

Althea Serafim Kriswandaru, S.H.,M.H.

HUKUM PERLINDUNGAN KONSUMEN



YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

Althea Serafim Kriswandaru, S.H.,M.H.



HUKUM PERLINDUNGAN KONSUMEN



YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

PENERBIT :

YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

JL. Majapahit No. 605 Semarang

Telp. (024) 6723456. Fax. 024-6710144

Email : penerbit_ypat@stekom.ac.id

ISBN 978-623-8120-91-8 (PDF)



9 786238 120918

HUKUM PERLINDUNGAN KONSUMEN

Penulis :

Althea Serafim Kriswandaru, S.H.,M.H.

ISBN : 9 786238 120918

Editor :

Dr. Agus Wibowo, M.Kom, M.Si, MM.

Penyunting :

Dr. Joseph Teguh Santoso, S.Kom., M.Kom.

Desain Sampul dan Tata Letak :

Irdha Yuniyanto, S.Ds., M.Kom.

Penebit :

Yayasan Prima Agus Teknik Bekerja sama dengan
Universitas Sains & Teknologi Komputer (Universitas STEKOM)

Anggota IKAPI No: 279 / ALB / JTE / 2023

Redaksi :

Jl. Majapahit no 605 Semarang

Telp. (024) 6723456

Fax. 024-6710144

Email : penerbit_ypat@stekom.ac.id

Distributor Tunggal :

Universitas STEKOM

Jl. Majapahit no 605 Semarang

Telp. (024) 6723456

Fax. 024-6710144

Email : info@stekom.ac.id

Hak cipta dilindungi undang-undang

Dilarang memperbanyak karya tulis ini dalam bentuk dan dengan cara
apapun tanpa ijin dari penulis

KATA PENGANTAR

Segala Puji dan Syukur bagi Tuhan Yang Maha Esa atas Rahmat dan Karunia-Nya, sehingga penulis dapat menyelesaikan buku yang berjudul “Hukum Perlindungan Konsumen”, dengan semaksimal dan sebaik mungkin agar menjadi manfaat bagi para pembaca yang membutuhkan informasi dan dengan memahami tentang fakta pesatnya digitalisasi dalam struktur pasar kontemporer telah mengubah paradigma fundamental demokrasi liberal, yaitu otonomi, yang mana pemasar diberikan izin untuk mempengaruhi konsumen, asalkan mereka melindungi hak-hak mereka. Perilaku konsumen digital membentuk permasalahan hukum yang besar dalam transaksi bisnis-ke-konsumen.

Umumnya, konsumen menerapkan otonomi setiap kali mereka bebas memilih dari serangkaian pilihan yang ada, meskipun hal ini pasti tunduk pada batasan (misalnya, harga, waktu, informasi). Namun, baru-baru ini, studi sosial dan ekonomi, dengan peran penting dalam hukum perilaku dan ekonomi, cukup menjelaskan bagaimana teknologi berbasis data mendorong penentuan nasib sendiri konsumen, memanfaatkan karakteristik kognitif yang dieksploitasi oleh arsitektur digital.

Buku ini berpusat pada peran penting desain TI dalam melindungi hak hak dasar, seperti otonomi. Lanskap permasalahan yang dipertimbangkan adalah sebagai berikut. Dalam masyarakat yang terlalu banyak informasi, segala sesuatunya dilakukan oleh sistem yang digerakkan oleh algoritma. Otomatisasi sangat penting untuk mengelola kompleksitas, melakukan aktivitas massal dengan biaya terjangkau, dan memastikan efektivitas dalam pemrosesan data, informasi, dan konten digital. Bagaimana analisis Big Data dan kecerdasan buatan dapat mengubah sifat penyelidikan hukum terkait otonomi tidak diragukan lagi akan menjadi panduan dalam penelitian ini.

Pada akhirnya, algoritme memilih dan menyajikan konten digital, yang berdampak pada hak konsumen dalam beberapa cara. Penggunaan algoritme yang intensif dan ekstensif telah melayani beragam tugas dan aktivitas serta berdampak pada proses pengambilan Keputusan. Algoritma dan arsitektur digital dapat mengungkapkan kerentanan konsumen, yang dikenal sebagai kerentanan digital. Konsumen dapat memperoleh keuntungan dan kerugian karena membagikan data mereka, karena beberapa dorongan tidak berbahaya, sementara yang lain menipu atau mengarahkan mereka. Dalam praktik gelap mengeksploitasi kerentanan kognitif, yang dapat mempengaruhi otonomi subjek data dan mengarah pada pilihan kualitas yang lebih rendah. Akibatnya pola gelap dapat mengganggu, mengelabui, bahkan memanipulasi konsumen supaya membeli produk atau layanan bahkan hingga mengorbankan privasi mereka.

Buku ini dibagi menjadi 7 Bab, pada Bab 1 ini akan membahas konsep otonomi konsumen yang telah berkembang, khususnya di pasar online yang dominan dengan penggunaan Big Data dan Kecerdasan Buatan. Elemen-elemen digital yang mengganggu ini memerlukan studi interdisiplin mengenai hukum, peraturan dan teknologi untuk membangun kerangka peraturan yang sesuai dengan tujuan. Bab 2 mengenai ruang arsitektur digital yang

muncul untuk perlindungan hukum didasarkan pada desain dalam konteks web.3.0. dalam pengaturan teknologi default menentukan “arsitektur pilihan” dan desain digital, termasuk pola gelap, yang dapat menggubah lingkungan hukum dan substansi dan keadilan hukum. Dan bab ke 3 akan membahas mengenai cara baru dalam memajukan penelitian Hukum. Serta mengetahui Konsekuensi dari teknologi yang mengganggu terhadap klasifikasi hukum yang telah lama ada. Pada bab 4 ini akan membahas pertimbangan bahwa risiko terhadap otonomi pengguna tidak lagi hanya berasal dari banyaknya informasi dan transparansi, tetapi juga, terutama, dari faktor-faktor seperti kompleksitas struktur digital. Oleh karena itu, masalah mengontrol arsitektur pilihan, yang mencakup cara mengevaluasi keadilan, menjadi sangat signifikan.

Bab 5 mengenai perspektif hukum perlindungan data, dan sekarang analisis difokuskan pada dua aspek penting yang sedang berkembang dalam undang-undang perlindungan data. Aspek ini sangat signifikan dalam upaya melindungi otonomi pengguna. Dalam bab 6 ini akan membahas mengenai perspektif Hukum Konsumen. Bagian ini menjelaskan sejauh mana undang-undang perlindungan data dan undang-undang konsumen bekerja sama ketika undang-undang perlindungan data melindungi transparansi serta mengevaluasi keadilan dan validitas pilihan konsumsi. Bab 7 yang merupakan menjadi bagian bab terakhir buku ini akan membahas mengenai Munculnya urgensi perlindungan untuk otonomi dalam konteks digital mendorong pemodelan untuk melindungi hak otonomi, bagian ini mengarahkan temuan utama menuju pendekatan, model hukum, dan metode penelitian yang sesuai, yang secara khusus fokus pada pentingnya regulasi yang didesain.

Demikian buku ajar ini kami buat dengan harapan dapat memberikan pemahaman yang lebih mendalam tentang hukum perlindungan konsumen, diharapkan pembaca dapat merasakan manfaat dari isi buku ini dalam kehidupan sehari-hari. Terima kasih.

Semarang, Maret 2024
Penulis

Althea Serafim Kriswandaru, S.H., M.H.

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Kata Pengantar	ii
Daftar Isi	iv
BAB 1 MEMBANGUN ULANG OTONOMI KONSUMEN KE DUNIA DIGITAL	1
1.1. Otonomi Konsumen Dalam Hukum Privat: Perspektif Diakronis	3
1.2. Sekilas Tentang Otonomi Dan Pendekatan Informasi Tradisional	4
1.3. Interkoneksi Antar Otonomi Dan Informasi Dalam Hukum Eropa	6
1.4. Konsep Dinamis Otonomi Dalam Konteks Digital.....	10
1.5. Perhatian Khusus Pada Teknologi Berbasis Data Dan Metaverse	12
BAB 2 ARSITEKTUR DIGITAL “PERLINDUNGAN HUKUM BERDASARKAN DESAIN”	15
2.1. Desain Digital Yang Berbeda Untuk Mendorong	17
2.2. Manipulasi Konsumen Digital	22
2.3. Fenomena Pola Gelap	25
2.4. Desain Manipulatif Dan Kendala Dalam Pendekatan Informasi	26
BAB 3 MENEMUKAN CARA BARU UNTUK MEMAJUKAN PENELITIAN HUKUM	30
3.1. Menggabungkan Batas Antara Kebijakan Hukum	34
3.2. Dampak Teknologi Disruptif Terhadap Taksonomi Hukum.....	36
3.3. Iklan Dan Layanan Hukum Yang Dipersonalisasi	37
3.4. Kelemahan Personalisasi	40
3.5. Inkuiri Dan Metode Penelitian	42
BAB 4 OTONOMI BERJUANG DENGAN POLA GELAP	44
4.1. Pola Desain Dan Fenomena Pola Gelap Yang Menyebar Luas	45
4.2. Pola Gelap Dan Kerugian Konsumen	51
4.3. Kerangka Peraturan Eropa Dalam Mengatasi Pola Gelap	54
4.4. Hubungan UU Perlindungan Data Dan UU Perlindungan Konsumen	59
BAB 5 PERSPEKTIF HUKUM PERLINDUNGAN DATA	64
5.1. Pandangan Global	65
5.2. Keputusan UE Atas Keaslian Surat Wasiat	68
5.3. Kehilangan Data Pribadi Melalui Web Di Platform Online	76
5.4. Peraturan Berdasarkan Desain	78
BAB 6 PERSPEKTIF HUKUM KONSUMEN	83
6.1. Undang-Undang Layanan Digital Dan Undang-Undang Pasar Digital	86
6.2. Peran Penting Dari Arahan Praktik Komersial Yang Tidak Adil	90
6.3. Kelemahan Dalam Uji Kewajaran Saat Ini	95
6.4. Perspektif Hukum Persaingan Usaha	97
6.5. Gagasan “Kompetesi Berdasarkan Desain”	101
6.6. Pola Gelap Anti Persaingan	103
6.7. Kerangka Hukum Eropa	106

