam menjalankan kegiatan bisnis bagi penyedia jasa. Jika prinsip kehati-hatian ini dilanggar maka penyedia jasa telah melakukan kesalahan atau kelalaian. Adanya kesalahan atau kelalaian ini dapat menjadi dasar bagi pihak yang dirugikan untuk menuntut ganti rugi.

Larangan terhadap tindakan yang melanggar hak cipta dan sistem *notice and take down* yang diterapkan oleh para *online service provider* (OSP) termasuk penyedia jasa *file hosting* merupakan bentuk penerapan prinsip kehati-hatian agar layanan mereka tidak disalahgunakan oleh pengguna. Karena kewajiban tersebut telah diatur dalam peraturan perundang-undangan (DMCA), maka penerapan sistem tersebut juga merupakan kewajiban hukum bagi penyedia jasa. Dalam DMCA sistem *notice and take down* merupakan bagian dari *safe harbor.*[187] *Safe harbor* dalam DMCA sendiri merupakan akomodasi dari kepentingan OSP agar sistemnya tetap optimal namun tetap menghormati pemegang hak cipta. Jika penyedia jasa *file hosting* telah memenuhi syarat yang ada dalam *safe harbor,* ia tidak bertanggung jawab walaupun pelanggaran hak cipta terbukti dilakukan oleh penggunanya.

Indonesia belum memiliki peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang bagaimana seharusnya OSP beroperasi untuk mencegah terjadinya pelanggaran hak kekayaan intelektual maupun mengenai batasan-batasan tanggung jawab penyedia jasa baik di internet maupun yang biasa. Meskipun demikian, bukan berarti penyedia

---

[187] Dalam DMCA terdapat klausula mengenai batasan tanggung jawab terhadap pelanggaran hak cipta di internet (*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*) atau yang disebut *Safe Harbour*. Aturan ini tidak menciptakan pengecualian terhadap pelanggaran hak cipta namun membatasi tanggung jawab (*remedies*) kepada penyedia jasa. Tatiana Lopez Romero, "Internet Service Provider's Liability for Online Copyright Infringement," *Vniversitas (2006),* http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2281890 diakses pada 17 Desember 2012.

jasa dapat dibebaskan dari tanggung jawab atas pelanggaran yang dilakukan pengguna atau konsumen. Prinsip kehati-hatian harus selalu diterapkan untuk menghindari adanya kesalahan atau kelalaian yang merupakan dasar dari gugatan untuk meminta ganti rugi oleh pihak yang dirugikan. *Terms of use* dan sistem *notice and take down* merupakan sistem yang telah diterapkan banyak OSP untuk mencegah dan menekan pelanggaran yang dilakukan pengguna. Pelaksanaan sistem ini dapat menjadi tolok ukur dilaksanakannya prinsip kehati-hatian penyedia jasa *file hosting* yang nantinya menentukan apakah penyedia jasa harus bertanggung jawab atau tidak.

B. Tolok Ukur yang Dipakai Dalam Membebankan Tanggung Jawab Kepada Penyedia Jasa *File Hosting* Atas Pelanggaran yang Dilakukan Oleh Penggunanya

Penentuan legal tolok ukur dalam tanggung jawab penyedia jasa *file hosting* digunakan teori perbuatan melawan hukum. Seperti yang telah dibahas sebelumnya bahwa hubungan hukum yang menjadi fokus dalam permasalahan ini adalah antara penyedia jasa *file hosting* dengan pemegang hak cipta. Karena perikatan yang terjalin adalah karena adanya perbuatan melawan hukum, maka teori dan peraturan yang digunakan untuk menganalisis permasalahan ini adalah perbuatan melawan hukum yang diatur oleh Pasal 1365 KUH Perdata.

Dari bunyi Pasal 1365 KUH Perdata, terdapat lima unsur untuk menentukan perbuatan melawan hukum yaitu: (1) Perbuatan; (2) Sifat melawan hukum dari perbuatan; (3) Kesalahan; (4) Kerugian; dan (5) Hubungan kausal antara perbuatan dan kerugian.

1. Perbuatan

Untuk menentukan adanya perbuatan melawan hukum, yang pertama harus ditentukan perbuatannya. Makna perbuatan dalam Pasal 1365 KUH Perdata memiliki segi positif dan negatif. Segi positif perbuatan bermakna berbuat sesuatu, sedangkan segi negatif bermakna tidak berbuat sesuatu.[188] Segi negatif perbuatan dapat juga dimaknai sebagai kelalaian.[189]

Karena kerugian yang diderita oleh pemegang hak cipta terjadi karena aktivitas *file sharing* yang melibatkan pengguna dan penyedia jasa, maka akan dibahas perbuatan apa saja yang relevan dalam aktivitas *file sharing* yang diduga menyebabkan kerugian kepada pemegang hak cipta. Perbuatan dalam konteks ini bersifat positif dan negatif serta perbuatan yang dilakukan baik oleh pengguna atau penyedia jasa.

a. Perbuatan yang Dilakukan Oleh Pengguna

Karena penelitian ini membahas permasalahan tanggung jawab penyedia jasa *file hosting* atas pelanggaran yang dilakukan penggunanya, maka pertama-tama perlu dipahami terlebih dahulu perbuatan yang dilakukan oleh pengguna. Untuk mengetahui lebih jelas perbuatan yang dilakukan pengguna, perlu dipahami terlebih dahulu kegiatan *file sharing* yang dilakukan melalui *file hosting*.

---

[188] M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 27.

[189] Makna perbuatan di Pasal 1365 pada awalnya tidak mencakup kelalaian, selain itu ketentuan mengenai kelalaian diatur dalam Pasal 1366 KUH Perdata. Namun setelah Pasal 1365 ditafsirkan secara luas yaitu makna positif dan negatif, kelalaian dapat dituntut berdasarkan Pasal 1365 KUH Perdata, *Ibid*.

Secara umum aktivitas *file sharing* yang dilakukan pengguna adalah mengunggah data (*upload*) dan mengunduh data (*download*). Dalam mengunggah data terdapat beberapa langkah yang biasanya dilalui.[190] Langkah yang pertama adalah mempersiapkan data yang akan diunggah. Pada tahap persiapan ini pengguna dapat memodifikasi data agar mudah untuk diunggah dan diakses.[191] Selain memodifikasi proses persiapan juga mencakup pengkonversian data dari suatu macam format tertentu menjadi yang format lain.[192]

Proses yang dilakukan oleh pengguna selanjutnya adalah mengunggah data. Pengguna yang akan memilih penyedia jasa *file hosting* mana yang akan digunakan, sejauh ini yang sering dipakai adalah Rapidshare dan Mediafire.[193] Langkah pertama yang dilakukan untuk mengunggah data adalah dengan membuka laman web penyedia jasa, misalkan http://www.mediafire.com/. Setelah itu pengguna harus memasukkan *username* dan *password* yang telah ia pilih ketika membuat akun. Ketika pengguna sudah memasuki akunnya, ia dapat memilih menu untuk memilih dan mengunggah data biasanya dengan menekan tombol *upload files*. Setelah data diunggah, sistem akan memberikan URL tempat data yang diunggah tersebut dapat diakses.

---

[190] Terdapat beberapa langkah untuk mengunggah data dan menyebarkan konten agar bisa diakses oleh orang lain. Langkah-langkah ini diambil dari Richard Abbott, *op. cit.*, hlm. 4.

[191] Beberapa layanan yang ditawarkan penyedia jasa *file hosting* memiliki keterbatasan terutama untuk layanan yang tidak berbayar. Salah satu keterbatasan tersebut berupa ukuran maksimal sebuah data yang diunggah, misalnya Mediafire yang batasan ukuran untuk satu file sebesar 200 MB. Jika pengguna tetap ingin mengunggah data yang besar, data tersebut dapat dipecah menggunakan winRAR menjadi beberapa file yang masing-masing besarnya tidak melebihi 200 MB. Aniket Mahanti, *Measurement and Analysis of Cyberlocker Services*, WWW 2011 Symposium 28 Maret – 1 April 2011 Hyderabad, India, hlm 374.

[192] Misalnya mengkonversi musik dari CD menjadi mp3 atau video dari DVD menjadi format avi atau mp4.

[193]

Untuk memberikan akses kepada orang lain terhadap data yang ia unggah tersebut pengguna akan memberikan URL tempat data disimpan kepada orang lain. URL tersebut diberikan kepada orang lain melalui email, *instant message*[194], jejaring sosial, blog dan atau forum.[195] Forum adalah tempat yang paling sering digunakan untuk menempatkan URL file yang diunggah di laman web *file hosting* dan diberi index yang dapat memudahkan orang yang ingin mencari file tersebut. Forum didirikan oleh suatu komunitas yang memiliki minat yang serupa. Yang dapat mengakses forum adalah pengguna yang terdaftar dan aktif dalam diskusi yang diadakan forum.[196] Index yang berisi daftar konten yang telah diunggah tidak hanya dipasang di forum, tetapi juga di blog atau semacam website pribadi yang berisi jurnal yang mudah untuk dioperasikan.[197]

b. Perbuatan Positif yang Dilakukan Oleh Penyedia Jasa

Peran penyedia jasa *file hosting* dalam kegiatan *file sharing* adalah sebagai penyedia akses kepada pengguna. Penyedia jasa membuat sistem yang mudah digunakan oleh pengguna untuk menyimpan dan mengirimkan data tanpa

---

[194] *Instant Message* atau IM merupakan cara komunikasi melalui internet yang populer. Dua orang dengan piranti lunak IM yang sama dapat saling mengirim pesan singkat dengan cepat. Piranti lunak IM juga memungkinkan pengguna untuk membuat grup berisikan beberapa teman dan mereka dapat saling mengobrol melalui satu ruang *chat room*. Contoh program atau piranti lunak IM adalah Yahoo! Messenger, WhatsApp, dan Blackberry Messenger "IM", http://www.techterms.com/definition/im, diakses pada 21 Desember 2012.

[195] Marcel Parakkal, *Digital piracy- A Special Focus on The EconomicPerspective*, (Doctoral dissertation, uniwien), (2009), hlm. 51.

[196] Untuk mencegah pengguna yang dapat dengan mudahnya mengakses URL file yang telah diunggah oleh orang lain tanpa memberikan kontribusi apapun terhadap forum, URL biasanya diatur menjadi tersembunyi dan hanya dapat dibuka oleh anggota forum yang telah memiliki jumlah *post* tertentu. *Ibid*.

[197] "Blog", http://www.techterms.com/definition/blog, diakses pada 21 Desember 2012.

mengharuskan penggunanya untuk membayar layanan tidak berbayar.[198] Dalam tahap pengunggahan data, peran penyedia jasa adalah menyediakan URL kepada pengguna untuk mengakses data tersebut sesaat setelah data selesai diunggah.

Karena data yang diunggah oleh seluruh pengguna *file hosting* disimpan di *server*[199] yang dikelola oleh penyedia jasa, dapat dikatakan bahwa peran penyedia jasa dalam tahap ini sebagai penyimpan data. Ketika data yang disimpan tersebut hendak diunduh oleh pengguna lain[200] kemudian pengguna tersebut menuju URL yang ada, *index server* dari *file hosting* akan meminta data kepada sistem. Setelah itu pengunduh akan diberi pilihan untuk menekan tombol untuk menginisiasi pengunduhan. Yang terakhir *server* menyediakan data yang diminta oleh pengunduh yang ketika prosesnya telah selesai akan disimpan di komputer.[201]

c. Perbuatan Negatif yang Dilakukan oleh Penyedia Jasa *File Hosting*

Cara kerja *file hosting* melibatkan banyak proses yang otomatis dalam operasinya. Proses pengunggahan telah diatur dan berlangsung secara otomatis tanpa harus memerlukan *review* dari penyedia jasa.[202] Penyedia jasa hanya membangun arsitektur jaringan dan akses yang pada akhirnya pekerjaan seperti memunculkan URL untuk

---

[198] *File hosting* merupakan salah satu *internet hosting website* seperti Youtube mempunyai kerangka operasi dan sistem yang kurang lebih mirip. John B. Meisel, "Economic and legal issues Facing Youtube and Similar Internet Hosting Web Sites," *12 No. 8 J. Internet L. 1* (2009).

[199] Richard Abbot, *op. cit.*, hlm. 3.

[200] Pengguna yang ingin mengunduh menemukan URL lokasi dimana data bisa diakses melalui sumber pihak ketiga (forum atau situs sumber dan indeks lainnya). Aniket Mahanti *et. al.*, "Characterizing the File Hosting Ecosystem: A View from the Edge," *29th International Symposium on Computer Performance, Modeling, Measurements and Evaluation* (2011).

[201] Aniket Mahanti, "Measurement and Analysis..," *loc. cit.*

[202] Walaupun dalam perkembangannya penyedia jasa melakukan penyaringan (*filter*) untuk menghilangkan konten yang melanggar hak orang lain. John B. Meisel, *loc. cit*.

sebuah *file* serta mengirimkan data dilakukan secara otomatis oleh sistem tanpa ada campur tangan manusia.

Karena sistem yang otomatis dan sedikit kendali dari pihak penyedia jasa, pengguna bisa dengan bebas mengunggah apa saja termasuk konten yang dapat melanggar hak orang lain seperti pornografi, pencemaran nama baik, dan yang melanggar hak cipta. Karena proses pengunduhan data juga berlangsung secara otomatis, maka distribusi data tersebut juga menjadi tidak terkendali. Dengan begitu sistem otomatis dengan minim kendali dari pihak penyedia jasa menyebabkan aktivitas *file sharing* tetap berlangsung dan dapat menjadi tak terkendali.

Jika sistem tersebut dibiarkan, maka akan banyak hak orang lain yang dilanggar. Penyedia jasa yang membiarkan banyak hak orang yang dilanggar karena teknologinya digunakan untuk pelanggaran adalah penyedia jasa yang tidak melakukan apa-apa. Dalam konteks perbuatan melawan hukum, perbuatan dapat dimaknai negatif yaitu tidak berbuat sesuatu. Jika seharusnya penyedia jasa *file hosting* melakukan pencegahan agar pihak lain tidak dirugikan, namun hal tersebut tidak dilakukan, maka penyedia jasa telah melakukan perbuatan negatif.