BAB 7 PERMODELAN PERLINDUNGAN HAK OTONOMI DALAM KONTEKS DIGITAL	110
7.1. Munculnya Urgensi Perlindungan Untuk Otonomi	110
7.2. Arahkan Untuk Mengkoordinasikan Program Regulasi Terfragmentasi	111
7.3. Terganggunya Konsep Hukum Tradisional	115
7.4. Dari Kerentanan Menuju Kerentanan Digital	117
7.5. Prototipe ‘Konsumen Rata-Rata’ Hingga Konsumen Rentan Digital	122
7.6. Menuju Model Hukum Yang Sesuai	126
7.7. Desain Hukum	128
7.8. Metodologi Komparatif Terhadap Interdisipliner Dalam Desain Hukum	134
Daftar Pustaka	139

BAB 1

MEMBANGUN ULANG OTONOMI KONSUMEN KE DUNIA DIGITAL

Mengatur Suasana

Selama bertahun-tahun, banyak yang telah dibicarakan tentang otonomi konsumen. Terlepas dari besarnya kontribusi terhadap isu ini¹, saat ini kita perlu mengakui evolusi konsep itu sendiri, khususnya selama dua tahap baru-baru ini: pertama, dalam pasar online yang dominan dan mempertimbangkan perubahan dalam praktik komersial; kedua, mengambil langkah maju, mengingat penggunaan Big Data dan kecerdasan buatan. Memang benar, elemen digital yang mengganggu berdampak pada konsep tradisional otonomi dan menyebabkan titik balik dalam penelitian hukum swasta di Eropa.

Unsur-unsur tersebut bermacam-macam, jumlahnya banyak, dan tidak selalu muncul dari satu perspektif hukum saja: unsur-unsur tersebut muncul dari kajian interdisipliner hukum, peraturan, dan teknologi, yang memberikan kerangka bagi serangkaian penyelidikan ilmiah yang ambisius, yang masing-masing memunculkan gagasan' terganggunya doktrin hukum dan landasan normatifnya. Studi-studi ini secara komprehensif berkontribusi dalam menetapkan kerangka peraturan yang 'sesuai dengan tujuan' mengingat perkembangan teknologi yang pesat².

Sudut pandang umum yang digunakan dalam mempertimbangkan otonomi adalah berbasis hak, kontrak, dan peraturan. Saat ini, lingkungan yang dimediasi oleh teknologi canggih memerlukan pemahaman yang mendalam tentang manipulasi pasar online dan perbedaan antara risiko individu yang nyata dan risiko yang dirasakan, membedakan praktik-praktik penyenggolan online dari bentuk-bentuk cerewet dan manipulasi yang lebih parah, serta dampak praktisnya terhadap pengguna dan bagaimana undang-undang saat ini melindungi hak otonomi dalam kondisi seperti ini.

Secara ringkas, halaman-halaman berikut membedakan unsur-unsur disruptif berdasarkan sifatnya: sifat fungsional terkait aspek teknologi dan hukum. Dari sudut pandang fungsional, penting untuk menyoroti bagaimana Big data dan AI memperkenalkan keadaan ke dalam pasar digital tempat terjadinya transaksi konsumen digital, yang merupakan hal baru dibandingkan dengan strategi pasar online sebelumnya. Misalkan potensi manfaat Big Data sudah jelas, seperti tersedianya layanan online bagi konsumen yang seharusnya dibayar dengan mata uang tradisional. Dalam hal ini, konsumen harus lebih sadar akan ancaman yang ada dalam komersialisasi data pribadi. Hal ini tidak hanya mengacu pada nilai hukum umum

¹ Literatur Hukum yang berkaitan dengan asas otonomi sangatlah luas. Lihat catatan 11 di bawah untuk rekonstruksi kontribusi utama.

² Studi mengenai bidang 'Hukum, Regulasi, dan Teknologi' menyelidiki teknologi disruptif. Lihat: Roger Brownsword, Eloise Scotford, Karen Yeung, 'Law, Regulation, and Technology: The Field, Frame, and Focal Questions' dalam Roger Brownsword, Eloise Scotford, dan Karen Yeung (eds), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Teknologi* (Oxford Handbooks-Oxford Academic 2016; edisi online 2017).

yang diperoleh data pribadi dengan penyediaan data sebagai counter-kinerja³, tetapi juga pada eksploitasi preferensi konsumen yang disimpulkan oleh data sensitif dan metadata⁴.

Kini teknologi berbasis data dapat lebih mudah membedakan konten informasi ke dalam bidang-bidang yang tidak terstruktur dibandingkan di masa lalu. Untuk mencapai kemajuan ini, teknik yang dikenal sebagai web scraping, pemrosesan bahasa alami, dan pembelajaran mesin menjelaskan cara menyampaikan makna dan struktur pada data yang berantakan⁵.

Dari sudut pandang hukum, penting untuk mengenali dampak perencanaan respon regulasi terhadap kerangka yang ada saat ini yang akan terus berkembang. Perubahan hukum ini juga dapat dianggap mengganggu, dan kebutuhan untuk mengubah pemikiran hukum ke dalam lanskap hukum 3.0 sangatlah jelas⁶. Kesepakatan Baru Eropa untuk Konsumen (European New Deal for Consumers) memberikan contoh sebuah langkah maju ke arah ini⁷. Namun, hal ini masih gagal untuk melepaskan diri dari peraturan yang ada. paradigma lama perlindungan konsumen berakar pada era pra-Big Data, karena masih berupaya mencapai cakupannya dengan mengatasi ketimpangan daya tawar dalam transaksi konsumen⁸. Pada tahun 2018, posisi yang diungkapkan oleh Komisi Eropa adalah untuk mengisi kesenjangan peraturan dalam hukum konsumen⁹. Tanda-tanda awal dari perubahan yang diperlukan muncul dalam perdebatan hukum yang saat ini dikembangkan oleh lembaga-lembaga hukum, yang menunjukkan perlunya tanggapan peraturan holistik yang mereformasi hukum konsumen¹⁰. Memang benar, semakin meningkatnya interaksi antara hukum konsumen dan bidang hukum lainnya akan menunjukkan kompleksitas dalam menetapkan respons regulasi ke dalam kerangka kerja yang ada.

³ Lihat Parlemen, Petunjuk Dewan (UE) 2019/771 tanggal 20 Mei 2019 mengenai aspek-aspek tertentu mengenai kontrak penjualan barang, perubahan Peraturan (UE) 2017/2394 dan Petunjuk 2009/22/EC, dan pencabutan Petunjuk 1999/44/ EC [2019] OJ L 136, 28-50.

⁴ Metadata umumnya didefinisikan sebagai 'data pada data' (misalnya kepatutan suatu dokumen). Metadata berhubungan dengan informasi yang dihasilkan oleh komunikasi. Mereka dapat memanfaatkannya dengan sangat baik, karena mereka dapat mengungkapkan garis lintang, garis bujur dan ketinggian terminal pengirim atau penerima, arah perjalanan, informasi penamaan, penomoran atau pengalamatan, volume komunikasi, jaringan tempat komunikasi berasal atau diakhiri, dan awal, akhir atau durasi koneksi. Lihat Nora Ni Loideain, 'EU Law and Mass Internet Metadata Surveillance in the Post-Snowden Era' (2015) 3 Media dan Komunikasi - Edisi Khusus tentang Pengawasan: Analisis Kritis dan Tantangan Saat Ini 53.

⁵ Liane Colonna, 'Taksonomi dan Klasifikasi Data Mining' (2013) 16 Smu Sci & Tech L Rev 309, 332-34.

⁶ Ungkapan UU 3.0. diperkenalkan oleh Prof. Roger Brownsword: Lihat Hukum Roger Brownsword 3.0. Aturan, Regulasi, dan Teknologi (Routledge 2020). Perkembangan terkini dalam teknologi menawarkan kepada regulator kemungkinan untuk melakukan perbaikan teknis dibandingkan hanya mengandalkan aturan. Berpikir seperti seorang pengacara mungkin terus dikaitkan dengan UU 1.0, namun mulai tahun 2020 dan seterusnya, UU 3.0 adalah perbincangan yang penulis sarankan untuk diikuti. Memang benar, evolusi penalaran hukum tidak dapat dipahami secara memadai kecuali kita memahami pentingnya teknologi dalam membentuk doktrin hukum dan pemikiran peraturan kita.