2. Sifat Melawan Hukum Perbuatan

Perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUH Perdata pada awalnya ditafsirkan secara sempit yaitu berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku yang telah diatur oleh

undang-undang.[203] Karena perkembangan, perbuatan melawan hukum diartikan lebih luas yakni mencakup pelanggaran hak subjektif orang lain, bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku, bertentangan dengan kaidah kesusilaan, dan bertentangan dengan kepatutan, ketelitian serta sikap hati-hati.[204] Dalam poin ini akan dibahas apakah perbuatan yang dilakukan penyedia jasa *file hosting* dapat dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum.

a. Pelanggaran Undang-Undang No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta

Salah satu bentuk kewajiban hukum adalah kewajiban yang berdasarkan hukum tertulis termasuk hukum pidana.[205] Berdasarkan rumusan Pasal 72 ayat (1), (2), (3), dan pasal 73 ayat 91) Undang-Undang Hak Cipta Nomor 19 Tahun 2002 unsur-unsur pelanggaran adalah sebagai berikut, 1) "barangsiapa", 2) "dengan sengaja", 3) "tanpa hak", 4) "mengumumkan, memperbanyak, menyiarkan, memamerkan, mengedarkan atau menjual", 5) "hak cipta" dan "hak terkait".[206] Mengenai perbuatan penyedia jasa *file hosting* yang menjadi permasalahan telah dijelaskan dalam poin sebelumnya. Yang menjadi pertanyaan adalah apakah perbuatan penyedia jasa dapat dipersamakan dengan "mengumumkan, memperbanyak, menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual".

Pengertian "mengumumkan" menurut Pasal 1 ayat (5) UU Hak Cipta adalah pembacaan, penyiaran, pameran, penjualan, pengedaran, atau penyebaran suatu

---

[203] M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 37.
[204] Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm. 13.
[205] *Ibid.*, hlm. 39.
[206] Hendra Tanu Atmadja, *op. cit.*, hlm. 98.

ciptaan dengan menggunakan alat apapun, termasuk media internet, atau melakukan dengan cara apapun, sehingga suatu ciptaan dapat dibaca, didengar, atau dilihat orang lain.[207] Tindakan yang dilakukan oleh pengguna tidak diragukan lagi merupakan perbuatan "mengumumkan" dalam pasal tersebut, karena Pengguna dengan menggunakan media internet melalui layanan *file hosting* dan mengunggah data menyebabkan sebuah karya menjadi tersedia di dunia maya. Terlebih jika pengguna juga menaruh URL yang berisi sebuah karya yang dilindungi hak cipta tersebut di situs pihak ketiga seperti blog, forum, dan jejaring sosial, sehingga lebih mudah untuk diakses orang lain.[208]

Jika yang ingin diketahui adalah mengenai sifat melawan hukum dari perbuatan yang dilakukan penyedia jasa *file hosting*, apakah hanya dengan menyediakan teknologi dapat dikatakan telah "mengumumkan"? Pada dasarnya layanan *file hosting* ditujukan untuk penyimpanan dan *back up* data serta pengiriman data yang terlalu besar untuk dikirim melalui *email*.[209] Layanan *file hosting* juga menawarkan keamanan data, sehingga aman dari mesin pencarian[210] dan tidak mudah ditemukan oleh orang lain.[211] Dengan sistem yang demikian maka dapat dikatakan bahwa pada

---

[207] *Ibid.*, hlm. 101.

[208] Demetris Antoniades *et. al.*, "One-click hosting services: a file-sharing hideout." In *Proceedings of the 9th ACM SIGCOMM conference on Internet measurement conference*,. ACM (2009), hlm. 223.

[209] Aniket Mahanti, *loc. cit*.

[210] Karena layanan *file hosting* menawarkan penyimpanan data yang aman karena data tidak mudah ditemukan oleh orang lain yang tidak memiliki URL maka layanan *file hosting* disebut juga *cyberlocker*. "Cyberlocker", http://www.techopedia.com/definition/27694/cyberlocker, diakses pada 23 Desember 2012.

[211] Website penyedia jasa *file hosting* tidak memberikan indeks data pengguna dan tidak menyediakan akses kepada penggunanya untuk melakukan pencarian terhadap sebuah data secara spesifik. Publik tidak bisa mendapatkan katalog data yang ia inginkan. Luke M. Rona, "Off With The

dasarnya penyedia jasa *file hosting* secara teknis hanya menyimpan data yang tempatnya (URLnya) hanya diketahui oleh pemilik data dan orang yang memiliki URL, sehingga perbuatan penyedia jasa *file hosting* tidak termasuk "mengumumkan" dalam unsur pelanggaran hak cipta.

Bentuk perbuatan yang melanggar hak cipta selanjutnya adalah "memperbanyak". Pengertian "perbanyakan" dirumuskan dalam Ketentuan Umum Pasal 1 ayat (6) UU Hak Cipta yaitu

> "Perbanyakan adalah penambahan jumlah sesuatu ciptaan, baik secara keseluruhan maupun bagian yang sangat substansial dengan menggunakan bahan-bahan yang sama ataupun tidak sama, termasuk mengalihwujudkan secara permanen atau temporer."

Ketika data diunduh oleh pengguna berarti data terduplikasi dari sumber utama (*server*) ke sebuah perangkat komputer tertentu (*pheripheral device*). Is*tilah m*engunduh atau yang biasa disebut *download* sering digunakan untuk menggambarkan proses duplikasi sebuah *file* dari layanan *online*[212] atau layanan *bulletin board* ke computer pribadi.[213] Dalam proses pengunduhan, ketika data yang terdapat di *server* dikirimkan kepada pengguna tidak "diambil" melainkan "terduplikasi" ke computer pengguna tanpa mengurangi kualitas data. Dengan proses ini tentunya terjadi penambahan jumlah, karena setiap orang yang mengunduh pasti akan memiliki data yang sama.

Head? How Eliminating Search and Index Functionality Reduces Secondary Liability in Peer-to-Peer File-Sharing Cases", *7 Wash. J. L. Tech. & Arts 27* (2011), hlm. 36.

[212] Jasa yang menyediakan pelanggan berbagai macam data yang ditransmisikan melalui jalur komunikasi. Jasa ini dapat menghubungkan para pengguna dengan informasi pihak ketiga yang tak terbatas. Contohnya adalah *online service provider*. "Online Service", http://www.webopedia.com/TERM/O/online_service.html, diakses 24 Desember 2012.

[213] "Download", http://www.webopedia.com/TERM/D/download.html, diakses 24 Desember 2012.

Penambahan jumlah data dimungkinkan karena sistem yang telah terotomatisasi, apakah penambahan jumlah ini dapat dikatakan sebagai "perbanyakan" yang dilakukan oleh penyedia jasa *file hosting*? Proses transfer data yang terjadi melalui *file hosting* terjadi secara otomatis dan dilakukan oleh sistem, sehingga tidak ada unsur kesengajaan yang disyaratkan Pasal 72 dari pihak penyedia jasa *file hosting*.

Walaupun kesengajaan oleh penyedia jasa *file hosting* dalam perbuatan "perbanyakan" tidak dapat dibuktikan, penyedia jasa tetap dapat dijerat menggunakan Pasal 72 melalui tindakan penyertaan yang ditur dalam Pasal 56 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang berbunyi:

> "Dipidana sebagai pembantu kejahatan:
> 1. mereka yang sengaja memberi bantuan pada waktu kejahatan dilakukan;
> 2. mereka yang sengaja memberikan kesempatan, sarana atau keterangan untuk melakukan kejahatan"

"Pemberi kesempatan dan sarana" terjadi sebelum adanya kejahatan.[214] Sehingga dalam keadaan tertentu penyedia jasa *file hosting* dapat dikatakan telah memberi kesempatan dan sarana bagi pengguna untuk melakukan pelanggaran hak cipta dengan menyediakan layanan atau membiarkan pengguna menggunakan layanan. Dalam pasal penyertaan pun tetap harus dibuktikan adanya kesengajaan. Karena gugatan dibuat berdasarkan perbuatan melawan hukum, maka beban pembuktian berada pada penggugat. Pada konteks layanan yang memfasilitasi kegiatan *file sharing*, dalam membuktikan kesengajaan penggugat harus membuktikan setidaknya pengetahuan penyedia jasa tentang pelanggaran yang dilakukan pengguna dan perilaku penyedia jasa dalam mengelola layanan.

---

[214] R. Soenarto Soerodibroto, *KUHP dan KUHAP Dilengkapi Yurisprudensi Mahkamah Agung dan Hoge Raad*, Cetakan ke-15 (Jakarta: Rajawali Pers, 2011), hlm. 56.

Dalam keadaan penyedia jasa lalai untuk mengontrol pengguna sehingga terjadi banyak pelanggaran, pasal penyertaan ini masih bisa digunakan karena pembantuan karena kelalaian adalah mungkin.[215] Dalam putusan *Hoge Raad* 21 Februari 1921 barang siapa berkewajiban menjaga barang-barang tertentu, membantu pencurian jika ia tidak berusaha untuk menghalanginya.[216] Karena penyedia jasa *file hosting* mempunyai kewajiban untuk menghormati hak subjektif pemegang hak cipta, maka membiarkan pengguna melakukan pelanggaran hak cipta tanpa berusaha mencegahnya dapat dikatakan teah "membantu" pelanggaran.

b. Pelanggaran Terhadap Prinsip Kehati-Hatian

Bentuk digital dari sebuah karya, kurangnya penilaian masyarakat yang seragam mengenai moral dari pengunduhan ilegal dan pola pikir bahwa musik adalah sesuatu yang komunal dan seharusnya digunakan untuk saling berbagi[217] merupakan tiga faktor pendukung suburnya aktivitas *file sharing*. Beberapa upaya hukum untuk menanggulangi *cyberpiracy* telah dilakukan dari gugatan yang ditujukan kepada pengguna[218] sampai gugatan kepada pemilik teknologi atau penyedia jasa yang beberapa berujung sampai penutupan situs namun upaya tersebut tidak membuat

---

[215] *Ibid*.

[216] *Ibid*.

[217] Walaupun hasil industri karya seni dihargai dan diinginkan oleh orang banyak, orang tidak mau membayar untuk sebuah karya yang bisa mereka dapatkan secara Cuma-cuma. Ketiga faktor tersebut adalah faktor yang mendukung terjadinya pengunduhan ilegal (*illegal downloading*). Flora Rostami, "Free is Hard to Beat: A Closer Look At The Digital Music Download Dilemma, *15 UCLA J. L. & Tech. 1*, hlm. 11-15.

[218] Industri rekaman di Amerika Serikat menggugat 261 penggemar musik yang mengunggah dan mengunduh lagu-lagu melalui jaringan *file sharing* berbasis *peer to peer* (P2P) pada tahun 2003. Electronic Frontier Foundation, *op. cit.*, hlm. 1.

aktivitas *file sharing* berkurang.[219] Ketika sarana yang digunakan pengguna untuk berbagi karya yang dilindungi hak cipta, mereka akan menemukan atau menciptakan cara lain yang lebih "aman" untuk berbagi. Ketika pola pikir dan tindakan masyarakat terkait dengan *file sharing* telah menjadi demikian, maka teknologi yang digunakan penyedia jasa *file hosting* tidak luput menjadi alat bagi pengguna untuk melakukan aktivitas *file sharing*. Agar aktivitas bisnis *file hosting* tidak merugikan para pemegang hak cipta, penyedia jasa harus menjalankan bisnisnya dengan penuh kehati-hatian. Menjalankan bisnis dengan penuh kehati-hatian dalam konteks pelanggaran hak cipta adalah dengan melakukan pencegahan dan penanganan agar tidak terjadi pelanggaran hak cipta menggunakan teknologinya.

Pelanggaran terhadap prinsip kehati-hatian dalam menentukan sifat melawan hukum juga terdapat dalam *law of tort* yang digunakan negara-negara *common law*. Dalam *law of tort* untuk menentukan adanya kelalaian, penggugat harus membuktikan bahwa tergugat berutang kewajiban untuk berhati-hati (*duty of care*) kepada penggugat.[220] Jika belum ada ketentuan yang mengatur apa saja *duty of care* yang dimiliki seseorang dalam situasi tertentu[221] terdapat beberapa *test* yang dapat diterapkan yaitu ramalan (*foresight*), kedekatan (*proximity*), dan pertimbangan bahwa

[219] Penyitaan terhadap Napster menyebabkan fasilitas yang disediakan Napster tidak bisa digunakan lagi, namun pengunduhan ilegal musik terus berlangsung. Will Moseley, "A New ()Old) Solution for Online Copyright Enforcement After Thomas and Tenenbaum," *25 Berkeley Tech. L.J. 311* (2010), hlm. 313.

[220] Vivienne Harpwood, *op. cit.*, hlm. 27.

[221] Dalam hal tanggung jawab penyedia jasa berbasis internet atau OSP atas pelanggaran yang dilakukan pengguna, beberapa negara telah mempunyai peraturan perundang-undangan khusus yang menentukan *duty of care* bagi OSP dan ISP seperti DMCA di Amerika Serikat. Namun, bagi negara yang belum mempunyai peraturan perundang-undangan yang demikian, *duty of care* ditentukan dengan cara tertentu.

penentuan kewajiban sesuai dengan keadilan dan kewajaran (*consideration of justice and reasonableness in imposing the duty*).[222]

Konsep perkiraan (*foresight*) atau melihat apa yang mungkin terjadi bermakna hipotesis wajar orang mengenai apa yang mungkin terjadi dalam situasi tertentu.[223] Dalam konsep ini kerugian harus dapat bisa diramalkan secara wajar sebagai "kemungkinan". Sedangkan kedekatan (*proximity*) bermakna hubungan. Namun kedekatan bukan menjelaskan hubungan hukum antar pihak, namun sebagai *test* untuk menentukan hubungan antara kelalaian tergugat dan kerugian yang diderita penggugat.[224] Penetapan *duty of care* terhadap tergugat dalam suatu kasus harus dilakukan sesuai dengan keadilan dan kewajaran. *Duty of care* tidak dapat dibebankan kepada tergugat ketika misalnya penggugat sendiri yang menyebabkan musibah, *duty of care* akan menyebabkan praktek defensif yang membuat rusaknya performa tergugat dalam melaksanakan pelayanan public, terdapat alternative lain untuk mendapatkan ganti rugi, dan ketika *duty of care* akan cenderung mengacaukan syarat untuk sebuah tindakan khususnya dalam kontrak dagang yang kompleks dimana para pihak seharusnya mempunyai kesempatan untuk bernegosiasi.[225]

Untuk memperkirakan kerugian yang mungkin terjadi diperlukan adanya pengetahuan[226] yang dapat dibangun melalui bukti langsung dan tidak langsung.

---

[222] Vivienne Harpwood, *loc. cit*.
[223] Michael A. Jones, *op. cit.*, hlm. 26.
[224] *Ibid.*, hlm. 28.
[225] *Ibid.*, hlm. 32.
[226] Terkait dengan adanya *duty of care* banyak frase yang digunakan untuk menentukannya seperti "sebenarnya mengetahui", "mempunyai alasan untuk tahu" atau "seharusnya tahu". Walaupun terdapat banyak istilah untuk menentukan *duty of care* dan setiap istilah menyebabkan perbedaan dalam menentukan standar kehati-hatian, pada intinya diperlukan

Pengetahuan yang dimaksud dalam konteks *file hosting* adalah pengetahuan bahwa penyedia jasa mempunyai "pengetahuan yang sebenarnya" bahwa terdapat konten-konten yang melanggar hukum tersimpan di sistemnya.[227] Dalam DMCA terdapat *test* yang bernama *Red Flag Test* untuk menentukan pengetahuan yang jelas (*apparent knowledge*) apakah OSP mempunyai pengetahuan mengenai pelanggaran yang dilakukan penggunanya. [228] *Red Flag Test* mempunyai dua komponen yaitu komponen subjektif dan objektif. Komponen subjektif menentukan apakah OSP sadar mengenai kondisi pelanggaran, sedangkan komponen objektif menentukan apakah pelanggaran yang ada terlihat jelas dari kondisinya.[229]

Ketika penyedia jasa *file hosting* hanya menyerahkan semua tugas kepada sistem lalu membiarkannya tanpa pengawasan, dapat dikatakan bahwa penyedia jasa telah melakukan perbuatan negatif. Ketika *duty of care* untuk mencegah dan menangani pelanggaran yang dilakukan oleh pengguna telah tercipta maka perbuatan negatif yang dilakukan penyedia jasa adalah dengan tidak melakukan pengawasan dan *filtering* terhadap konten-konten yang diunggah oleh pengguna.

c. Pelanggaran Terhadap Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik

---

pengetahuan untuk menentukan *duty of care*. Qian Tao, "The Knowledge Standard for The Internet Intermediary Liability in China," *20 Int'l J.L. & Info. Tech. 1* (2012).

[227] *Ibid*.

[228] Liliana Chang, "The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the DMCA § 512(c) Safe Harbor," *28 Cardozo Arts & Ent LJ 195* (2010), hlm. 201.

[229] *Ibid.*, hlm 202.

Kegiatan *file sharing* melibatkan data yang merupakan dokumen elektronik yang pengertiannya menurut Pasal 1 (4) Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 (UU ITE) adalah:

> "Dokumen Elektronik adalah setiap informasi Elektronik yang dibuat, diterusklan, dikirimkan, diterima, atau disimpan dalam bentuk analog, digital, elektromagnetik, optikal, atau sejenisnya, yang dapat dilihat, ditampilkan, dan/atau didengar melalui Komputer atau Sistem Elektronik, termasuk tetapi tidak terbatas pada tulisan, suara, gambar, peta, rancangan, foto atau perforasi yang memiliki makna atau arti atau dapat dipahami oleh orang yang mampu memahaminya."

Dari definisi tersebut dapat dilihat bahwa karya yang dilindungi hak cipta yang telah terdigitalisasi juga merupakan dokumen elektronik yang dilindungi oleh UU ITE.

UU ITE mengatur mengenai perbuatan apa saja yang terlarang berkaitan dengan informasi dan transaksi elektronik. Beberapa perbuatan yang dilarang dalam UU ITE yang terkait dengan aktivitas *file sharing* adalah:

> Pasal 30 ayat (2):
>
> Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum mengakses Komputer dan/atau Sistem Elektronik dengan cara apa pun dengan tujuan untuk memperoleh Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik.
>
> Pasal 32 ayat (1)
>
> Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum dengan cara apapun mengubah, menambah, mengurangi, melakukan transmisi, merusak, menghilangkan, memindahkan, menyembunyikan suatu Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik milik Orang lain atau milik publik.
>
> Pasal 32 ayat (2)
>
> Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum dengan cara apa pun memindahkan atau mentransfer Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik kepada Sistem Elektronik Orang lain yang tidak berhak.

Perbuatan pengguna yang mengunduh data elektronik karya yang dilindungi hak cipta termasuk dalam perbuatan terlarang yang diatur dalam pasal ini. Proses pengunduhan data elektronik tersebut dilakukan dengan sengaja dengan tujuan untuk menggunakan dan atau menikmati suatu karya.[230] Sedangkan unsur tanpa hak dalam perbuatan mengunduh data ini karena dengan mengunduh data elektronik tersebut, pengguna telah melakukan "perbanyakan" suatu karya sementara pengguna tidak mengalami proses pengalihan hak atas suatu karya.[231] Proses pengunduhan juga menyebabkan "penambahan" seperti yang diatur dalam Pasal 32 (1) karena sebuah data elektronik yang tadinya berada di *server* terduplikasi melalui sistem transmisi ke komputer atau sistem elektronik pengguna.

Bagi pengguna yang mengunggah data elektronik ke *server* tempat penyimpanan data pada *file hosting*, ia telah melakukan perbuatan yang dilarang dalam Pasal 32 ayat (1) dan ayat (2). Pengguna yang mengunggah telah "menambah" data elektronik, karena proses pengunggahan data menyebabkan penggandaan data elektronik yang ada di komputer atau sistem elektronik pengguna menjadi ada di *server* melalui proses "transmisi", apalagi data elektronik tersebut dapat bertambah lagi jika diunduh oleh orang lain. Tindakan mengunggah juga dapat dikatakan sebagai "memindahkan" dan "mentransfer" suatu karya yang berbentuk dokumen elektronik ke komputer atau

---

[230] Sebelum mengunduh pengguna biasanya mencari karya tertentu yang dapat ia cari menggunakan mesin pencarian dan situs yang menyediakan indeks tempat data tersebut disimpan. Selain itu dengan pengguna memencet tombol untuk mengeksekusi proses pengunduhan di dalamnya terkandung niat untuk memiliki dan atau menikmati karya tersebut.

[231] Arti dari unsur tanpa hak dari sifat melanggar hukum adalah bahwa seseorang tidak mempunyai hak untuk melakukan suatu perbuatan. Menurut UU Hak Cipta, pemilik hak cipta adalah pencipta itu sendiri. Pemilik hak cipta dapat mengalihkan atau menguasakan sebagian atau seluruh haknya kepada pihak lain melalui, perjanjian, surat kuasa, hibah, atau warisan. Tanpa pengalihan tersebut suatu tindakan merupakan "tanpa hak". Hendra Tanu Atmadja, *op. cit.*, hlm. 100-101.

sistem elektronik pengguna, ketika pengunggah memberitahu orang lain atau memasang URL tempat data disimpan sehingga dapat diketahui orang banyak. Memberitahu atau menyebarkan URL kepada orang lain yang tidak berhak berarti pengunggah menginginkan adanya transfer data elektronik dari *server* menuju komputer atau sistem elektronik orang lain.

Larangan dalam UU ITE tidak hanya dapat diterapkan kepada perbuatan-perbuatan yang secara langsung merugikan orang lain seperti yang telah dijelaskan sebelumnya. Bagaimana jika perbuatan yang melawan hukum tersebut dilakukan secara otomatis karena cara kerja sebuah alat atau program? Pasal 34 UU ITE menyatakan bahwa:

> "Setiap Orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum memproduksi, menjual, mengadakan untuk digunakan, mengimpor, mendistribusikan, menyediakan, atau memiliki:
>
> a. Perangkat keras atau perangkat lunak Komputer yang dirancang atau secara khusus dikembangkan untuk memfasilitasi perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 33.
> b. Sandi lewat Komputer, Kode Akses, atau hal yang sejenis dengan itu yang ditujukan agar Sistem Elektronik menjadi dapat diakses dengan tujuan memfasilitasi perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 33.

Penyedia jasa yang teknologinya digunakan penggunanya untuk melakukan perbuatan yang dilarang oleh UU ITE dapat terjerat oleh pasal ini, tidak terkecuali penyedia jasa *file hosting*. Perbuatan pengguna yang menggunakan sebuah teknologi telah memenuhi unsur perbuatan terlarang. Selanjutnya untuk menentukan apakah penyedia jasa dapat dijerat pasal ini, perlu dibuktikan bahwa ia sengaja menyediakan jasa dengan tujuan memfasilitasi perbuatan yang dilarang tersebut.

Layanan *file hosting* merupakan layanan berbasis HTTP.[232] Pengguna dapat menggunakan layanan dengan mengunjungi laman yang bersangkutan, tanpa harus menginstal program khusus. Dengan ini layanan *file hosting* termasuk dalam "sandi lewat komputer" dalam Pasal 34. Dengan menyediakan layanan dan mengijinkan pengguna untuk mengakses layanan, ia telah "mengadakan untuk digunakan". Sedangkan perbuatan-perbuatan yang terjadi dalam kegiatan *file sharing* yang dilakukan pengguna telah memenuhi unsur Pasal 30 ayat (2), Pasal 32 ayat (1), dan Pasal 32 ayat (2) yang merupakan perbuatan yang dilarang UU ITE.

Untuk menentukan adanya kesengajaan dengan tujuan memfasilitasi pertama-tama diperlukan adanya pengetahuan mengenai terjadinya pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan penggunanya. Pengetahuan mengenai pelanggaran dapat dilihat dari kemampuan dari sumber daya manusia sebagai pengelola dalam memonitor aktivitas pengguna dan data elektronik seperti apa saja yang diunggah oleh pengguna ke dalam *server*. Ketika penyedia jasa mengetahui bahwa telah berlangsung kegiatan yang dilarang dalam sistemnya, tetapi tidak dilakukan usaha penanganan atau pencegahan sementara ia terus meraup keuntungan dari aktivitas tersebut[233], dapat dikatakan bahwa penyedia jasa telah memfasilitasi pengguna untuk melakukan perbuatan yang dilarang.

[232] Josep Sanjuas-Cuxart, *et. al.*, *op. cit.*, hlm. 277.

[233] Pemasukan penyedia jasa *file hosting* diperoleh dari iklan dan iuran yang dibayarkan pengguna yang menggunakan layanan berbayar.

Ketika perbuatan penyedia jasa yang melanggar Pasal 34 tersebut menimbulkan kerugian bagi orang lain Pasal 36 UU ITE dapat menjadi dasar gugatan yang bunyinya:

> "Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 34 yang mengakibatkan kerugian bagi Orang lain."

Berdasarkan pasal ini, kerugian yang diderita pemegang hak cipta harus dibuktikan. Setelah itu harus diikuti pembuktian adanya hubungan kausal antara kerugian yang diderita dan perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penyedia jasa.

3. Kerugian yang Diderita Oleh Pemegang Hak Cipta

Kerugian dalam gugatan ganti rugi dapat bersifat material dan immaterial. Dalam pasal-pasal mengenai ganti kerugian akibat wanprestasi, kerugian meliputi tiga unsur antara lain, biaya, kerugian yang sesungguhnya, dan keuntungan yang diharapkan (bunga).[234] Kerugian yang diderita dalam konteks pelanggaran hak cipta disini dapat berupa kerugian langsung seperti penurunan penjualan hasil rekaman akibat perilaku pengguna *file hosting*. Sementara kerugian akan keuntungan di masa datang adalah keuntungan masa yang akan datang yang gagal didapatkan karena perbuatan penyedia jasa *file hosting*.

Dalam perkara pelanggaran hak cipta seperti pembajakan, penentuan jumlah kerugian memang tidak mudah. Terdapat beberapa cara dalam menentukan kerugian

[234] Dalam KUH Perdata penjelasan mengenai kerugian hanya ditemukan dalam ganti kerugian akibat wanprestasi, walaupun penerapannya tidak dapat dilakukan secara langsung pada perbuatan melawan hukum, dibuka kemungkinan penerapan secara analogis. Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, Dikutip dari Hendra Tanu Atmadja, *op. cit.*, hlm. 233.

yang diderita akibat sebuah perbuatan. Yang pertama adalah dengan menggunakan perbandingan penjualan hasil rekaman yang resmi sebelum perbuatan dilakukan dan setelah perbuatan dilakukan. Pada perkara *PT. Remaco v. Ny. Liong Tia Lan* No. 59/1977G kerugian ditaksir sebesar Rp 200.000.000 (dua ratus juta rupiah) yang berdasarkan kemunduran hasil penjualan rekaman milik penggugat.[235]

Idealnya untuk menikmati atau memiliki duplikat (*copy*) suatu karya seni seperti musik atau film, konsumen harus membayar sejumlah uang lalu ia akan mendapatkan akses terhadap karya tersebut baik dalam bentuk optikal[236] atau fisik maupun dalam bentuk data elektronik[237]. Ketika konsumen mendapatkan duplikat dan menikmati sebuah karya, ia telah melewatkan proses transaksi dengan pihak pemegang hak cipta. Dalam tahap ini dapat dikatakan bahwa pemegang hak cipta telah menderita kerugian, karena jika tidak ada akses yang mudah dan cuma-cuma untuk mendapatkan karya tersebut melalui aktivitas *file sharing*, konsumen seharusnya membayar untuk menikmati suatu karya, sehingga pemegang hak cipta menerima pemasukan.