⁷ Komisi, 'Komunikasi dari Komisi kepada Parlemen Eropa, Dewan dan Komite Ekonomi dan Sosial Eropa sebuah Kesepakatan Baru untuk Konsumen' COM (2018) 0183 final.

⁸ Untuk analisis menarik mengenai tiga isu yang saling berkaitan, yaitu kerentanan, otonomi, dan regulasi setelah New Deal, lihat: Mateusz Grochowski, 'European Consumer Law after the New Deal: A Triptych' (2020) 39(1) Yearbook of European Law 387 -422; dan Makalah Penelitian Hukum Perdata Max Planck No. 21/24, tersedia di <<https://ssrn.com/abstract=3920452>> diakses 1 Mei 2021. Lihat juga Mateja Durovic, Francizek Lech, 'A Consumer Law Perspective on the Commercialization of Data, Tinjauan Eropa tentang Hukum Perdata' (2021) 5 Tinjauan Eropa tentang Hukum Perdata 701, 703 dan 708

⁹ Komisi, Komunikasi (n 7), halaman 3-4 dokumen

¹⁰ Pengamatan tersebut mengemuka pada webinar Konsumen Digital Tahunan Kedua yang diselenggarakan oleh Komisi pada tanggal 21 November 2022, Brussels.

Oleh karena itu, Bab kali ini dikhususkan untuk menekankan unsur-unsur disruptif di dunia maya dan menunjukkan pola pikir hukum baru serta metode yang sesuai untuk mengajukan pertanyaan penelitian mengenai respons regulasi untuk melindungi otonomi di bawah tekanan pola gelap.

1.1 OTONOMI KONSUMEN DALAM HUKUM PRIVAT: PERSPEKTIF DIAKRONIS

Demikian pula, perdebatan dalam disiplin ilmu lain menekankan bahwa otonomi sulit untuk didefinisikan dalam undang-undang¹¹. Tinjauan singkat tentang akar konseptual yang paling tradisional akan menyusul.

Selama bertahun-tahun, para pakar hukum perdata telah memperdebatkan perluasan konsep ini dan batasan-batasannya, terutama dalam bidang hukum kontrak¹². Para pakar terkemuka di Italia, misalnya, menganggap otonomi sebagai sumber kontrak, dan mendefinisikannya sebagai kemampuan para pihak untuk mengatur kepentingan mereka sendiri¹³. Definisi ini luas¹⁴, dan makna konkritnya bergantung pada teori interpretasi yang dianut oleh para pengacara kontrak¹⁵. Oleh karena itu, pada prinsipnya, otonomi partai dapat dijelaskan dalam tiga cara: pelaksanaan kebebasan untuk mencapai, atau tidak mencapai kesepakatan; kebebasan memilih isi perjanjian, dengan pihak yang membuat perjanjian; dan kebebasan untuk membuat perjanjian kontrak yang khas, atau tidak lazim.

Di antara yurisdiksi Nasional, bahkan Uni Eropa telah mengakui otonomi partai sebagai salah satu prinsip dasar kebebasan dan pasar¹⁶. Eropa sangat memperkuat perlindungan otonomi selama tahun sembilan puluhan dengan diperkenalkannya kategori kontrak

¹¹ Para peneliti dari berbagai bidang akademis, seperti filsafat, psikologi, dan kebijakan konsumen telah menyelidiki otonomi pribadi, dengan menggunakan terminologi yang berbeda: meskipun ada yang secara langsung menggunakan otonomi, ada pula yang mengandalkan konstruksi yang berbeda, seperti penentuan nasib sendiri atau kehendak bebas. Lihat Quentin, Carmon, Wertenbroch, dkk. (n 8) 28-37; Hans W. Micklitz, 'Prinsip-prinsip hukum kontrak Eropa dan perlindungan pihak yang lebih lemah' (2004) 27(3) J Kebijakan Konsumen 339-356; Stephen Vogenauer, Stefan Weatherill, Petra Weingerl, 'Otonomi swasta dan perlindungan pihak yang lebih lemah' dalam Stephen Vogenauer, Stefan Weatherill (eds), Prinsip-prinsip umum hukum: perspektif Eropa dan komparatif (Studi dari Oxford Institute of European and Comparative Law, Penerbitan Hart, 2023) 255-268. Topik otonomi konsumen, misalnya, memiliki sejarah panjang dalam etika pemasaran: perwakilan sarjana utama adalah Richard H. Thaler dan Cass R. Sunstein. Lihat: Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein, Nudge: Meningkatkan keputusan tentang kesehatan, kekayaan, dan kebahagiaan (Penguin Books 2009); Cass R. Sunstein, 'Lima puluh nuansa manipulasi' (2015) 1(3-4) Jurnal Perilaku Pemasaran 214-244. Lihat juga Roger Crisp, 'Periklanan persuasif, otonomi, dan penciptaan keinginan' (1987) 6(5) Jurnal Etika Bisnis 413-

418. Untuk penjelasan singkat tentang otonomi dalam etika pemasaran lihat juga Michael R. Hyman, Alena Kostyk, David Trafimow, 'True Consumer Autonomy: a Formalization and Implications' (2023) 183(3) Journal of Business Ethics 841, dimana Penulis mengidentifikasi empat variabel otonomi konsumen: otonomi sebenarnya, otonomi aktual, keandalan kemauan, dan keandalan pilihan produk.

¹² Untuk rekonstruksi evolusi dalam bidang hukum perdata Italia, lihat Michael

W. Monterossi, 'Autonomia del consumatore emorfa del mercato' (2020) III Rivista di diritto bancario 1-35. Untuk kontribusi komparatif mengenai prinsip otonomi di UE dan Negara-negara Anggota lihat: Peter Christian Müller Graff 'Basic Freedoms: extending Party Autonomy cross Borders' dalam Stefan Grundmann (ed.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market (de Gruyter 2001) 135-50; dan André Janssen, Geraint Howells (eds.), Hak dan Kewajiban Informasi: Tantangan bagi Otonomi Partai dan Keadilan Transaksional (Routledge 2005).

¹³ Francesco Gazzoni, Manuale di diritto privato (edisi VII, ESI 1998) 730. Jumlah tulisan dan bab berbahasa Italia dalam buku pegangan hukum privat yang membahas tentang otonomi sangat banyak. Antara lain lihat: Guido Alpa, 'Autonomia contrattuale' I Encicl. dir.-I tematici (Giuffrè-Francis Lefebvre, Milano, 2021) 1; Alberto Trabucchi, Istituzioni di diritto civile (Cedam, 2005) 166; Nicolò Lipari, Diritto swasta eropa (vol 2, Cedam 1997).

¹⁴ Lihat Seni. 1322 KUH Perdata Italia. Untuk komentar: Giorgio Cian, Alberto Trabucchi, Komentar breve al Codice civile - sub Seni. 1322 (Edisi VII, Cedam 2005) 1409.

¹⁵ Berbagai teori dirangkum oleh Gazzoni (n 13) 731-734.

¹⁶ Kebijakan perlindungan konsumen UE didasarkan pada Pasal 4(2)(f), 12, 114 dan 169 Traktat Fungsi Uni Eropa (TFEU), serta Pasal 38 Piagam Hak-Hak Dasar Eropa Persatuan. Secara khusus, pasal 4(2)(f) mengatur perlindungan konsumen sebagai kompetensi bersama antara Uni Eropa dan Negara-negara Anggota.

konsumen tertentu, yaitu kontrak standar¹⁷. Pengadilan Uni Eropa (selanjutnya: ECJ) berperan aktif dalam menafsirkan konsep-konsep utama kontrak konsumen, sehingga mengarah pada harmonisasi hukum konsumen dalam sistem hukum Eropa. Upaya ECJ diungkapkan, terutama dalam situasi 'ambil atau tinggalkan', melalui tindakan interpretasi evolusionernya mengenai perlindungan otonomi partai yang autentik tanpa memperhatikan penghormatan formal terhadap aturan hukum mengenai persetujuan¹⁸.

Dengan meningkatnya kasus bisnis-ke-konsumen, mudah untuk dicatat bahwa aturan-aturan tradisional, seperti persetujuan, tidak selalu menjamin kebebasan menyatakan keinginan pihak yang lebih lemah dalam kontrak. Ada kondisi endemik dalam kontrak standar yang menghilangkan kapasitas konsumen, bahkan ketika bisnis mematuhi aturan. Secara praktis, setiap pengurangan pilihan, kendala, atau keterbatasan pilihan konsumen, berdampak negatif terhadap otonomi sebenarnya. Tentunya harga, waktu, dan lokasi penjual dapat dianggap sebagai elemen struktural pilihan. Selain itu, dengan meluasnya penggunaan kontrak standar dan pengaruh kekuasaan yang asimetris antara pihak-pihak yang berkontrak, tantangan hukum utama dalam menyediakan alat perlindungan hukum yang efektif muncul dari perbedaan antara otonomi individu formal dan aktual.