Cara kedua adalah menentukan kerugian berdasarkan logika diatas adalah dengan menunjukkan dan menghitung karya pemegang hak cipta yang berupa data elektronik yang ada di *server* penyedia jasa *file hosting*, lalu dihitung jumlah berapa kali data tersebut diakses atau diunggah oleh pengguna. Namun sebelumnya penggugat perlu menunjukkan bahwa ia pemegang hak cipta yang sah atas karya-karya yang ia

---

[235] *Ibid.*, hlm. 239.
[236] CD, DVD, Bluray
[237] iTunes

tunjukkan.[238] Dengan mengetahui jumlah berapa kali karya tersebut diakses, dapat diketahui seberapa banyak karya tersebut telah dimanfaatkan, sehingga kerugian yang diderita pemegang hak cipta dapat diperkirakan.

Yang ketiga adalah dengan meneliti dan menghitung akibat dari aktivitas *file sharing* melalui penyedia jasa *file hosting* tertentu terhadap pasar industri seni tertentu seperti musik dan film. Cara ini digunakan dalam menentukan akibat penggunaan Napster dalam kasus *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc*. Dalam tingkat pengadilan negeri disimpulkan bahwa Napster telah membahayakan pasar dalam setidaknya dua cara yaitu: mengurangi penjualan CD oleh kalangan mahasiswa dan menciptakan Penghalang (*barrier*) bagi penggugat untuk memasukipasar transfer musik digital (*digital downloading*).

4. Kesalahan

Istilah *schuld* (kesalahan) dalam arti sempit hanya mencakup kesengajaan, sementara dalam arti luas *schuld* mencakup kesengajaan dan kealpaan. [239] Sifat melawan hukum harus dimiliki oleh "perilakunya", di samping itu masih disyaratkan adanya unsur "salah" dalam arti bisa dipertanggungjawabkan kepada si pelaku untuk

[238] Menurut UU Hak Cipta, pemilik hak cipta adalah pencipta itu sendiri. Pemilik hak cipta dapat mengalihkan atau menguasakan sebagian atau seluruh haknya kepada pihak lain melalui, perjanjian, surat kuasa, hibah, atau warisan. Tanpa pengalihan tersebut suatu tindakan merupakan "tanpa hak". Hendra Tanu Atmadja, *op. cit.*, hlm. 100-101.

Pencipta juga merupakan pemilik hak perbanyakan (*mechanical rights*) seperti penulis, composer musik, penerbit musik. Michelle Ziller, *Mechanical Rights in France*, Dikutip dari Hendra Tanu Atmadja, *op. cit.*, hlm. 294.

[239] M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm. 65.

dapat menuntut ganti rugi.[240] Dengan begitu perlu dibuktikan bahwa perbuatan tergugat dapat dipersalahkan kepadanya.

Kesengajaan dalam hukum pidana mempunyai tiga wujud yaitu:

a. Kesengajaan yang bersifat tujuan (*oogmerk*)

Bentuk kesengajaan ini mudah dipahami oleh banyak orang. Dengan adanya kesengajaan yang bersifat tujuan, pelaku dapat dikatakan benar-benar menghendaki akibat yang menjadi pokok alasan Diadakannya ancaman hukuman.

b. Kesengajaan secara keinsafan kepastian (*Opzet bij zekerheidsbewustzijn*)

Kesengajaan ini ada apabila pelaku dengan perbuatannya tidak bertujuan untuk mencapai akibat yang menjadi dasar dari delik, tetapi ia tahu benar, bahwa sebagai konsekuensinya pasti akan mengikuti perbuatan itu.

c. Kesengajaan secara keinsafan kemungkinan (*Opzet bij mogelijkheidsbewustzjin*)[241]

Menurut konsep kesengajaan ini, hanya membayangkan kemungkinan akan adanya akibat itu dapat dikatakan telah sengaja.

Layanan *file hosting* atau *cyberlocker* diadakan pada awalnya untuk tujuan penyimpanan data dan pengiriman data yang terlalu besar untuk dikirimkan melalui *email*. Tujuan dari mengadakan layanan ini memang bukan untuk menyebabkan kerugian bagi pemegang hak cipta. Penyedia jasa sebagai pihak yang mengerti bahwa ada kemungkinan teknologinya digunakan untuk perbuatan melawan hukum oleh

[240] J. Satrio, *op. cit.*, hlm. 229-231.
[241] Hendra Tanu Atmadja, *op. cit.*, hlm. 99-100.

banyak orang, maka ia dapat dikatakan ada kesengajaan. Intertpretasi kesengajaan perlu diterapkan secara hati-hati karena layanan atau teknologi apapun yang disediakan oleh penyedia jasa dapat digunakan untuk melakukan pelanggaran hukum,[242] tetapi jika diterapkan terlalu ketat dapat membatasi kemajuan teknologi.

Kesalahan sebagai kealpaan atau dalam arti objektifnya bermakna bilamana pelaku seharusnya melakukan perbuatan secara lain dari yang telah dilakukannya.[243] Penyedia jasa *file hosting* dapat dipersalahkan karena telah membiarkan berlangsungnya pelanggaran hak cipta menggunakan teknologinya. Dalam menentukan kealpaan perlu ditentukan "hal yang seharusnya dilakukan" oleh tergugat, selanjutnya dibuktikan bahwa tergugat tidak melakukan hal tersebut. Seperti yang telah dijelaskan dalam poin pelanggaran terhadap asas kehati-hatian, hal yang seharusnya dilakukan tersebut adalah *duty of care* untuk mencegah kerugian yang timbul dari aktivitas pelanggaran hak cipta oleh pengguna.

Terdapat beberapa tindakan yang sekarang sering dilakukan oleh OSP seperti *file hosting* untuk mencegah banyaknya konten-konten yang melanggar hak cipta diunggah menggunakan teknologinya. Yang pertama adalah dengan menegaskan kepada pengguna bahwa mengunggah karya orang lain tanpa hak adalah tindakan yang dilarang melalui *terms of service* dan memberikan sanksi kepada pengguna yang melanggar. Kedua adalah dengan menyediakan sistem yang memungkinkan pemegang hak cipta untuk melaporkan adanya pelanggaran kepada penyedia jasa dan

---

[242] Misalnya jasa telekomunikasi dapat dipakai untuk melakukan terror dan tindak pidana lain.

[243] M. A. Moegni Djojodirdjo, *op. cit.*, hlm 66-67.

meminta untuk dihapus.[244] Ketiga adalah menerapkan teknologi *filter* (penyaringan) untuk menyaring data-data yang melanggar hak cipta.[245] Salah satu contoh penyedia jasa yang menerapkan teknologi *filter* adalah Mediafire yang menggunakan *Audible Magic Content and Media Recognition*.[246]

Karena telah terdapat beberapa OSP yang dibawa ke meja hijau karena pelanggaran seperti ini,[247] usaha-usaha untuk mencegah banyaknya pelanggaran telah dilakukan oleh hampir semua penyedia jasa *file hosting* yang bisa dilihat dari *terms of service* dan informasi penggunaan layanan dalam laman web penyedia jasa. Menampilkan informasi bahwa ia telah melakukan usaha pencegahan tidaklah cukup untuk melepaskan penyedia jasa dari tanggung jawab. Dalam persidangan perlu dibuktikan lebih lanjut bahwa usaha-usaha tersebut benar-benar dilakukan dan diterapkan semestinya.

---

[244] Sistem ini disebut *notice and takedown*. Cara menyampaikan pemberitahuan (*notice*) adalah dengan mengisi dan mengirimkan *support ticket* yaitu formulir yang berisi identitas pelapor dan URL data elektronik tertentu yang melanggar. Jika pemegang hak cipta terlalu sering menemukan pelanggaran dalam *file hosting* tersebut, penyedia jasa seperti Mediafire menawarkan layanan *DMCA Dynamic Notification Accout* dimana pemegang hak cipta akan mempunyai akun yang diberi akses yang lebih mudah dalam memonitor dan melaporkan pelanggaran kepada pengelola *file hosting*. "Copyright", http://www.mediafire.com/policy_violation/copyright.php, Diakses 31 Desember 2012. "Request DMCA Dynamic Notification Account", http://www.mediafire.com/policy_violation/application.php, Diakses 31 Desember 2012.

[245] Berbeda dengan mekanisme *notice and takedown* yang berdasarkan pelaporan orang, teknologi *filter* mekanismenya otomatis. Sistem akan menemukan sendiri data-data yang melanggar hak cipta.

[246] "Enforcement", http://www.mediafire.com/policies/enforcement.php, Diakses 31 Desember 2012. Teknologi ini digunakan Mediafire atas layanan yang disediakan oleh Audible Magic. Teknologi ini dapat membantu meminimalisasi risiko pelanggaran hak kepada pemegang hak cipta. Teknologi Audible Magic dapat mengenali ribuan musik, film, serta acara televisi yang dilindungi hak cipta. "Compliance", http://audiblemagic.com/solutions-maincompliance.php, Diakses 31 Desember 2012.

[247] Beberapa OSP yang pernah digugat karena pelanggaran pengguna antara lain Napster dalam A&M Records, Inc. V. Napster, Inc., Mp3.com dalam UMG Recordings, Inc. v. MP3.Com, Inc, dan Youtube dalam Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.

Dalam kasus *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd*[248]. Kesalahan diidentifikasi menggunakan dua cara. Cara yang pertama adalah kesalahan diidentifikasi dari karakteristik dan penggunaan teknologi yang didistribusikan/disediakan.[249] Seorang tergugat yang mendistribusikan teknologi sekiranya mengerti bagaimana teknologi bekerja dan bagaimana ia digunakan. Jika teknologi sering digunakan untuk tujuan yang melanggar hukum, hal ini dapat menjadi dasar untuk mengatakan bahwa tindakan tergugat memenuhi unsur kesalahan.[250]

Cara yang kedua mengidentifikasi kesalahan dari bukti bahwa tergugat dengan sengaja menimbulkan pelanggaran.[251] Tergugat yang mempromosikan teknologi tertentu untuk melakukan pelanggaran atau mengajarkan pengguna bagaimana melakukan pelanggaran telah melakukan kesalahan dan bertanggungjawab atas akibat pelanggaran tersebut.[252]

5. Hubungan Kausal antara Perbuatan dan Kerugian

Jika kerugian yang dijelaskan adalah jumlah penurunan penjualan resmi dan banyaknya karya yang didapatkan secara melawan hukum, kemudian perlu

---

[248] Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd. (Supreme Court), 545 U.S. 913, 125 S.Ct. 2764, 162 L.Ed.2d 781, 73 USLW 4675, 2005 Copr.L.Dec. P 29,007, 75 U.S.P.Q.2d 1001, 33 Media L. Rep. 1865, 05 Cal. Daily Op. Serv. 5620, 05 Daily Journal D.A.R. 7666, 18 Fla. L. Weekly Fed. S 547

[249] Alfred C. Yen, *op. cit.*, hlm. 32.

[250] *Ibid*.

[251] *Ibid*.

[252] *Ibid*.

dibuktikan bahwa kerugian tersebut merupakan akibat dari perbuatan penyedia jasa *file hosting*.[253] Penurunan jumlah penjualan musik terutama penjualan fisik seperti kepingan CD memang telah terjadi sejak lama. Hal ini dimulai dari kemunculan format musik digital MP3.[254] Melalui format MP3 rekaman suara yang asalnya merupakan gelombang terdigitalisasi lalu diulang-ulang beberapa kali per detik.[255] Format ini memungkinkan mudahnya penyimpanan dan transfer data karena ukurannya yang relatif kecil.[256] Jika penyimpanan puluhan bahkan ratusan album dalam bentuk CD memerlukan banyak ruangan, dengan format MP3 ribuan lagu dapat disimpan dalam *hard drive* komputer. Walaupun dari segi kualitas, rekaman dari CD tetap lebih unggul, musik berformat MP3 yang mempunyai *bit rates* diatas 160 Kbps mempunyai kualitas yang bagus dan hampir sama dengan CD.[257]

Kehadiran internet dan kemudahan orang dalam mengakses internet yang dimulai sekitar tahun 1999 menandai tumbuhnya aktivitas *file sharing*. Napster yang ditemukan tahun 1999 merupakan OSP pertama yang memungkinkan penggunanya berbagi dan bertukar koleksi MP3 yang disimpan di *hard drive* secara cuma-cuma. Walaupun setelah Napster dibawa ke meja hijau dan harus ditutup, berbagai macam

---

[254] MP3 adalah MPEG-1 atau MPEG-2 Audio Layer III ditemukan oleh Karlheinz Brandenburg

[255] Alejandro Zentner, "Measuring The Effect of File Sharing on Music Purchase", *Journal of Law and Economics, vol. XLIX (April 2006)*, hlm. 70.

[256] Kualitas CD memerlukan sampel gelombang 44.100 kali per detik (44.1 KHz), walaupun manusia hanya bisa mendengar sekitar 10 persen dari suara yang direkam di CD. Sistem kompresi MP3 menghilangkan suara-suara yang tidak bisa didengar manusia sehingga ukurannya lebih kecil. Lagu yang berdurasi 5 menit dalam format CD akan menghabiskan sekitar lebih dari 50 MB, sedangkan dengan format MP3 data dapat dikompresi sampai 5 MB tanpa terlalu mempengaruhi kualitas suara. *Ibid*.

[257] Terdapat beberapa macam kualitas kompresi MP3 berdasarkan *bit rates*. Standar *bit rates* untuk MP3 di internet adalah antara 64 sampai 192 Kbps. Bahkan saat ini sudah banyak kompresi MP3 dengan *bit rates* 320 Kbps yang beredar di Internet. *Ibid*.

layanan serupa dengan arsitektur teknologi yang berbeda terus bermunculan termasuk layanan *file hosting*. Walaupun industri musik kemudian menyediakan layanan untuk membeli musik secara *online* yang legal seperti iTunes Store[258], sebagian besar konsumen tetap setia dengan cara *file sharing* yang ilegal karena musik dapat diperoleh denga cuma-cuma.[259]

Permasalahan akibat digitalisasi karya tidak hanya dihadapi oleh industri musik saja, tetapi juga industri perfilman. Adanya teknologi *video codec*[260] memungkinkan kompresi video digital dari DVD menjadi sebuah data elektronik yang berukuran lebih kecil namun kualitasnya tetap bagus. Film-film yang telah terkompresi tersebut juga beredar di internet menggunakan cara dan media yang sama seperti *file sharing* ilegal dalam musik.

Penurunan penjualan yang diakibatkan oleh *file sharing* dapat dijelaskan dan diukur melalui studi ekonomi. Beberapa studi empiris dengan berbagai macam metode yang mengukur penurunan penjualan karena aktivitas *file sharing* telah dilakukan dan hasilnya bervariasi. Menurut Liebowitz, pertama-tama yang harus dihitung adalah tingkat penurunan penjualan kemudian menghitung porsi dari

---

[258] iTunes Store adalah tempat penjualan media digital online yang dikelola oleh Apple Inc. iTunes Store menyediakan jutaan lagu, video, e-book dan aplikasi untuk dibeli secara online. "iTunes", http://www.apple.com/itunes/what-is/, Akses 11 Januari 2013.

[259] Carisumbernya

[260] *Video Codec* yang merupakan kepanjangan dari *video encoder/decoder* adalah piranti lunak atau Sirkuit piranti keras yang dapat melakukan kompresi dan dekompresi sinyal video digital. MPEG, Windows Media Video (WMV) dan H.264 adalah contoh *codec* populer. PC Mag, http://www.pcmag.com/encyclopedia_term/0,1237,t=video+codec&i=53832,00.asp, "*video codec*," Akses 4 Januari 2012.

penurunan tersebut yang diakibatkan karena *file sharing*.[261] Berdasarkan studi yang dilakukan Zentner (2006) dari 7 negara di Eropa ditemukan bahwa jika tidak ada aktivitas *file sharing* penjualan akan lebih tinggi 8%.[262] Kemudian studi Zentner yang dilakukan 2009 yang lingkupnya global menunjukkan bahwa pengaruh *file sharing* terhadap penurunan penjualan adalah sebesar 58%-92%.[263]

Seperti halnya studi yang menunjukkan adanya kontribusi yang signifikan dari aktivitas *file sharing* terhadap penurunan penjualan, studi yang menunjukkan hasil bahwa tidak ada pengaruh *file sharing* terhadap penjualan juga ada. Menurut studi yang dilakukan Andersen dan Frenz (2007) yang mempelajari efek P2P *file sharing* di Kanada, secara garis besar menunjukkan bahwa pengaruh aktivitas *file sharing* tidak ada hubungannya dan tidak signifikan dengan penurunan penjualan CD.[264] Pada penelitian tersebut bahkan ditunjukkan bahwa ada hubungan yang signifikan antara kenaikan aktivitas *file sharing* dan kenaikan pembelian CD.[265] Dalam penelitian yang dilakukan oleh orang yang sama pada tahun 2010 menyimpulkan bahwa kebiasaan *file sharing* mungkin saja bukan berita buruk bagi industri, karena dapat menciptakan kesempatan bisnis baru.[266] Walaupun penjualan CD menurun namun pendapatan musik tetap naik, karena konsumen memang lebih menyukai musik digital daripada

---

[261] Stan J. Liebowitz, "The Metric is the Message: How much of the Decline in Sound Recording Sales is due to File-Sharing?", *CAPRI Publication 11-02* (2011), hlm. 4.

[262] *Ibid*.

[263] *Ibid*.

[264] Tidak ada bukti langsung yang menunjukkan apakah P2P *file sharing* menaikkan atau menurunkan penjualan. Birgitte Andersen & Marion Frenz, "The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada," *Industry Canada* (2007), hlm. 26.

[265] Warga Kanada yang melakukan aktivitas *file sharing* juga membeli banyak CD. *Ibid*.

[266] Birgitte Andersen & Marion Frenz, "Don't Blame the P2P file-sharers: The Impact of Free Music Downloads on The Purchase of Music CDs in Canada," *J Evol Econ* (2010), hlm.735.

yang berbentuk fisik seperti CD. Menurut statistik RIAA yang dikutip oleh Henry H. Perritt Jr. penjualan musik digital (*single*) melebihi 1 milyar pada tahun 2009 memebihi 385 total pembelian CD.[267] Hal ini membantah keengganan konsumen untuk membeli musik, namun hanya pergeseran preferensi konsumen dari bentuk fisik menjadi digital dan dari album menjadi *single*.[268]

Dari sekian banyak penelitian yang mempelajari pengaruh *file sharing* terhadap penjualan yang legal, baik itu CD fisik atau yang berbentuk data elektronik, kebanyakan penelitian tersebut dilakukan untuk aktivitas *file sharing* secara umum bahkan hanya terfokus pada jaringan P2P. Untuk menentukan kerugian akibat *file sharing* menggunakan *file hosting* perlu dilakukan studi yang hanya terfokus kepada aktivitas *file sharing* yang menggunakan layanan *file hosting* saja, walaupun metode-metode yang digunakan pada penelitian sebelumnya dapat diterapkan dan dapat dijadikan referensi juga.

Dalam keperluan pembuktian pada persidangan, studi harus dilakukan secara spesifik kepada penyedia jasa yang menjadi tergugat saja. Pada persidangan kasus Napster penggugat melakukan dua studi yaitu *Jay Report* dan *Fine Report* untuk menentukan pengaruh terhadap pasar. *Jay Report* menemukan adanya kerugian yang tidak dapat diperbaiki yang terfokus pada satu segmen populasi pengguna Napster yaitu mahasiswa. Sedangkan *Fine Report* menemukan hilangnya penjualan album

[267] Henry H. Perritt. Jr., "Music Markets and Mythologies," *9 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 831* (2010), hlm. 834.
[268] *Ibid*.

dalam pasar mahasiswa.[269] Akhirnya pengadilan menyimpulkan bahwa Napster telah merugikan pasar melalui paling tidak dua cara yaitu: mengurangi penjualan CD pada mahasiswa dan memperbesar halangan bagi penggugat untuk masuk dalam pasar musik digital.[270] Seperti pembuktian dalam kasus Napster studi untuk membuktikan hubungan antara perbuatan penyedia jasa dan kerugian dilakukan secara spesifik kepada penggunaan Napster saja dan pada segmen yang lebih spesifik misalnya mahasiswa.

Masih terjadi perdebatan mengenai pengaruh adanya layanan yang dapat digunakan untuk pelanggaran hak cipta terhadap industri hiburan. Di satu sisi teknologi seperti *file hosting* mempermudah orang untuk mendapatkan karya yang dilindungi hak cipta tanpa harus membayar, sehingga penjualan fisik (CD dan DVD) berkurang. Di sisi lain teknologi ini secara tidak langsung membantu mempromosikan artis dan karyanya. Aktivitas *file sharing* dapat menaikkan popularitas dan membantu mengenalkan musisi terutama musisi baru kepada konsumen yang kemudian juga menaikkan kemungkinan membeli musik mereka.[271]

Di dalam persidangan, pembuktian mengenai hubungan antara perbuatan dan kerugian ini yang akan menjadi pertempuran analisis penggugat dan tergugat. Karena terdapat berbagai macam metode dan analisis ekonomi untuk menentukannya,

---

[269] Mark A. Lemley *et. al.*, *op. cit.*, hlm. 733.

[270] *Ibid*.

[271] Beberapa band seperti Coldplay, Arctic Monkeys dan My Chemical Romance menyediakan musik mereka pada laman web yang memungkinkan konsumen untuk mengunduhnya secara gratis dan terbukti sukses. Sebagian konsumen juga memiliki pengalaman mengetahui keberadaan seorang musisi untuk pertama kalinya karena dikirimi musik berbentuk MP3 oleh orang lain. Kebanyakan dari mereka yang menyukai musik tersebut akan menuju ke iTunes atau mengunjungi laman web resmi artis untuk mendapatkan musik-musik lain dari artis tersebut. Henry H. Perritt. Jr., *op. cit.*, hlm. 845.

putusan akan bergantung kepada pihak mana yang menyajikan analisis yang sesuai. Poin ini merupakan poin yang penting karena jika nantinya tergugat telah terbukti melakukan perbuatan yang sifatnya melawan hukum namun tidak terbukti adanya hubungan antara kerugian yang diderita oleh penggugat dan perbuatan tergugat, penggugat tidak bisa meminta ganti rugi kepada tergugat.

C. Tanggung Jawab Penyedia Jasa *File Hosting* dalam Teori *Secondary Liability*

Teori *secondary liability* yang lahir dari putusan hakim *common law* memiliki perbedaan dengan perbuatan melawan hukum. Jika dalam perbuatan melawan hukum unsur "perbuatan" adalah perbuatan tergugat yang dapat dipersalahkan kepadanya, dalam *secondary liability* "perbuatan" tidak dilakukan oleh tergugat namun dapat dipertanggung jawabkan oleh tergugat.

Doktrin *secondary liability* menunjukkan kondisi dimana seorang actor mempunyai kekuatan untuk menciptakan tanggung jawab kepada orang lain ketika ada dasar yang tidak terpenuhi. Akibat dari *secondary liability* dan karakteristiknya adalah orang lain dapat bertanggung jawab atas kesalahan actor lain.[272] Aturan umum *secondary liability* adalah seseorang bertanggung jawab atas pelanggaran yang dilakukan orang lain ketika (1) perbuatan merugikan yang dilakukan orang lain

[272] Thomas C. Folsom, "Toward Non-Neutral First Principles of Private Law: Designing Secondary Liability Rules for New Technological Uses," *3 AKRON INTELL. PROP. J. 43* (2009), hlm. 51.

merupakan pelanggaran yang dapat ditindak, dan (2) terdapat beberapa keadaan tertentu yang menyebabkan orang lain bertanggung jawab atas perbuatannya.[273]

Ketika seseorang bertanggung jawab atas pelanggaran yang dilakukan orang lain, tentunya ada hubungan hukum tertentu yang terjalin diantara keduanya. Macam-macam hubungan antara orang yang melakukan pelanggaran secara langsung (*direct infringer*) dan orang yang bertanggung jawab menciptakan dua kategori dalam *secondary liability* yaitu *contributory liability* ketika seseorang secara sadar berkontribusi terhadap pelanggaran yang dilakukan orang lain, dan *vicarious liability* ketika seseorang mempunyai kekuatan mengontrol serta menikmati keuntungan finansial dari pelanggaran orang lain.[274]

1. *Vicarious Liability*

Vicarious liability pada dasarnya digunakan untuk membebankan tanggung jawab kepada majikan (*employer*) atas perbuatan karyawan (*employee*). Namun dalam konteks pelanggaran atas hak kekayaan intelektual doktrin ini dapat digunakan walaupun tidak ada hubungan majikan-karyawan jika ia mempunyai hak dan kemampuan untuk mengawasi kegiatan pelanggaran dan kepentingan finansial secara langsung terhadap aktivitas tersebut.[275]

---

[273] *Ibid*., hlm. 52.
[274] *Ibid*.
[275] Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 443 F.2d 1159, 14 A.L.R. Fed. 819, 170 U.S.P.Q. 182. (2nd Cir. 1971).

Kemampuan untuk mengawasi dalam kasus pelanggaran hak cipta diterapkan dalam kasus *Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.,* [276] Columbia Artists Management (CAMI) dinyatakan bertanggung jawab secara *vicarious liability* karena sebagai manajer konser artis yang mensponsori terciptanya asosiasi konser lokal untuk menyediakan penonton bagi artis, ia mengetahui bahwa para artis memasukkan komposisi musik yang dilindungi hak cipta dan bahwa artis-artis tersebut dan komunitas lokal tidak membayar lisensi. [277] Pengadilan negeri memutuskan bahwa tergugat telah menyebabkan pelanggaran hak cipta dengan mengatur, mengawasi, dan mengontrol organisasi lokal.[278]

Pada kasus Napster, salah satu bukti adanya kemampuan dan hak untuk mengawasi adalah kemampuan untuk memblokir pelanggar dari akses tertentu.[279] Penggugat dalam kasus ini dapat membuktikan bahwa Napster menguasai hak mengontrol akses dalam sistem. Dalam websitenya Napster menunjukkan bahwa ia memiliki kebijakan untuk bertindak dari pernyataan bahwa Napster mempunyai hak untuk menolak memberikan dan membatalkan layanan termasuk saat Napster menganggap pengguna telah melanggar hukum.[280] Untuk dapat lepas dari tanggung jawab ini, hak untuk bertindak harus diterapkan secara maksimal. Jika diperhatikan

---

[276] Columbia Artist Management, Inc. (CAMI) yang merupakan perusahaan manajemen artis dan konser dinyatakan bertanggung jawab atas pelanggaran hak cipta atas musik yang ditampilkan artis saat konser yang biaya lisensinya tidak dibayar baik oleh artis atau asosiasi komunitas. Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 312 F.Supp. 581, 165 U.S.P.Q. 543 (S.D.N.Y. 1970).

[277] Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 443 F.2d 1159, 14 A.L.R. Fed. 819, 170 U.S.P.Q. 182, (2nd Cir. 1971).

[278] *Ibid*.

[279] A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 2001 Copr.L.Dec. P 28,200, 57 U.S.P.Q.2d 1729, 01 Cal. Daily Op. Serv. 1255, 2001 Daily Journal D.A.R. 1611, (9th Cir. 2001).