Dalam e-commerce bisnis-ke-konsumen, analisisnya akan berfokus pada bagaimana teknologi memungkinkan bisnis untuk mempengaruhi pilihan konsumen secara mendalam¹⁹. Mengantisipasi isu ini pada halaman berikut: konsumen mengambil keputusan dalam lingkungan informasi yang semakin kompleks; namun demikian, kemampuan mereka untuk menjalankan otonomi otentik mereka akan menurun bukan hanya karena melimpahnya informasi dan tekanan kognitif yang disebabkan oleh lingkungan online, tetapi juga karena upaya untuk memanipulasi kebebasan memilih mereka melalui AI dan desain arsitektur digital yang berbahaya.

1.2 SEKILAS TENTANG OTONOMI DAN PENDEKATAN INFORMASI TRADISIONAL

Dalam undang-undang primer dan sekunder UE, prinsip otonomi tidak didefinisikan secara eksplisit. Dalam hukum UE, otonomi hanya diandaikan oleh Art. 3(3) TFUE²⁰, dan kita

¹⁷ Pencapaian ini diwakili oleh Petunjuk Ketentuan Kontrak yang Tidak Adil (Petunjuk 93/13/EEC) yang melindungi konsumen dari ketentuan kontrak standar yang tidak adil yang diberlakukan oleh pedagang (diubah oleh Petunjuk Parlemen (UE) 2019/2161 tanggal 27 November 2019 yang mengubah Petunjuk Dewan 93/13/EEC dan Petunjuk 98/6/EC, 2005/29/EC dan 2011/83/EU Parlemen dan Dewan Eropa mengenai penegakan yang lebih baik dan modernisasi peraturan perlindungan konsumen Uni [2019] OJ L328). Untuk perjalanan sejarah yang luas, lihat Gian Antonio Benacchio, 'Diritto privato dell'Unione Europea' (Cedam, 2016). Lihat juga Gian Antonio Benacchio, 'Pregi e difetti del modello eropa di tutela del consumatore' (2021) 11 *Revista Universul Juridic* 13-27. Penulis menunjukkan bahwa rezim hukum ini telah memperkenalkan perubahan substantif dalam hukum privat Eropa: rezim ini telah menciptakan kategori kontrak khusus yang berbeda dari hukum kontrak umum.

¹⁸ Sebaliknya, ilmu pengetahuan yang sudah mapan menggarisbawahi hal itu ketika konsumen «memiliki kemampuan yang baik dalam mengkonsumsi dan memproses informasi, seseorang secara alami akan melihat informasi sebagai alat perlindungan yang efektif yang meningkatkan otonomi konsumen». Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner, Thomas Wilhelmsson, *Memikirkan Kembali Hukum Konsumen UE* (Routledge 2018) 31.

¹⁹ Eliza Mik, 'Erosi otonomi dalam transaksi konsumen online' (2016) 8(1) *Hukum, Inovasi dan Teknologi* 1-38.

²⁰ Federico Galli menekankan bahwa 'UE tidak perlu secara eksplisit mendefinisikan otonomi sebagai prinsip dasar: sebaliknya, prinsip ini sudah ada dalam peraturan hukum UE' (Federico Galli, *Algorithmic Marketing and EU Law on Unfair Commercial Practices* (Springer 2022, 216). Dalam tatanan hukum Eropa, otonomi swasta adalah 'otonomi yang diatur'. Hukum privat UE melindungi otonomi sebagai tujuan yang ingin dicapai melalui

dapat membedakan hampir tiga cara penting dalam menjamin otonomi UE: pertama, melalui peran informasi yang memungkinkan konsumen membuat pilihan bebas; kedua, dengan melindungi kelompok konsumen tertentu yang rentan; dan ketiga, dengan melindungi ketentuan dan praktik yang tidak adil.

Bagaimanapun juga, terdapat ketentuan mengenai kebebasan berkontrak yang menyiratkan untuk banyak jenis kontrak kebebasan untuk memilih pihak yang membuat kontrak²¹, untuk menentukan syarat dan ketentuan kontrak dan untuk menyimpulkan atau tidak membuat kontrak. Pembatasan hak para pihak, tentu saja, dilakukan untuk menyeimbangkan posisi mereka dan memungkinkan pelaksanaan otonomi dan kebebasan berkontrak.

Arti otonomi sebagai penentuan nasib sendiri melambangkan kebebasan berkembangnya hubungan pribadi dan interpersonal, serta kebebasan berpartisipasi dalam masyarakat. Kontribusi yang relevan terhadap konseptualisasi otonomi konsumen diberikan oleh pengalaman nasional Jerman, khususnya yang menekankan keterkaitan antara perlindungan otonomi dan perlindungan informasi.

Secara umum, penetapan hukum Jerman mengenai 'penentuan nasib sendiri berdasarkan informasi' tampaknya merupakan tradisi nasional yang paling berpengaruh dalam konseptualisasi Piagam Hak-Hak Fundamental mengenai perlindungan data pribadi. Menurut Mahkamah Konstitusi Jerman, hak atas penentuan nasib sendiri berdasarkan informasi, berdasarkan martabat manusia dan hak atas kepribadian, pada prinsipnya menjamin kekuasaan individu untuk menentukan sendiri pengungkapan dan penggunaan data mereka.²²

Bagi Mahkamah Konstitusi Jerman, hak atas penentuan nasib sendiri berdasarkan informasi menyiratkan pembatasan yang ketat terhadap pemrosesan tujuan dan mungkin dibatasi oleh hukum untuk mencapai kepentingan umum. Oleh karena itu, hak tersebut diintervensi ketika data pribadi diproses di luar kendali individu dan interferensi tersebut hanya diperbolehkan dalam kondisi tertentu. Singkatnya, secara pragmatis perlindungan otonomi individu diwujudkan terutama melalui paradigma informasi, di mana informasi melindungi kebebasan memilih konsumen. Undang-undang konsumen UE, seperti semua pasar liberal, didasarkan pada kebebasan memilih.

Para pembuat kebijakan telah membahas masalah asimetri informasi selama bertahun-tahun, sejak tahun 1970an, namun pada tahun 1990an kewajiban informasi menjadi bagian standar dalam penyusunan langkah-langkah perlindungan konsumen Eropa²³,

tujuan kebijakan lainnya, pertama, dan yang terutama, pencapaian Pasar Internal. dilakukan oleh Hans-W. Micklitz, Yane Svetiev, Guido Comparato, 'Hukum privat regulasi Eropa – paradigma yang diuji' (2012) 31 Erpl EUI Working Papers Law.

²¹ Perdebatan yang berbeda menandai ketentuan kontrak standar yang telah dirumuskan sebelumnya: Petunjuk Ketentuan Kontrak yang Tidak Adil (Petunjuk Dewan 93/13/EC tanggal 5 April 1993 tentang ketentuan yang tidak adil dalam kontrak konsumen [1993] OJ L 95/29) melindungi konsumen dan kontrak otonomi dari campur tangan apa pun. Lihat Scholes (n 11) 303.

²² BundesVerfassungsgericht, 15.12.1983, Volkszählungsurteil, BVerfGE Bd. 65, S.1.

²³ Berbagai tindakan perlindungan konsumen lainnya mencakup: Petunjuk Perjalanan Paket dan Petunjuk Penjualan Jarak Jauh, Petunjuk Hak Konsumen.

sebagian besar untuk memulihkan keseimbangan kontrak antara konsumen dan pedagang²⁴. Kewajiban terhadap informasi menjadi populer di badan legislatif nasional dan supranasional dan secara bertahap cenderung meningkat²⁵, berdasarkan pernyataan berikut: keterbukaan informasi sudah memadai, didukung secara luas di seluruh lini partai, dan hampir tidak memerlukan biaya apa pun untuk melaksanakan dan menegakkannya karena biaya dari kegiatan-kegiatan ini biasanya ditanggung oleh pihak ketiga.

Kewajiban atas informasi merupakan bagian dari berbagai langkah perlindungan konsumen Eropa (misalnya Petunjuk Dewan tanggal 13 Juni 1990 tentang paket perjalanan, paket liburan, dan paket wisata (Petunjuk Perjalanan Paket)²⁶, atau Petunjuk 97/7/EC Parlemen Eropa dan Peraturan Eropa. Dewan tanggal 20 Mei 1997 tentang perlindungan konsumen sehubungan dengan kontrak jarak jauh (Distance Selling Directive)²⁷.

Dalam kerangka Eropa, dan juga di AS, pengungkapan yang diwajibkan merupakan alat regulasi yang penting bagi kebijakan konsumen dan data:

‘Bagi mereka yang percaya pada prinsip pasar bebas, kewajiban informasi mempunyai keuntungan karena peraturannya lebih ringan dan meminimalkan campur tangan pasar. Sebaliknya, bagi mereka yang berfokus pada otonomi konsumen, pengungkapan yang diwajibkan adalah alat yang cocok untuk meningkatkan penentuan nasib sendiri konsumen dan mendorong pemberdayaan konsumen’²⁸.

1.3 INTERKONEKSI ANTARA OTONOMI DAN INFORMASI DALAM HUKUM EROPA

Selama bertahun-tahun, pendekatan informasi selalu mempertahankan peran utamanya. Berdasarkan Strategi Kebijakan Konsumen Komunitas (2017-2013), tugas penyedia informasi tetap sama seperti yang ditetapkan pada strategi sebelumnya, dimana tingginya tingkat perlindungan konsumen dan penegakannya juga mencakup terwujudnya “konsumen yang lebih terinformasi dan terdidik”, misalnya melalui penguatan peran Pusat Konsumen Eropa²⁹.