[280] *Ibid*.

dari arsitektur jaringan, memang Napster tidak dapat "membaca" konten pengguna, namun ia dapat menempatkan daftar konten yang melanggar melalui fungsi indeksnya dengan memperhatikan nama *file*, yang kemudian akses pengguna tersebut dapat dibatalkan.[281]

Seperti hak yang dimiliki Napster untuk membatalkan layanan kepada pengguna yang melanggar hukum, penyedia jasa *file hosting* yang pada dasarnya telah mengikat pengguna dengan *terms of use* mempunyai hak untuk membatalkan layanan dan menghapus data ketika pengguna melakukan pelanggaran *terms of use* yang salah satunya adalah menyebarkan konten yang dilindungi hak cipta tanpa hak.[282] Sehingga dapat dikatakan bahwa penyedia jasa *file hosting* mempunyai kekuatan kontraktual untuk mengontrol aktivitas penggunanya.

Layanan *file hosting* atau *cyberlocker* yang mempunyai arsitektur jaringan yang berbeda dengan Napster yang menggunakan jaringan P2P serta kemajuan teknologi informasi memungkinkan penyedia jasa yang tidak terbatas hanya pada *file hosting* mempunyai kontrol yang lebih kuat dibandingkan Napster. Saat ini telah tersedia teknologi *anti-piracy* yang disebut *piracy surveillance* [283] atau pengawasan pembajakan. Salah satu penyedia jasa *piracy surveillance* yang terkenal adalah Audible Magic yang digunakan oleh Mediafire. Cara kerjanya adalah dengan memeriksa secara *online* konten-konten yang diunggah pengguna kemudian

---

[281] *Ibid*.

[282] "Terms of Service", http://www.mediafire.com/policies/terms_of_service.php

[283] *Piracy surveillance* memiliki karakter (1) Dijalankan oleh badan swasta non-pemeribtah; (2) mencakup ketetapan ekstrajudisial pelanggaran hak cipta; dan (3) tidak diatur oleh hukum (*extralegal*). Sonia K. Katyal, "Piracy Vs. Piracy," *7 Yale J. L. & Tech. 222* (2005), hlm. 290.

dicocokan dengan banyak *database* audio dan video yang telah disediakan oleh industri rekaman, film, dan stasiun televisi.[284]

Unsur kedua *vicarious liability* adalah keuntungan finansial yang diperoleh dari kegiatan pelanggaran. Walaupun ukuran keuntungan finansial langsung tidak pernah diterapkan secara tegas dalam satu kasus, pengadilan menyediakan petunjuk apa yang dapat dikatakan sebagai "langsung" untuk membuat OSP bertanggung jawab. Pertama adalah OSP dengan persentase konten melanggar yang tinggi dalam situsnya kemungkinan besar menunjukkan keuntungan finansial langsung.[285] Pengguna yang melanggar membayar untuk mendapatkan akses atau sponsor pihak ketiga yang membayar karena kenaikan lalu lintas internet, pendapatan apapun yang diterima pihak yang bertanggung jawab secara sekunder dapat dipersalahkan sebagai insiden dari aktivitas pelanggaran.[286] Indikator yang kedua adalah ketika OSP menerima lebih dari biaya yang ditentukan untuk layanannya.[287]

Dalam kasus Napster keuntungan finansial yang dapat mendukung gugatan *vicarious liability* adalah ketika ketersediaan konten yang melanggar adalah sebagai penarik konsumen.[288] Hal ini terbukti ketika keuntungan Napster yang akan datang secara langsung bergantung kepada "kenaikan pengguna." Pengguna semakin

---

[284] Sonia K. Katyal, "Filtering, Piracy Surveillance and Disobedience," *32 Colum. J.L. & Arts 401* (2009), hlm. 405.

[285] Karena situs web yang mempunyai banyak konten yang melanggar akan banyak menarik pengguna yang tertarik pada konten yang melanggar. Casey C. Charles, "Lanlords, Dance Halls, and UCG Hosts: Direct Financial Benefit and The Digital Millennium Copyright Act," 13 Lewis & Clark L. Rev. 1085 (2009), hlm. 1107.

[286] *Ibid*., hlm. 1108.

[287] *Ibid*.

[288] A & M Records, Inc. v. Napster, Inc. 239 F.3d 1004, 2001 Copr.L.Dec. P 28,200, 57 U.S.P.Q.2d 1729, 01 Cal. Daily Op. Serv. 1255, 2001 Daily Journal D.A.R. 1611, (9th Cir. 2001).

mendaftar ke sistem Napster ketika kualitas dan kualitas musik yang tersedia juga meningkat.[289]

Sementara *file hosting* merupakan bisnis besar yang dibiayai dari iklan dan biaya langganan. Beberapa dari penyedia jasa *file hosting* termasuk dalam 100 website terbesar di dunia.[290] Karena *file hosting* banyak digunakan untuk penggunaan tidak melawan hukum, mereka mengklaim bahwa mereka bebas dari tanggung jawab.[291] Pendapatan *file hosting* diperoleh dari pengguna akun berbayar baik itu yang pengunggah atau pengunduh dan pemasang iklan yang kemudian digunakan untuk membayar biaya pemeliharaan *server* dan *bandwith*.[292] Namun banyak penyedia jasa *file hosting* yang membuat program afiliasi untuk menarik pelanggan berbayar baru yang memberikan penghargaan finansial kepada pengunggah berdasarkan jumlah pengguna yang mengunduh dan jumlah pengguna yang berlangganan pada akun pengguna tertentu.[293]

Jika pendapatan yang diperoleh dari pengguna yang menggunakan layanan untuk kepentingan melakukan pelanggaran, maka pengguna membayar untuk melanggar. Hal ini membuat penyedia jasa juga memperoleh pendapatan dari kegiatan pelanggaran pengguna. Pendapatan yang berasal dari iklan akan terus naik seiring

---

[289] *Ibid*.

[290] Tobias Lauinger *et. al.*, "Paying for Piracy? An Analysis of One-Click Hosters' Controversial Reward Schemes,"

[291] *Ibid*.

[292] Zubin Jelveh & Keith Ross, "Profitting From Filesharing: A Measurement Study of Economic Incentives in Cyberlockers,"

[293] Misalnya Megaupload memberikan insentif US $ 1,500 setiap satu juta kali data diunduh dan WUpload sebesar US$ 40 setiap seribu kali data diunduh. Program seperti ini sudah banyak dihentikan oleh penyedia jasa sejak Megaupload ditutup dan harus menjalani proses pidana karenanya. *Ibid*.

banyaknya laman web *file hosting* diakses oleh orang. Jika lingkungan *file hosting* yang membuat banyak pengguna tertarik untuk membeli layanan karena kemudahan dan kenyamanan untuk melakukan pelanggaran hak cipta dan ketikabanyaknya orang yang mengakses laman web *file hosting* tertentu karena tertarik akan banyaknya konten-konten yang dilindungi hak cipta yang bisa mereka dapatkan, dapat dikatakan bahwa penyedia jasa memperoleh keuntungan langsung dari pelanggaran hak cipta yang dilakukan pengguna.

2. *Contributory Liability*

Berbeda dengan *vicarious liability* yang berdasarkan hubungan pengawasan dan keuntungan finansial dengan pihak yang secara langsung melakukan pelanggaran, *contributory liability* membebankan tanggung jawab kepada pihak lain karena ia telah memberikan kontribusi terhadap pelanggaran. Unsur dari *contributory infringement* adalah: (1) pelanggaran langsung (*direct infringement*) yang dilakukan oleh pelaku utama; (2) pengetahuan tentang pelanggaran oleh pelaku sekunder; dan (3) dorongan atau kontribusi materiil oleh pelaku sekunder kepada pelanggaran langsung. [294]

Untuk menentukan adanya pelanggaran langsung, penggugat harus menunjukkan kepemilikan hak cipta atas karya yang diduga dilanggar dan menunjukkan bahwa yang diduga melanggar telah melanggar setidaknya satu hak eksklusif.[295] Pengadilan negeri dalam kasus Napster telah menentukan bahwa hak eksklusif penggugat telah

[294] Lynda J. Oswald, *op. cit.,* hlm. 253.

[295] A & M Records, Inc. v. Napster, 239 F.3d 1004, 2001 Copr.L.Dec. P 28,200, 57 U.S.P.Q.2d 1729, 01 Cal. Daily Op. Serv. 1255, 2001 Daily Journal D.A.R. 1611, (9th Cir. 2001).

dilanggar oleh mayoritas pengguna Napster yang menggunakan layanan untuk mengunduh dan mengunggah musik yang dilindungi hak cipta. Tidak sulit membuktikan adanya pelanggaran langsung yang dilakukan pengguna, karena pada dasarnya mengunggah dan mengunduh data audio dan video yang dilindungi hak cipta menggunakan layanan internet merupakan pelanggaran hak cipta yang tidak termasuk dalam "*fair use*."[296]

Untuk menentukan bahwa operator mempunyai pengetahuan yang cukup, pemegang hak cipta harus menyediakan dokumentasi yang cukup untuk menunjukkan adanya pelanggaran. Jika dokumentasi tersebut disediakan, pengadilan akan menetapkan tergugat bertanggung jawab karena telah gagal menghapus konten yang melanggar tersebut.[297] Napster terbukti mempunyai pengetahuan baik aktual maupun konstruktif mengenai pelanggaran langsung. Pengetahuan aktual terbukti karena (1) sebuah dokumen yangditulis oleh *co-founder* Napster Sean Parker yang menyebutkan "Perlunya untuk tidak memerdulikan nama asli pengguna dan *IP address* karena mereka bertukar musik bajakan"; dan (2) RIAA memberikan informasi kepada Napster atas 12,000 data yang melanggar. [298] Sementara pengetahuan konstruktif dalam kasus ini adalah: (a) eksekutif Napster mempunyai pengalaman dalam industri rekaman; (b) mereka telah menegakkan hak atas kekayaan intelektual pada instansi lain; (c) eksekutif Napster telah mengunduh beberapa lagu

[296] *Ibid*.
[297] Pengadilan kasus Napster mengutip putusan kasus *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, *Ibid*.
[298] *Ibid*.

yang dilindungi hak cipta dari sistemnya; dan (d) mereka telah mempromosikan situs dengan *screen shot* yang berisikan daftar data yang dilanggar.[299]

Dalam membuktikan unsur pengetahuan diperlukan pengetahuan aktual atau pengetahuan konstruktif. Namun dalam kasus *Viacom International, Inc. v. Youtube, Inc.*[300] adanya pembiaran yang disengaja atau *willful blindness* dapat memenuhi unsur pengetahuan.[301] Pengadilan mengatakan bahwa *willful blindness* bukanlah bentuk kewajiban penyedia jasa untuk melakukan monitoring, namun diperlakukan sebagai salah satu pemenuhan unsur pengetahuan. Sehingga jika penyedia jasa tidak melakukan monitoring secara sengaja, hal ini sudah cukup memenuhi unsur pengetahuan dalam *contributory liability*.

Unsur terakhir dalam *contributory liability* adalah dorongan atau kontribusi material. Dalam *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.* tergugat sebagai operator terbukti berkontribusi secara material dalam penjualan rekaman bajakan oleh penjual dengan menyediakan layanan untuk mendukung penjualan termasuk tempat, peralatan, tempat parkir, pengiklanan dan saluran air sementara pembeli dan operator telah mengetahui bahwa transaksi rekaman bajakan tersebut terjadi di pasar.[302] Pendapat dalam kasus ini diikuti dalam kasus Napster bahwa pengguna Napster tidak dapat mengunduh musik yang mereka inginkan tanpa dukungan kemudahan layanan

---

[299] *Ibid.*

[300] Viacom International, Inc. v. Youtube, Inc., 676 F.3d 19, 2012 Copr.L.Dec. P 30,231, 102 U.S.P.Q.2d 1283, (2nd Cir. 2012).

[301] Harvard Law Review Association, "Copyright Law—Willful Blindness—Second Circuit Holds That Willful Blindness is Knowledge in Digital Millennium Copyright Act Safe Harbor Provision—Viacom International, Inc. v. Youtube, Inc., 676 F.3D 19 (2D CIR. 2012), *126 Harv. L. Rev. 645* (2012), hlm. 647.

[302] Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., Ninth Circuit, 76 F.3d 259, 64 USLW 2465, 1995 Copr.L.Dec. P 27,487, 37 U.S.P.Q.2d 1590, 96 Cal. Daily Op. Serv. 517, 96 Daily Journal D.A.R. 840

yang disediakan penyedia jasa yaitu yang memungkinkan pengguna mencari dan mengunduh MP3 yang mereka mau. Pengadilan berpendapat bahwa Napster telah menyediakan "tempat dan fasilitas" untuk melakukan pelanggaran langsung.[303]

Layanan *file hosting* pada dasarnya adalah layanan penyimpanan dan pengiriman data tanpa adanya fitur indeks yang memungkinkan pengguna mencari data tertentu yang mereka inginkan yang terdapat dalam server. Hanya dengan adanya layanan *file hosting* saja pelanggaran hak cipta tidak bisa terlaksana dengan sendirinya.[304] Dalam aktivitas *file sharing* yang menggunakan layanan *file hosting* diperlukan media lain yang terpisah dari penyedia jasa *file hosting* seperti jejaring sosial, forum atau situs yang menampilkan indeks data dan daftar URL tempat data disimpan di situs *file hosting*. Sehingga semata-mata menyediakan jasa *file hosting* yang seperti ini tidak bisa dikatakan sebagai "menyediakan fasilitas" untuk pelanggaran langsung.

3. *Safe Harbor* untuk Penyedia Jasa Online

Safe Harbor merupakan istilah yang berarti sebuah klausula dalam peraturan perundang-undangan yang memberikan perlindungan dari tanggung jawab atau hukuman.[305] DMCA memberikan *safe harbor* bagi penyedia jasa online, penyedia jasa internet, dan pemilik teknologi lain yang memberikan fasilitas kepada pengguna untuk melakukan pelanggaran hak cipta. Ketika tergugat memenuhi unsur-unsur yang

---

[303] A & M Records, Inc. v. Napster, 239 F.3d 1004, 2001 Copr.L.Dec. P 28,200, 57 U.S.P.Q.2d 1729, 01 Cal. Daily Op. Serv. 1255, 2001 Daily Journal D.A.R. 1611, (9th Cir. 2001).