²⁴ Natali Helberger, ‘Form Matters: Informing Consumers Effectively’ (2013) 71 Makalah Penelitian Amsterdam Law School <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2354988>> diakses pada 13 Maret 2023; Hanneke Luth, Cseres Katalin, ‘The DCFR and Consumer Protection: An Economic Assessment’ dalam Filomena Chirico, Pierre Larouche (eds), Analisis Ekonomi DCFR: Pekerjaan Economic Impact Group dalam CoPECL (Otto Schmidt/De Gruyter hukum Eropa pub 2010) 235-276

²⁵ Geneviève Helleringer, Anne-Lise Sibony, ‘Perlindungan Konsumen Eropa melalui Lensa Perilaku’ (2017) 20(3) Jurnal Hukum Eropa Columbia 607; Annette Nordhausen Scholes, ‘Persyaratan Informasi’ dalam Geraint Howells, Reiner Schulze (eds.), Modernisasi dan Harmonisasi Hukum Kontrak Konsumen (De Gruyter 2009) 213; Stefan Grundmann, ‘La struttura del diritto eropa dei contratti’ (2002) 48(3) Rivista di diritto civile 365; Geraint Howells, ‘Potensi dan Batasan Pemberdayaan Konsumen melalui Informasi’ (2005) 32(3) Jurnal Hukum dan Masyarakat 349.

²⁶ Council Directive 1990/314/EEC tanggal 13 Juni 1990 tentang paket perjalanan, paket liburan, dan paket wisata (Package Travel Directive) [1990] OJ L 158/59.

²⁷ Parlemen, Petunjuk Dewan 97/7/EC tanggal 20 Mei 1997 tentang perlindungan konsumen sehubungan dengan kontrak jarak jauh (Distance Selling Directive) [1997] OJ L 144/19.

²⁸ Cristoph Busch, ‘Menerapkan Hukum yang Dipersonalisasi: Pengungkapan yang Dipersonalisasi’ (2019) 86(2) Tinjauan hukum Universitas Chicago 309-331, 310.

²⁹ Komisi, ‘Komunikasi kepada Dewan, Parlemen Eropa dan Komite Ekonomi dan Sosial Eropa, Strategi Kebijakan Konsumen UE 2007-2013’ COM(2007)99 final. Hans W. Micklitz, Politik keadilan dalam hukum privat Eropa: keadilan sosial, keadilan akses, keadilan masyarakat (Cambridge University Press 2018).

Pada tanggal 25 November 2020, Parlemen mengadopsi Resolusi bertajuk 'Menuju pasar tunggal yang lebih berkelanjutan bagi bisnis dan konsumen', yang menyoroti pentingnya ketahanan dan kemampuan perbaikan barang-barang konsumen serta memberikan lebih banyak hak dan informasi kepada konsumen untuk membantu mereka membuat pilihan yang berkelanjutan³⁰. Komisi terus mendanai inisiatif untuk meningkatkan penyediaan informasi kepada konsumen, seperti Jaringan Pusat Konsumen Eropa (ECC-Net), serta kampanye informasi di Negara-negara Anggota karena, sebagaimana dinyatakan secara resmi, informasi yang lebih baik dan pengetahuan yang lebih baik tentang hak-hak konsumen dapat meningkatkan kepercayaan konsumen³¹. Jaringan ECC menyediakan informasi dan saran mengenai belanja lintas batas dan penanganan keluhan konsumen. Jaringan paralel, FIN-NET, mempunyai peran yang sama untuk pengaduan mengenai layanan keuangan lintas batas. Komisi juga melakukan kampanye informasi konsumen di Negara-negara Anggota dan menerbitkan panduan praktis bagi konsumen³².

Bahkan ketika mendorong prioritas baru, seperti keberlanjutan saat ini, sebagai bagian dari paket ekonomi sirkular, Komisi pada tanggal 30 Maret 2022 menerbitkan Proposal Petunjuk tentang pemberdayaan konsumen untuk transisi ramah lingkungan melalui perlindungan yang lebih baik terhadap praktik tidak adil dan memberikan akses terhadap layanan yang lebih baik. informasi. Tujuan utama dari proposal ini adalah untuk membantu konsumen membuat pilihan ramah lingkungan dengan memberikan mereka informasi yang diperlukan³³.

Sayangnya, persyaratan desain informasi, termasuk transparansi, belum diselaraskan. Di beberapa bidang hukum konsumen, yang termasuk dalam Petunjuk Hak Konsumen (CRD), pembuat kebijakan mengoperasionalkan persyaratan transparansi informasi dalam gambaran umum yang tidak membantu, seperti mewajibkan pedagang untuk menggunakan bahasa yang 'jelas dan mudah dipahami' tanpa penjelasan lebih lanjut, perhatian pada konteks, atau contoh³⁴.

Selama bertahun-tahun, peran informasi dan fungsi utama otonomi konsumen telah ditegaskan dan diterapkan dalam undang-undang Nasional dan kasus hukum UE³⁵. Secara praktis, undang-undang tersebut berasumsi bahwa seringkali terdapat defisit informasi yang

³⁰ Penelitian yang relevan mencakup Parlemen (Komite Pasar Internal dan Perlindungan Konsumen, Departemen Kebijakan untuk Kebijakan Ekonomi, Ilmu Pengetahuan dan Kualitas Hidup), 'Undang-undang Konsumsi Berkelanjutan dan Perlindungan Konsumen', Bert Keirsbilck dkk. (penulis) (2020).

³¹ Tersedia di: <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/eu-consumer-policy-strategy-2007-2013.html>> diakses pada 27 Juli 2021

³² Portal Eropa Anda memainkan peran penting dalam menawarkan akses ke informasi kebijakan konsumen dan mengumpulkan berbagai sumber informasi ke dalam satu Pusat informasi referensi. Akses terhadap informasi telah ditingkatkan melalui gerbang digital tunggal (Reg. EU 2018/1724)

³³ Komisi, 'Usulan Petunjuk Parlemen Eropa dan Dewan untuk mengubah Petunjuk 2005/29/EC dan 2011/83/EU sehubungan dengan pemberdayaan konsumen untuk transisi ramah lingkungan melalui perlindungan yang lebih baik terhadap praktik tidak adil dan informasi yang lebih baik' COM/2022 /143 terakhir

³⁴ Helleringer, Sibony (n 25) 607.

³⁵ Mengenai kewajiban informasi dalam undang-undang UE lihat: Sandra Kind, *Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information – aufgezeigt am Teilzeit-wohnrechtgesetz* (Dunker & Humblot, 1997); Norbert Reich, 'Verbraucherpolitik und Verbraucherschutz im Vertrag von Amsterdam' (1993) 3 Verbraucher und Recht. 5; Von Peter Rott, 'Informationspflichten in Fernabsatzverträgen als Paradigma für die Sprachenproblematik im Vertragsrecht' (1999) 98 ZVglRWiss 382- 409; Peter Mankowski, 'Fernabsatzrecht: Informasi über das Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung bei Internetauftritten' (2001) Computer & Recht 767.

merugikan konsumen, yang dapat merugikan konsumen. diimbangi dengan memberikan informasi yang relevan kepada konsumen. Informasi ini akan memungkinkan konsumen untuk membuat pilihan berdasarkan informasi.

Menjadi 'aktor yang berpengetahuan luas' juga mewakili ciri utama yang menjadi ciri definisi tradisional konsumen rata-rata, sebuah istilah yang diciptakan oleh legislator Eropa melalui Unfair Commercial Practices Directive (UCPD)³⁶. Perkembangan legislatif ini mengikuti kasus hukum ECJ yang sudah lama ada mengenai praktik komersial yang menyesatkan, yang mendalilkan bahwa rata-rata konsumen tidak mudah disesatkan.

Kuantitas dan kualitas informasi selalu menjadi fokus perdebatan dan perhatian. Secara umum, suatu informasi dapat dikatakan sah jika bebas dari penipuan dan tidak menyesatkan. Meskipun demikian, tidak selalu mudah untuk memahami ketika kondisi ini terpenuhi. Sebagaimana diantisipasi dalam bagian 1.1, ECJ memberikan kontribusi yang relevan untuk tujuan ini³⁷. Berawal dari kebutuhan untuk menghilangkan hambatan terhadap pergerakan bebas barang, selama beberapa dekade terakhir, ECJ telah mengidentifikasi 'standar konsumen yang terinformasi' tentang tolok ukur kualitas konsumen. 'konsumen rata-rata', yang berarti cukup, berpengetahuan luas, mengenai pasar barang atau jasa yang relevan.

Untuk pertama kalinya, dalam kasus Gut Springenheide³⁸, Pengadilan Luxemburg mendefinisikan konsumen sebagai orang yang berpengetahuan luas, jeli, dan berhati-hati. Hal ini menyiratkan bahwa 'konsumen yang berpengetahuan' dapat secara mandiri membedakan karakteristik produk dan memahami pesan serta isi iklan, dengan kemampuan 'rata-rata' yang perlu dipastikan, kasus per kasus, tentang situasi dan kekhasan kasus tersebut.