[304] Pengguna yang mendapatkan data yang dilindungi hak cipta secara legal juga menggunakan layanan *file hosting* untuk fungsi penyimpanan atau *back-up* tanpa menyebarkan URL data tersebut.

[305] Bryan A. Garner, *Black Law Dictionary*, (St.Paul Minnesota: Thomson Reuters, West Publishing, 2009), hlm. 1453.

diatur di DMCA, ia dapat dibebaskan dari kewajiban membayar ganti rugi kepada penggugat.

Pengaturan *safe harbor* DMCA dibagi-bagi berdasarkan tindakan yang dilakukan penyedia jasa dan jenis penyedia jasa, misalnya menyediakan jaringan komunikasi digital sementara, *caching* sistem, menyediakan informasi lokasi yang mengandung konten yang melanggar.[306] Bagian *safe harbor* yang relevan dengan penyedia jasa online seperti *file hosting* adalah informasi yang disimpan dalam sistem dan jaringan oleh pengguna. Penyedia jasa tidak bertanggung jawab atas pelanggaran hak cipta karena penyimpanan konten yang dilakukan oleh pengguna pada sistem atau jaringan yang dikendalikan oleh penyedia jasa jika:

a. Penyedia jasa tidak memiliki pengetahuan bahwa material yang disimpan atau aktivitas yang dilakukan menggunakan sistem atau jaringan merupakan pelanggaran;
b. Ketika tidak ada pengetahuan tidak ada, penyedia jasa tidak menyadari fakta-fakta dan keadaan bahwa kegiatan pelanggaran benar-benar terjadi; atau
c. Ketika mengetahui bahwa pelanggaran telah terjadi, ada tindakan untuk menghapus dan menghilangkan akses terhadap konten tersebut;
d. Tidak menerima keuntungan finansial secara langsung dari kegiatan pelanggaran ketika penyedia jasa mempunyai hak dan kemampuan untuk mengontrol kegiatan tersebut;

[306] U.S. Code, Title 17 – Copyrights, Chapter 5 – Copyright Infringement and Remedies, Limitations on liability relating to material online, 17 U.S.C. § 512(m).

e. Jika pemberitahuan atas klaim bahwa telah terjadi pelanggaran, penyedia jasa segera merespon dengan menghapus atau menghilangkan akses terhadap konten yang melanggar atau menjadi objek kegiatan pelanggaran.

Unsur-unsur tersebut memperlihatkan dua hal yang menjadi perhatian, yaitu apakah penyedia jasa menawarkan jasa yang dibenarkan atau terang-terangan memfasilitasi atau mengkomersialisasikan pelanggaran hak cipta secara langsung dan apakah penyedia jasa melakukan tugasnya untuk menghalangi terjadinya pelanggaran.[307] Usaha untuk menghalangi terjadinya pelanggaran, penyedia jasa harus memberi sanksi kepada pengguna yang melakukan pelanggaran berulang (*repeat infringer policy*), harus segera menghapus konten yang melanggar setelah mengetahui atau menerima pemberitahuan melalui *red flag*, dan harus mematuhi klausula *notice-and-takedown* yang pemberitahuannya diberikan oleh pemegang hak cipta.[308]

Pelanggaran hak cipta yang terjadi dalam kegiatan *file sharing* memang dilakukan secara langsung oleh pengguna. Namun hal itu tidak menutup kemungkinan bagi pemegang hak cipta untuk menuntut ganti rugi atas pelanggaran tersebut kepada penyedia jasa yang teknologinya digunakan untuk melakukan pelanggaran. Walaupun teknologi *file hosting* dalam operasinya dilakukan oleh sistem secara otomatis, penyedia jasa tidak boleh tinggal diam jika para penggunanya berbagi konten yang melanggar hak cipta dan merugikan pemegang hak cipta.

[307] Brian Leary, Safe Harbor Startups: Liability Rulemaking Under The DMCA, *87 N.Y.U. L. Rev. 1135* (2012), hlm. 1143.
[308] *Ibid*., hlm. 1146.

Mencegah terjadinya kerugian kepada pihak lain karena pemakaian layanan penyedia jasa merupakan kewajiban penyedia jasa.

Jika pemegang hak cipta menggugat penyedia jasa *file hosting* atas pelanggaran yang dilakukan penggunanya, dasar hukum yang digunakan adalah perbuatan melawan hukum sesuai dengan Pasal 1365 KUH Perdata yang unsurnya adalah perbuatan, sifat melawan hukum, kesalahan, kerugian, dan hubungan kausal antara perbuatan dan kerugian. Pasal 1365 KUH Perdata dalam permasalahan ini merupakan bingkai dasar hukum gugatan, sementara dalam menjelaskan unsur sifat melawan hukum diperlukan hukum tertulis seperti UU Hak Cipta, UU ITE, dan hukum tidak tertulis seperti prinsip kehati-hatian.

Namun, penerapan hukum dalam permasalahan ini harus dilakukan secara hati-hati, karena jika diterapkan terlalu ketat akan menjerat penyedia jasa teknologi dan dapat membelenggu kreativitas dan inovasi teknologi. Pada penerapan *secondary liability* pada OSP terdapat batasan-batasan yang rinci untuk membebankan tanggung jawab seperti *safe harbor* yang mengatur penyedia jasa seperti apa saja yang dapat bebas dari *secondary liability*.

Perbedaan yang mendasar dalam memecahkan permasalahan ini antara perbuatan melawan hukum dan *secondary liability* adalah unsur perbuatan. Dalam memecahkan masalah ini menggunakan teori perbuatan melawan hukum, perbuatan yang dipersalahkan terfokus kepada perbuatan penyedia jasa. Sementara dalam pemecahan kasus menggunakan teori *secondary liability* perbuatan adalah perbuatan yang dilakukan oleh pengguna yang kemudian dibuktikan hubungan antara penyedia jasa dengan pelanggar dan kontribusi penyedia jasa terhadap kegiatan pelanggaran.

BAB III 57

A. Mengapa Penyedia Jasa *File Hosting* Seharusnya Dibebani Tanggung Jawab atas Pelanggaran yang Dilakukan oleh Penggunanya 57

1. Hubungan Antara Penyedia Jasa *File Hosting* dan Pengguna adalah Hubungan Kontraktual 59

2. Kewajiban Hukum Penyedia Jasa *File Hosting* Terhadap Pemegang Hak Cipta 63

a. Larangan dalam *Terms of Use* dan *Takedown Notice* Sebagai Usaha Menghindari Tanggung Jawab 67

b. Mengunggah dan Mengunduh Konten yang Dilindungi Hak Cipta Merupakan Pelanggaran *Terms of Use* 69

c. *Take Down Notice* yang Dilaporkan oleh Pihak Pemegang Hak Cipta 70

B. Legal Test Dalam Membebankan Tanggung Jawab Kepada Penyedia Jasa *File Hosting* Atas Pelanggaran yang Dilakukan Oleh Penggunanya 74

1. Perbuatan 75

a. Perbuatan yang Dilakukan Oleh Pengguna 75

b. Perbuatan Positif yang Dilakukan Oleh Penyedia Jasa 77

c. Perbuatan Negatif yang Dilakukan oleh Penyedia Jasa *File Hosting* 78

2. Sifat Melawan Hukum Perbuatan 79

a. Pelanggaran Undang-Undang No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta 80

b. Pelanggaran Terhadap Prinsip Kehati-Hatian 84

c. Pelanggaran Terhadap Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik 87

3. Kerugian yang Diderita Oleh Pemegang Hak Cipta 92

4. Kesalahan 94

5. Hubungan Kausal antara Perbuatan dan Kerugian 98

C. Tanggung Jawab Penyedia Jasa *File Hosting* dalam Teori *Secondary Liability* 104

1. *Vicarious Liability* 105

2. *Contributory Liability* 110

3. *Safe Harbor* untuk Penyedia Jasa Online.....113

BAB IV
PENUTUP

A. Kesimpulan

Kesimpulan yang dapat diperoleh dari tanggung jawab penyedia jasa *file hosting* atas pelanggaran hak cipta yang dilakukan pengguna antara lain:

1. Hubungan hukum yang terjalin antara penyedia jasa dan pengguna adalah hubungan kontraktual yang tercipta dari *terms of use*, Hubungan hukum ini dapat dijelaskan dengan teori hukum kontrak. Sehingga pelanggaran hak cipta menggunakan layanan *file hosting* merupakan pelanggaran kontrak. Sementara antara penyedia jasa *file hosting* dengan pemegang hak cipta terdapat kewajiban hukum yang harus dipatuhi oleh penyedia jasa. Aktivitas bisnis penyedia jasa *file hosting* dapat mengancam hak subjektif para pemegang hak cipta, sehingga penyedia jasa memiliki kewajiban hukum untuk mencegah agar perilaku penggunanya tidak merugikan pemegang hak cipta dan melaksanakan aktivitas bisnisnya. Bentuk dari kewajiban hukum yang harus dipatuhi dapat berupa peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan kegiatan bisnis penyedia jasa serta peraturan perundang-undangan tentang hak cipta. Ketika pemegang hak cipta yang menderita kerugian menuntut ganti rugi atas perbuatan penyedia jasa, hubungan hukum mereka dapat dijelaskan dengan teori perbuatan melawan hukum.

2. Karena pihak yang ada dalam hubungan hukum untuk meminta tanggung jawab atau ganti rugi dalam permasalahan ini adalah penyedia jasa *file hosting* maka, tolok ukur yang digunakan untuk membebankan tanggung jawab atas kerugian yang diderita pemegang hak cipta karena kegiatan pengguna kepada penyedia jasa *file hosting* didapatkan dengan menggunakan teori perbuatan melawan hukum. Dari analisis yang telah dilakukan dapat disimpulkan bahwa penyedia jasa *file hosting* dapat dimintai tanggung jawab berdasarkan unsur-unsur perbuatan melawan hukum yaitu perbuatan, sifat melawan hukum, kerugian, kesalahan, dan hubungan antara perbuatan dengan kerugian. Unsur perbuatan meliputi perbuatan positif yaitu menyediakan jasa serta perbuatan negatif yaitu membiarkan terjadinya pelanggaran. Perbuatan-perbuatan tersebut mempunyai sifat melawan hukum karena bertentangan dengan Undang-Undang No. 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta, Undang Undang No. 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, dan prinsip kehati-hatian. Kerugian yang diterima oleh pemegang hak cipta adalah penurunan penjualan, dan terdapat hubungan antara penurunan penjualan dan perbuatan yang dilakukan oleh penyedia jasa.

B. Saran

Penyalahgunaan teknologi oleh pengguna atau konsumen dapat terjadi kapanpun tanpa disengaja oleh pencipta dan penyedia teknologi. Penyalahgunaan ini tentunya dapat menyebabkan kerugian yang diderita oleh orang lain. Jika

teknologi tersebut secara luas digunakan untuk melakukan pelanggaran, tentunya penyedia teknologi tidak dapat begitu saja lepas dari tanggung jawab.

Walaupun dengan hukum yang telah ada saat ini penyedia jasa *file hosting* tetap dapat dimintakan tanggung jawab atas kerugian yang diterima pemegang hak cipta karena pelanggaran yang dilakukan pengguna, alangkah baiknya jika ada standar bagaimana penyedia jasa mengelola layanannya. Standar ini diperlukan untuk menentukan teknologi seperti apa dan situasi seperti apa penyedia jasa dapat dimintai tanggung jawab. Adanya standar tidak hanya berguna untuk mengatasi *cyberpiracy* menggunakan layanan di internet seperti *file hosting* saja, namun akan berguna untuk penyalahgunaan teknologi lain yang merugikan dan melanggar hak orang lain.

DAFTAR PUSTAKA

- - - - - -- - . *Piracy Vs. Privacy*, 7 Yale J. L. & Tech. 222 (2005).

- - - - - -- -. *Copyright, Trademark and Secondary Liability after Grokster*, 32 Column. J.L. & Arts 445, (2009), hlm. 447.

- - - - - -. *Terms of Use*, Minnesota Law Review, 22 Desember 2006.

- - - - - . *Hukum Perikatan: Perikatan Yang Lahir Dari Undang-Undang*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001.

- - - - -. *Ten Years of File Sharing and Its effect on International Physical and Digital Music Sales*, CAPRI Publication 10-04, (2009), hal 2.

- - - -. *Hukum Perikatan: Perikatan yang lahir Dari Undang-Undang Bagian Pertama*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001.

"The Rise and Fall of Napster – an Evolutionary Approach", *Active Media Technology,* (2001).

Adams, Charles W. *Indirect Infringement From A Tort Law Perspective*, 42U. Rich. L. Rev. 635, (2008).

Agustina, Rosa. *Perbuatan Melawan Hukum*, Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.

Amini, Abas. *Secure Storage in Cloud Computing*, Technical University of Denmark Informatics and Mathematical Modelling, Master Thesis.

Andersen, Birgitte & Marion Frenz, *The Impact of Music Downloads and P2P File-Sharing on the Purchase of Music: A Study for Industry Canada*, Industry Canada (2007), hlm. 26.

Antoniades, Demetris *et. al.*, *One-click hosting services: a file-sharing hideout*, In Proceedings of the 9th ACM SIGCOMM conference on Internet measurement conference,. ACM (2009).

Atmadja, Hendra Tanu. *Hak Cipta Musik Atau Lagu*, Jakarta: Program Pascasarjana, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.

Bartholomew, Mark & John Tehranian, *The Secret Life of Legal Doctrine: The Divergent Evolution of Secondary Liability in Trademark and Copyright Law*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 21.4, (2006),.