Baru-baru ini, ECJ berargumen bahwa formula 'konsumen yang cukup berpengetahuan dan cukup jeli serta berhati-hati', yang ditetapkan di Gut Springenheide perlu diperbarui. Gagasan tentang konsumen merupakan ambang batas referensi untuk analisis saat ini karena merupakan inti dari undang-undang perlindungan konsumen Eropa. Karena alasan ini, dan karena penilaian EJC interpretatif yang masih tertunda, buku ini akan kembali membahas masalah ini di Bab 3, karena studi kasus empiris tentang pola gelap yang dibahas di Bab 2 akan memerlukan diskusi akhir tentang gagasan tradisional tentang konsumen, serta kerentanannya³⁹ (lihat Bab 3).

³⁶ Parlemen, Petunjuk Dewan 2005/29/EC tanggal 11 Mei 2005 tentang praktik komersial bisnis-ke-konsumen yang tidak adil di pasar internal dan mengubah Petunjuk Dewan 84/450/EEC, Petunjuk 97/7/EC, 98/27/EC dan 2002/65/EC Parlemen Eropa dan Dewan serta Peraturan (EC) No 2006/2004 Parlemen dan Dewan Eropa ('Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil') [2005] OJ L 149/22.

³⁷ Kasus C-465-98, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v Adolf Darbo AG EU:C:2000:184 [2000]. Lihat juga Kasus C-210/96 Gut Springenheide EU:C:1998 [1998]; Kasus c- 99/01 Gottfried Linhart e Hans Biffi [2002] ECR I-9375, paragraf 31-32; Kasus C-44/01 Pippig [2003] ECR I-03095, paragraf 55; Kasus C-218/01 Henkel KGaA [2004] ECR. I-1725, alinea 47, 52, 53 Kasus C-381/05 De Landtsheer Emmanuel SA c. Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, Veuve Clicquot Ponsardin SA [2007] ECR I-3115, paragraf 23.

³⁸ Kasus C-210/96 Gut Springenheide EU:C:1998:369 [1998]. Melalui paragraf 31 Pengadilan mendefinisikan 'standar konsumen yang terinformasikan sebagai harapan rata-rata konsumen yang cukup berpengetahuan dan cukup jeli'. *ibid*.

³⁹ Keputusan interpretatif EJC yang tertunda telah dirujuk oleh Pemerintah Dewan Negara Italia (Bagian VI) pada tanggal 10 Oktober 2022 No. 8650 Consiglio di Stato italiano (Sez. VI) 10 Oktober 2022 No. 8650 <https://www.giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202110361&nomeFile=202208650_18.html&subDir=Provvedimenti> diakses 3 Januari 2023.

Baru-baru ini, legislator Eropa menyoroti tantangan-tantangan baru bagi undang-undang konsumen dalam lingkungan digital, seringkali dengan referensi khusus terhadap kewajiban informasi dan periklanan perilaku di pasar online, di mana peran perantara dari platform sangat memfasilitasi transaksi antara pemasok barang dan jasa, dan konsumen⁴⁰. Saat ini ketersediaan informasi tentang suatu produk atau layanan sangat difasilitasi dengan menggunakan sistem umpan balik reputasi, di mana pengguna dapat mempublikasikan dan memperoleh informasi yang tidak diberikan oleh pemasok.

Dengan tujuan 'memodernisasi' dan memperkuat hak-hak konsumen dalam ekonomi digital, Petunjuk 2019/2161/UE tentang modernisasi dan penegakan hukum yang lebih baik, mengadaptasi ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam UCPD dan Petunjuk Hak Konsumen (CRD) dengan urgensi lingkungan digital, terutama menerapkan transparansi ('petunjuk modernisasi')⁴¹. Bahkan dengan risiko mendistorsi perilaku ekonomi konsumen, dunia usaha diwajibkan oleh Petunjuk Modernisasi untuk memastikan transparansi dan praktik yang jujur⁴². Petunjuk baru ini juga meninjau prinsip harmonisasi maksimum yang sebelumnya diadopsi dalam Petunjuk 2005/29/EC tentang Praktik Komersial yang Tidak Adil dan Petunjuk 2011/83/EU tentang hak-hak konsumen. Dalam dua puluh tahun terakhir terjadi pergeseran yang menjadi ciri kebijakan konsumen Eropa dari pendekatan harmonisasi minimum menuju pendekatan harmonisasi maksimum. Karena alasan ini, pendekatan arahan baru ini tampaknya sedikit berbeda dari jalur standar⁴³. Oleh karena itu, terlepas dari tujuan berharga dari Lembaga-lembaga Eropa di balik amandemen Petunjuk Modernisasi yang dibuat terhadap akuisisi UE pada tahun 2019, mereka masih belum menyelesaikan permasalahan yang ada. perdebatan mengenai risiko yang dihadapi konsumen di era digital. Bagi para sarjana hukum, hal ini disebabkan oleh kenyataan bahwa asimetri struktural terkait dengan kebangkitan platform online dan meningkatnya kecanggihan algoritma yang digunakan oleh mereka tidak dapat diselesaikan melalui amandemen tersendiri namun memerlukan pemikiran ulang yang lebih mendalam terhadap kerangka kerja yang ada⁴⁴.

Singkatnya, dengan tindakan terbaru Komisi Eropa untuk revisi undang-undang konsumen UE yang diumumkan dalam Agenda Konsumen Baru 2020 dan Rencana Aksi Ekonomi Sirkular⁴⁵, persyaratan informasi dan transparansi tetap menjadi pilar kebijakan untuk memberdayakan konsumen untuk transisi hijau, dan menuju konsumsi berkelanjutan:

⁴⁰ Alessandra Quarta, 'Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers' (2017) 2 *Europa e diritto privato* 667; dan Roberta Montinaro, 'Platform online: kerentanan baru yang harus diatasi dalam kerangka hukum Eropa. Platform to Consumer Relations (2020) 2 *Jurnal Hukum & Teknologi Privasi Eropa* 54.

⁴¹ Parlemen, Petunjuk Dewan 2019/2161 tanggal 27 November 2019 mengubah Petunjuk Dewan 93/13/EEC dan Petunjuk 98/6/EC, 2005/29/EC dan 2011/83/EU Parlemen Eropa dan Dewan sehubungan dengan penegakan dan modernisasi peraturan perlindungan konsumen Union yang lebih baik [2019] OJ L 328/7.

⁴² Montinaro (n 40).

⁴³ Mateja Durovic, 'Adaptasi Hukum Konsumen ke Era Digital: Petunjuk Uni Eropa 2019/2161 tentang Modernisasi dan Penegakan Hukum Konsumen yang lebih baik' (2020) 68(2) *Sejarah Fakultas Hukum di Beograd*. Mengenai pendekatan umum tradisional terhadap hukum konsumen lihat juga Lucas Forbes, 'Modernizing Consumer Law in the Fourth Industrial Revolution' (2021) 27 *Kolom J Eur L* 203.

⁴⁴ Agnieszka Jabłonowska, Hans-W. Micklitz, 'EU Consumer Law in 2020' (2021), tersedia di <https://ssrn.com/abstract=3843175> diakses pada 23 Juni 2023.

⁴⁵ Komisi, 'Agenda Konsumen Baru Memperkuat ketahanan konsumen untuk pemulihan berkelanjutan (Komunikasi)' COM/2020/696 final.

cakupan perlindungan konsumen akan sedikit berbeda, berorientasi untuk memastikan pilihan konsumen yang ramah lingkungan ketika membeli produk mereka, namun pendekatan hukum tetap menggunakan pendekatan tradisional. Dengan demikian, hukum konsumen akan dimaknai dengan mempertimbangkan aturan-aturan hukum perdata yang bersifat 'porous'⁴⁶. Oleh karena itu, selalu dalam perspektif merenovasi hukum konsumen, interaksi antara hukum privat dan aturan-aturan konsumen adalah masuk akal untuk melindungi kepentingan individu. sepanjang pengalaman pasar⁴⁷.

1.4 KONSEP DINAMIS OTONOMI DALAM KONTEKS DIGITAL

Sejauh ini, analisis tersebut menunjukkan sejauh mana, selama beberapa dekade terakhir, legislator UE telah melampaui visi otonomi dalam hukum kontrak dan hukum perusahaan, yang secara eksklusif dimaksudkan sebagai kebebasan kontrak konsumen⁴⁸. Para legislator perlu merangkul otonomi informasi, khususnya diwujudkan melalui pengelolaan data pribadi dan non-pribadi konsumen, serta kebebasan berekspresi ke dalam lingkungan digital tanpa terkooptasi (kebebasan pribadi dan hak fundamental). Pergeseran makna ini sejalan dengan tujuan kebijakan konsumen Uni Eropa untuk memastikan pemberdayaan subjek data: konsep terakhir ini dikembangkan untuk melawan bentuk-bentuk periklanan yang melanggar kebebasan konsumen⁴⁹. Melindungi preferensi asli konsumen melalui pemberdayaan telah menjadi hal yang penting. Transversal dalam undang-undang konsumen dan undang-undang perlindungan data, dan persetujuan mungkin merupakan contoh paling jelas untuk menjelaskan interaksi dengan transparansi. Ringkasnya, pemberdayaan harus mencakup (i) keagenan manusia (semacam keinginan bebas), (ii) tingkat transparansi yang memadai, dan (iii) tidak adanya manipulasi⁵⁰.