Birgitte, Andersen and Marion Frenz, *Don't Blame the P2P file-sharers: The Impact of Free Music Downloads on The Purchase of Music CDs in Canada*, J Evol Econ (2010), hlm.735.

Charles, Casey C. *Lanlords, Dance Halls, and UCG Hosts: Direct Financial Benefit and The Digital Millennium Copyright Act*, 13 Lewis & Clark L. Rev. 1085 (2009).

Christina L. Kunz et al., *Browse-Wrap Agreements: Validity pf Implied Assent in Electronic Form Agreements*, 59 Bus. Law. 279 (2003).

Cobia, Jeffrey. *The Digital Millennium Copyright Act Takedown Notice Procedure: Misuses, Abuses, and Shortcomings of the Process*, MINN. J.l. SCI. & TECH. 2009;10(1).

Davis, Nathan J. *Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap*, 22 Berkeley Tech. L.J. 577 (2007).

Elliott, Catherine and Frances Quinn, *Tort Law*, London: Pearson Education, 2003.

Femminella, Jennifer Online Terms and Conditions Agreements: Bound by the Web, Journal of Civil Rights and Economic Development: Vol. 17: Iss. 1, Article 6, (2003).

Folsom, Thomas C. *Toward Non-Neutral First Principles of Private Law: Designing Secondary Liability Rules for New Technological Uses*, 3 AKRON INTELL. PROP. J. 43 (2009).

Friedman, Jonathan A. & Francis M. Buono, *Limitting Tort Liability for Online Third-Party Content Under Section 230 of The Communication Act*, 52 Fed. Comm. L.J. 647 (2000).

Garner, Bryan A. *Black Law Dictionary*, St.Paul Minnesota: Thomson Reuters, West Publishing, 2009.

Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 312 F.Supp. 581, 165 U.S.P.Q. 543 (S.D.N.Y. 1970).

Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 443 F.2d 1159, 14 A.L.R. Fed. 819, 170 U.S.P.Q. 182. (2nd Cir. 1971).

Gervais, Daniel J. & Daniel J. Hyndan, *Cloud Control: Copyright, Global Memes and Privacy*, 10 J. Telecomm. & High Tech. L. 53, (2012).

Harpwood, Vivienne *Modern Tort Law*, Cetakan Ketujuh, New York: Routledge-Cavendish, 2009.

Harvard Law Review Association, *Copyright Law—Willful Blindness—Second Circuit Holds That Willful Blindness is Knowledge in Digital Millennium Copyright Act Safe Harbor Provision—Viacom International, Inc. v. Youtube, Inc., 676 F.3D 19 (2D CIR. 2012)*, 126 Harv. L. Rev. 645 (2012).

Hogberg, Sveker K. The Search for Intent-Based Doctrines of Secondary Liability in Copyright Law, Columbia Law Review Vol. 106:909 (2006).

Jones, Michael A. *A Textbook on Tort*, Cetakan Kedua, London: Blackstone Press, 1989.

Katyal, Sonia K. *Filtering, Piracy Surveillance and Disobedience*, 32 Colum. J.L. & Arts 401 (2009).

Kramer, Karen M. *Intent: the Road Not Taken in The Ninth Circuit's Post Napster Analysis of Contributory Copyright Infringement*, 21 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 525 (2004).

Landes, William and Douglas Lichtman, *Indirect Liability for Copyright Infringement: Napster and Beyond, Journal of Economic Perspective,* Volume 17, Number 2-Spring 2003.

Leary, Brian. *Safe Harbor Startups: Liability Rulemaking Under The DMCA*, 87 N.Y.U. L. Rev. 1135 (2012).

Lemley, Mark A. *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 101, (2007).

Liebowitz, Stan J. *The Metric is the Message: How much of the Decline in Sound Recording Sales is due to File-Sharing?*, CAPRI Publication 11-02 (2011).

Liliana Chang, *The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the DMCA § 512(c) Safe Harbor*, 28 Cardozo Arts & Ent LJ 195 (2010).

Loren, Lydia Pallas. *Deterring Abuse of The Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously*, 46 Wake Forest L. Rev. 745, (2011).

Mahanti, Aniket *Measurement and Analysis of Cyberlocker Services*, WWW 2011 Symposium 28 Maret – 1 April 2011 Hyderabad, India.

Meisel, John B. *Economic and legal issues Facing Youtube and Similar Internet Hosting Web Sites*, 12 No. 8 J. Internet L. 1 (2009).

Miller, Roger LeRoy and Gaylord A. Jentz, *Business Law Today*, USA: Thomson Learning, 2003.

Oswald, Lynda J. *International Issues in Secondary Liability for Intellectual Property Rights Infringement*, 45 Am. Bus. L.J. 247, (2008), hlm. 247.

Parakkal, Marcel. *Digital piracy- A Special Focus on The EconomicPerspective*, (Doctoral dissertation, uniwien), (2009).

Patrik, Purwahid *Dasar-Dasar Hukum Perikatan*, Bandung: Mandar Maju, 1994.

Perritt. Jr., *Henry H. Music Markets and Mythologies*, 9 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 831 (2010), hlm. 834.

Powell,Connie Davis. The Saga Continues: Secondary Liability for Copyright Infringement Theory, Practice and Predictions, Akron Intell. Prop. J. 189, (2009).

Raymond T. Nimmer, *The Law of Computer Technology*, New York: Narren. Gorham. & Lamont., 1985.

Richard Abbott, The Reality of Modern File Sharing, 13 No. 5 J. Internet L. 3, (2009).

Rostami, Flora. *Free is Hard to Beat: A Closer Look At The Digital Music Download Dilemma*, 15 UCLA J. L. & Tech. 1 (2011).

Saidin, OK. *Aspek Hukum hak Kekayaan Intelektual*, Cetakan Ketiga, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2003.

Sanjuas-Cuxart, Josep *et. al.*, *Measurement based analysis of one-click file hosting services*, Journal of Network and Systems Management 20.2 (2012).

Saroiu, Stefan *et. al*., *A Measurement Study of Peer-to-Peer File Sharing Systems*, Proceedings of the Multimedia Computing and Networking (MMCN), San Jos, (January 2002).

Satrio, J. *Hukum Perikatan: Perikatan Pada Umumnya*, Bandung: Alumni, 1993.

Soerodibroto, R. Soenarto. *KUHP dan KUHAP Dilengkapi Yurisprudensi Mahkamah Agung dan Hoge Raad*, Cetakan ke-15, Jakarta: Rajawali Pers, 2011.

Stokes, Simon. *Digital Copyright Law and Practice*, London: Butterworths Lexis Nexis, 2002.

Sudargo Gautama, *Segi-Segi Hukum Hak Milik Intelektual*, Cetakan Kedua, Jakarta: Eresco, 1995.

Tao, Qian *The Knowledge Standard for The Internet Intermediary Liability in China*, 20 Int'l J.L. & Info. Tech. 1 (2012).

Walton, Kenneth A. *Is Website Like A Flea Market Stall? How Fonovisa v. Cherry Auction Increases The Risk of Third Party Copyright Infringement Liability for Online Service Provider*, 19 Hastings Comm/Ent L.J. 921, (1997).

Will Moseley, *A New (Old) Solution for Online Copyright Enforcement After Thomas and Tenenbaum*, 25 Berkeley Tech. L.J. 311 (2010).

World Intellectual Property Organization, *Online Service Provider Liability for Copyrigt Infringement*, Workshop on Service Provider Liability , Jenewa 9-10 Oktober 1999.

Wu, Jiyi *et.al.*, *Cloud Storage as the Infrastructure of Cloud Computing*, 2010 International Conference on Intellegent Computing and Cognitive Informatics, Hangzou.

Yen, Alfred C. *Third Party Copyright After Grokster*, Boston College Law School Faculty Papers, Paper 133, (2006), hlm. 3.

Zentner, Alejandro. *Measuring The Effect of File Sharing on Music Purchase*, Journal of Law and Economics, vol. XLIX (2006).

Peraturan Perundang-Undangan

Indonesia. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.

Indonesia. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik

U.S. Code, Title 17 – Copyrights, Chapter 5 – Copyright Infringement and Remedies, Limitations on liability relating to material online, 17 U.S.C. § 512(m).

Putusan Pengadilan

A & M Records, Inc. v. Napster, 239 F.3d 1004, 2001 Copr.L.Dec. P 28,200, 57 U.S.P.Q.2d 1729, 01 Cal. Daily Op. Serv. 1255, 2001 Daily Journal D.A.R. 1611, (9th Cir. 2001).

Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., Ninth Circuit, 76 F.3d 259, 64 USLW 2465, 1995 Copr.L.Dec. P 27,487, 37 U.S.P.Q.2d 1590, 96 Cal. Daily Op. Serv. 517, 96 Daily Journal D.A.R. 840

Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 312 F.Supp. 581, 165 U.S.P.Q. 543 (S.D.N.Y. 1970).

Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 443 F.2d 1159, 14 A.L.R. Fed. 819, 170 U.S.P.Q. 182, (2nd Cir. 1971).

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd. (Supreme Court), 545 U.S. 913, 125 S.Ct. 2764, 162 L.Ed.2d 781, 73 USLW 4675, 2005 Copr.L.Dec. P 29,007, 75 U.S.P.Q.2d 1001, 33 Media L. Rep. 1865, 05 Cal. Daily Op. Serv. 5620, 05 Daily Journal D.A.R. 7666, 18 Fla. L. Weekly Fed. S 547

Viacom International, Inc. v. Youtube, Inc., 676 F.3d 19, 2012 Copr.L.Dec. P 30,231, 102 U.S.P.Q.2d 1283, (2nd Cir. 2012).

Data Elektronik

"Blog", http://www.techterms.com/definition/blog, diakses pada 21 Desember 2012.

"Characterizing the File Hosting Ecosystem: A View from the Edge," *29th International Symposium on Computer Performance, Modeling, Measurements and Evaluation* (2011).

"Compliance", http://audiblemagic.com/solutions-maincompliance.php, Diakses 31 Desember 2012.

"Cyberlocker", http://www.techopedia.com/definition/27694/cyberlocker, diakses pada 23 Desember 2012.

"Download", http://www.webopedia.com/TERM/D/download.html, diakses 24 Desember 2012.

"IM", http://www.techterms.com/definition/im, diakses pada 21 Desember 2012.

"iTunes", http://www.apple.com/itunes/what-is/, Akses 11 Januari 2013.

"Off With The Head? How Eliminating Search and Index Functionality Reduces Secondary Liability in Peer-to-Peer File-Sharing Cases", *7 Wash. J. L. Tech. & Arts 27* (2011), hlm. 36.

"Online Service", http://www.webopedia.com/TERM/O/online_service.html, diakses 24 Desember 2012.

"Pembajakan Musik: Nilai Kerugian Pembajakan Luar Biasa!", http://wartaekonomi.co.id/berita4471/pembajakan-musik-nilai-kerugian-pembajakan-luar-biasaiii.html, Akses 25 Maret 2013.

"Policies: Mediafire Privacy Policy", http://www.mediafire.com/policies/privacy_policy.php, "Policies: Enforcement", http://www.mediafire.com/policies/enforcement.php Akses 11 Januari 2013.

Electronic Frontier Foundation, "RIAA v. The People: Five Years Later, " dalam https://www.eff.org/wp/riaa-v-people-five-years-later (2008), Akses 3 Maret 2012.

http://documents.envisional.com/docs/Envisional-Internet_Usage-Jan2011.pdf, "Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet," Akses 27 November 2012.

http://germanitlaw.com/?p=683, "German Federal Supreme Court on File Hoster Responsibility for Third Party Content – "Rapidshare"," Akses 7 November 2012.

http://hotfile.com/terms-of-service.html, "Terms of Service", diakses 18 September 2012.

http://www.4shared.com/terms.jsp, "4shared Terms of Service", diakses 15 September 2012.

http://www.ifpi.co.uk/content/section_statistics/index.html, "IFPI Digital Music Report 2011," Akses 21 Juni 2012.

http://www.mediafire.com/policies/terms_of_service.php, "Mediafire Terms of Service", diakses 28 November 2012.

http://www.pcmag.com/encyclopedia_term/0,1237,t=online+service&i=55988,00.asp, Akses 26 Juni 2012.

http://www.techopedia.com/definition/16256/file-sharing, "File Sharing," Akses 6 November 2012.

http://www.techopedia.com/definition/25310/file-hosting-service, "File Hosting Service", Akses 12 Oktober 2012.

https://www.rapidshare.com/#rsag_tou, "Terms of Use," Akses 18 September 2012.

Jelveh, Zubin & Keith Ross, "Profitting From Filesharing: A Measurement Study of Economic Incentives in Cyberlockers," dalam http://cis.poly.edu/~ross/papers/Cyberlockers.pdf, Akses 10 November 2012.

Lauinger, Tobias *et. al.*, "Paying for Piracy? An Analysis of One-Click Hosters' Controversial Reward Schemes," dalam http://analysis.seclab.tuwien.ac.at/papers/uploader-income.pdf, Akses 10 November 2012.

Mell, Peter & Tim Grance, "The NIST Definition of Cloud Computing," dalam http://www.nist.gov/itl/cloud/upload/cloud-dev-v15.pdf, , Akses 10 Oktober 2012.

Parri, Jonathan. "Introduction to Cloud Computing," dalam http://www.site.uottawa.ca/~mbolic/ceg4131/jparri_Directed_Study_2011.pdf, Akses 10 Oktober 2011.

PC Mag, http://www.pcmag.com/encyclopedia_term/0,1237,t=video+codec&i=53832,00.asp, "*video codec*," Akses 4 Januari 2012.

Ridwan Khairandy, "*Hukum Kontrak Indonesia dalam Perspektif Perbandingan*, " dalam http://ridwankhairandy.staff.uii.ac.id/2012/04/03/buku-hukum-perikatan-2012/, Akses 5 April 2012.

Romero, Tatiana Lopez "Internet Service Provider's Liability for Online Copyright Infringement," *Vniversitas (2006),* dalam *http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2281890* Akses 17 Desember 2012.