Lingkungan digital memerlukan pertimbangan makna otonomi yang lebih komprehensif. Hingga saat ini, hanya sedikit penelitian hukum perintis yang membahas topik ini mengenai regulasi modifikasi perilaku melalui desain arsitektur pilihan⁵¹. Konteks digital menyiratkan perlunya memperluas gambaran elemen-elemen yang berdampak pada otonomi hingga beberapa penulis juga mengusulkan penerapan konsep 'otonomi data' yang lebih komprehensif, yang berarti kemampuan individu untuk memiliki kendali atas data mereka⁵².

⁴⁶ Helleringer, Sibony (n 25).

⁴⁷ Dalam istilah ini, lihat juga Antonio Davola, 'Fostering Consumer Protection in the Granular Market: The Role of Rules on Consent, Misrepresentation and Fraud in Regulate Personalized Practices' (2021) *Teknologi dan Regulasi* 76-86

<<https://doi.org/10.26116/techreg.2021.007>> diakses 13 Januari 2023

⁴⁸ Untuk mengetahui perbedaan arti otonomi kontrak di Negara-negara Anggota, lihat Hans-W. Micklitz, 'Tentang sejarah intelektual kebebasan kontrak dan regulasi' (2015) 4(1) *Penn St J Law Int Aff*.

⁴⁹ Resolusi Dewan tanggal 14 April 1975 tentang program awal Komunitas Ekonomi Eropa untuk kebijakan perlindungan konsumen dan informasi dan Program awal Komunitas Ekonomi Eropa untuk kebijakan perlindungan konsumen dan informasi, 25 April 1975, O.J. C 92. Mengenai topik pemberdayaan, lihat secara khusus: Jan Trzaskowski, *Privasi Anda Penting bagi Kami! – memulihkan martabat manusia pemasaran berbasis data* (bab 6 dan 7, Ex Tuto 2021).

⁵⁰ *ibid*

⁵¹ Jan Trzaskowski, 'Persuasion, Manipulation, Choice Architecture and 'Dark Patterns' dalam Jan Trzaskowski (ed.), *Privasi Anda Penting bagi Kami! – memulihkan martabat manusia dalam pemasaran berbasis data* (Ex Tuto 2021), tersedia di <www.ypii.eu> diakses 13 Mei 2023. Lihat juga Andrej Savin, Jan Trzaskowski (eds.), *Research Handbook on EU Internet Law* (edisi ke-2, Edward Elgar 2023)

⁵² Cesare Fracassi, William Magnuson, 'Otonomi Data' (2021) 74 *Vand L Rev* 327.

Dalam masyarakat yang terlalu banyak informasi, segala sesuatunya dilakukan oleh sistem yang digerakkan oleh algoritma. Otomatisasi sangat penting untuk mengelola kompleksitas, melakukan aktivitas massal dengan biaya terjangkau, dan memastikan efektivitas dalam pemrosesan data, informasi, dan konten digital. Perkembangan penyimpanan, penggunaan, dan pengendalian data mempengaruhi pendekatan informasi tradisional, berdasarkan undang-undang konsumen UE⁵³.

Saat ini, lingkungan yang dimediasi oleh teknologi canggih memerlukan pertimbangan tidak hanya banyaknya informasi yang kompleks tetapi juga cara desain arsitektur digital dapat memanipulasi kemampuan manusia untuk mengambil keputusan. Fenomena pola gelap, yang dijelaskan dalam Bab II, serta fenomena kontemporer lainnya, seperti sistem personalisasi dan rekomendasi serta periklanan perilaku, menunjukkan bahwa peraturan UE yang baru memperkenalkan ketentuan-ketentuan baru untuk menanggapi tantangan-tantangan baru yang ditimbulkan terhadap otonomi namun gagal mempertimbangkan jangka panjang. konsekuensi jangka panjang terhadap otonomi⁵⁴.

Terlepas dari pengamatan ini, yang penting di sini adalah perlunya mempertimbangkan makna otonomi yang bersifat polihedral dalam konteks pasar AI dan teknologi berbasis data. Faktanya, penting untuk mengakui pembaruan kerangka peraturan yang berlaku dan perluasan solusi baru terhadap teknologi berbasis data yang dapat menimbulkan kerugian terhadap otonomi konsumen, yang akan timbul dari undang-undang perlindungan data dan undang-undang pemasaran UE⁵⁵.

Mengingat ketika penggunaan teknologi AI secara instrumental mempengaruhi kecenderungan perilaku pengguna, otonomi akan dipengaruhi tidak hanya oleh kuantitas dan kualitas data tetapi juga oleh desain arsitektur⁵⁶. Tentu saja, desain antarmuka pengguna bukanlah operasi yang netral. Oleh karena itu, pertimbangan-pertimbangan tersebut perlu menjadi bagian dari jalan baru menuju perlindungan otonomi konsumen yang tentunya menjadi analisis tekno-hukum yang dinamis.

⁵³ Scholes (n 11) 297; Gerd Gigerenzer, Keputusan yang intuitif. Quando si sceglie senza pensarci troppo (Raffaello Cortina editore 2009). Gigerenzer menjelaskan mengapa banyak keputusan tidak rasional tetapi hanya didasarkan pada intuisi: keputusan tersebut dapat didasarkan pada heuristik (jalan pintas dalam penalaran), yang juga disebut 'aturan praktis'. Memiliki lebih banyak informasi atau waktu untuk mengambil keputusan, tidak menghasilkan keputusan yang lebih baik. Kesederhanaan adalah bentuk adaptasi terhadap ketidakpastian.

⁵⁴ Penulis membagikan pertimbangan yang diungkapkan oleh Sébastien Fassiaux, 'Preserving Consumer Autonomy through European Union Regulation of Artificial Intelligence: a Long-term Approach' (2023) European Journal of Risk Regulation 1-23, 8. Pertimbangkan juga Thomas Anker, 'Autonomy sebagai Izin untuk Beroperasi: Menetapkan Kondisi Internal dan Eksternal dari Pilihan yang Diinformasikan dalam Pemasaran' (2020) 20(4) Teori Pemasaran 528; Quentin, Carmon, Wertenbroch, dkk. (n 8).

⁵⁵ Fasiaux, ibid. Penulis menganalisis otonomi konsumen melalui prisma empat lapis prinsip, yang memungkinkan untuk mempelajari dinamika perlindungan otonomi: pilihan, privasi, independensi, dan timbal balik. Ia menyarankan para pembuat kebijakan UE untuk mengintegrasikan pemikiran jangka panjang ke dalam peraturan konsumen dan perlindungan data karena hal ini mungkin menjadi persyaratan konstitusional jika solidaritas antargenerasi dimasukkan ke dalam Perjanjian, seperti yang disarankan oleh Presiden Komisi pada tahun 2022

⁵⁶ Data statistik dilaporkan berdasarkan sikap konsumen terhadap perdagangan lintas batas dan laporan perlindungan konsumen, tersedia di <<https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/consumers/consumer-protection-policy/evidence>> -kebijakan-konsumen-berbasis/papan skor-konsumen_en>.

1.5 PERHATIAN KHUSUS PADA TEKNOLOGI PENGGERAK DATA DAN METAVERSE

Dampak digitalisasi terhadap pilihan konsumen telah berubah seiring dengan munculnya teknologi berbasis data dan meluasnya penggunaan data digital. Faktanya, yang mengganggu adalah dampaknya terhadap elemen-elemen penting dari pilihan, seperti pemilihan opsi yang memungkinkan (bagian 2).

Digitalisasi adalah 'salah satu tren terobosan di abad ini'⁵⁷. Secara khusus, fenomena yang disebut datafikasi mengarah pada peningkatan jumlah data yang sangat cepat dan meningkat untuk proses bisnis, yang mentransformasi perekonomian dan hubungan sosial. Keunikan lingkungan teknologi saat ini akan tidak sesuai dengan model bisnis tradisional, sehingga berdampak pada undang-undang konsumen UE, undang-undang perlindungan data, dan bidang hukum privat lainnya (bagian 3.2).

Telah diketahui bahwa data dapat mempengaruhi dinamika hukum dari objek peraturan tertentu; sumber hukum, dan berfungsinya pola-pola hukum (tidak secara formal termasuk dalam undang-undang yang sebenarnya)⁵⁸. Strategi data Eropa memberikan peran utama kepada umat manusia dalam mengembangkan teknologi dan membela nilai-nilai dan hak-hak Eropa di dunia digital⁵⁹. Strategi ini bertujuan untuk menciptakan pasar tunggal untuk data yang akan menjamin daya saing global dan kedaulatan data Eropa, serta saling percaya di antara para pelaku yang berbagi peran tersebut. data untuk melindungi hak-hak dasar dan hak milik. Ruang data umum Eropa akan menjamin lebih banyak data tersedia dalam perekonomian dan masyarakat sekaligus memberdayakan kontrol perusahaan dan individu yang menghasilkan data.

Aplikasi berbasis data akan memberikan manfaat bagi masyarakat dan dunia usaha dalam banyak hal (misalnya meningkatkan layanan kesehatan, menghasilkan produk dan layanan baru, dll). Komisi telah mengusulkan Peraturan Tata Kelola Data Eropa (Data Governance Act) sebagai bagian dari strategi datanya (2020)⁶⁰. Peraturan baru ini akan memainkan peran penting dalam menempatkan kepemimpinan UE dalam ekonomi data global. Selanjutnya, pada tanggal 23 Februari 2022, Komisi mengusulkan Peraturan baru tentang harmonisasi aturan mengenai akses dan penggunaan data yang adil (Undang-Undang Data)⁶¹. Undang-Undang Data adalah pilar penting dari strategi data Eropa. Tujuan utamanya adalah menjadikan Eropa sebagai pemimpin dalam ekonomi data dengan memanfaatkan potensi volume data industri yang terus meningkat.

Semua dampak signifikan dari teknologi dan perubahan berbasis data menarik perhatian subjek data. Misalnya, dalam ekonomi data, cara konsumen bertindak,

⁵⁷ Dengan kata-kata tersebut, penyelenggara Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy (III) tahun 2017 memperkenalkan diskusi yang produktif tentang bagaimana digitalisasi telah mentransformasi perekonomian dan masyarakat secara keseluruhan. Untuk membaca temuan Kolokium ini, lihat Sebastian Lohse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer (eds), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools* (Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy (III) (Nomos, Hart Publishing 2017) 13.

⁵⁸ Mariavittoria Catanzariti, Deidre Curtin, 'Data at the Boundaries of (European) Law: a first cut', dalam Deidre Curtin, Mariavittoria Catanzariti (eds.), *Data at the Boundaries of European Law* (Oxford University Press 2023) 6.

⁵⁹ Commission, 'A European Strategy for data' (Komunikasi), COM/2020/66/final.

⁶⁰ Commission, 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Data Governance (Data Governance Act)', COM(2020) 767 final.

⁶¹ Parlemen, Dewan, 'Usulan Peraturan tentang Harmonisasi Aturan tentang Akses dan Penggunaan Data yang Adil' (Data Act), COM (2022) 68 final.

berpartisipasi, dan berkontribusi pada ekonomi berbagi mengidentifikasi apa yang disebut 'prosumer' sebagai model konsumen yang baru. Model ini diberi nama dengan ungkapan khusus yang menggabungkan kata produsen dan konsumen. Ekspresi tersebut bukanlah hal baru. Ide asli dari prosumer datang dari seorang futuris dan penulis bisnis, yang pada awal tahun delapan puluhan, mencerminkan peran baru konsumen yang proaktif⁶².

Dengan munculnya apa yang disebut era Web 2.0, yang juga digambarkan sebagai web partisipatif, konsumen mulai membuat sendiri konten elektronik, mengusulkan layanan serta penyedia tradisional, dan berbagi barang⁶³. Munculnya media sosial dan diri sendiri -Platform penerbitan (wiki, blog) memudahkan produksi konten dan partisipasi pengguna. Ide tersebut saat ini sangat sesuai dengan peran konsumen (rectius prosumer), terutama dalam transaksi dan aktivitas yang berlangsung di platform. Model baru ini berdampak pada taksonomi tradisional hukum privat, yang melindungi kedua belah pihak. Memang, secara tradisional, kebutuhan untuk melindungi pihak yang lebih lemah merupakan salah satu alasan utama yang membatasi otonomi perundingan, terutama karena ketidakmampuan salah satu pihak untuk membuat perjanjian yang setara dengan pihak lawannya. Dengan munculnya ekonomi platform, diyakini secara luas bahwa kebutuhan akan perlindungan telah berkurang secara drastis⁶⁴. Argumen yang mendukung hal ini adalah mempertimbangkan peran prosumer yang, sering kali, menawarkan layanan namun memiliki kekuatan dan ketersediaan yang sama. informasi kepada penerima layanan.

Sebelum Parlemen dan Dewan Eropa menyetujui paket undang-undang komprehensif yang menetapkan aturan baru untuk platform online (Undang-Undang Pasar Digital dan Undang-Undang Layanan Digital tahun 2022)⁶⁵, para pakar menyarankan bahwa platform itu sendiri dapat mengontrol dan memproses sejumlah besar data dengan potensi risiko manipulasi pasar⁶⁶. Ada posisi tepat yang menyatakan bagaimana kurangnya transparansi tentang peran dan status pihak-pihak yang aktif di pasar online menjadi ciri lingkungan digital kompleks yang dibentuk oleh platform. Meskipun demikian, praktik di platform online

⁶² Alvin Toffler, *Gelombang Ketiga* (William Morrow & Company Inc. 1980).

⁶³ Parlemen, Dewan, 'Peraturan (UE) 2022/1925 tanggal 14 September 2022 tentang pasar yang dapat diperebutkan dan adil di sektor digital dan amandemen Petunjuk (UE) 2019/1937 dan (UE) 2020/1828' (Undang-undang Pasar Digital) [2022] OJ L 265; dan Parlemen, Dewan, 'Peraturan Uni Eropa 2022/2065 tanggal 19 Oktober 2022 tentang Pasar Tunggal untuk Layanan Digital dan amandemen Petunjuk 2000/31/EC (Undang-Undang Layanan Digital)' [2022] OJ L 277.

⁶⁴ Permasalahan ini dianalisis oleh Guido Smorto, 'La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)', dalam Valeria Falce (ed.), *Fairness e innovazione nel mercato digitale* (Giappichelli 2020) 1-22 <<https://www.uerinnovationchair.org/wp-content/uploads/2020/06/04-Smorto-049-070.pdf>> diakses 18 Desember 2022. Penulis menggarisbawahi bahwa perekonomian 'peer-to-peer' yang baru tidak selalu melibatkan kekuatan tawar-menawar yang setara.

⁶⁵ Parlemen, Peraturan Dewan (UE) 2022/2065 tanggal 19 Oktober 2022 tentang Pasar Tunggal untuk Layanan Digital dan amandemen Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) [2022] OJ L 277/1; Peraturan Parlemen dan Dewan (UE) 2022/1925 tanggal 14 September 2022 tentang pasar yang dapat diperebutkan dan adil di sektor digital dan amandemen Petunjuk (UE) 2019/1937 dan (UE) 2020/1828 (Undang-Undang Pasar Digital) [2022] OJ L 265/ 1. Undang-Undang Layanan Digital dan Undang-Undang Pasar Digital menetapkan tolok ukur global yang tinggi untuk mengatur layanan digital dengan kewajiban yang jelas yang disesuaikan dengan pentingnya platform online.

⁶⁶ Yocai Benkler, 'Derajat Kebebasan, Dimensi Kekuasaan' (2016) 145(1) *Dædalus*, *Jurnal American Academy of Arts & Sciences* 18; Vasilis Kostakis, Michel Bauwens (eds.), *Masyarakat Jaringan dan Skenario Masa Depan untuk Ekonomi Kolaboratif* (Springer 2014).

bertujuan untuk mengkondisikan perilaku konsumen, membatasi penentuan nasib sendiri⁶⁷. Kemampuan membedakan harga, yang mengacu pada diskriminasi harga, adalah salah satu contohnya. Risiko diskriminasi membatasi kemungkinan para pihak untuk menentukan harga sendiri dan secara bebas menentukan harga (lihat bagian 3.3). Dalam penetapan harga yang dipersonalisasi, bisnis mengelompokkan pelanggan ke dalam kelompok kecil atau individu, dan membebankan masing-masing bagian dari perkiraan nilai kesediaan mereka untuk membayar⁶⁸.

Terakhir, meskipun masih bersifat eksperimental, Metaverse muncul sebagai teknologi disruptif berikutnya dalam beberapa dekade mendatang dengan memungkinkan pengalaman mendalam melalui konvergensi dunia fisik dan digital. Hal ini juga berlaku untuk augmented reality⁶⁹. Metaverse diharapkan merevolusi banyak bidang (misalnya perjalanan, pariwisata, pemasaran), serta membentuk masa depan agenda riset konsumen. Otoritas Eropa telah mulai mengeksplorasi isu-isu kebijakan terkait kemunculan Metaverse, di berbagai bidang, termasuk persaingan, perlindungan data, kewajiban, dan inklusivitas⁷⁰.

⁶⁷ Montinaro (n 40).

⁶⁸ Lihat OECD, 'Personalized Pricing in the Digital Era' (Catatan Latar Belakang oleh Sekretariat), 28 November 2018, <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf)>. Agar harga yang dipersonalisasi dapat terwujud, tiga kondisi mendasar harus dipenuhi: (1) dunia usaha harus mampu mengukur kesediaan konsumen untuk membayar; (ii) dunia usaha harus menciptakan mekanisme untuk mencegah arbitrase; dan (iii) dunia usaha harus memiliki unsur kekuatan pasar. Dokumen lebih lanjut terkait diskusi ini dapat ditemukan di <<http://www.oecd.org/daf/competition/personalised-pricing-in-the-digital-era.htm>>.

⁶⁹ Contoh ilustratifnya adalah game seluler Pokémon Go, yang memungkinkan pengguna berinteraksi dengan makhluk virtual, Pokémon (monster saku), yang muncul di lingkungan nyata pengguna yang diidentifikasi oleh sinyal GPS. Karena menangkap Pokémon mengharuskan pengguna berada di lokasi geografis tertentu, hal ini telah digunakan untuk mengarahkan pengunjung sebenarnya ke restoran McDonald's dan sponsor lainnya. Lihat Josh Constine, 'Pokémon GO mengungkapkan sponsor seperti McDonald's membayarnya hingga \$0,50 per pengunjung' (2017) TechCrunch.

⁷⁰ Parlemen, 'Peluang Metaverse, risiko dan implikasi kebijakan' (2022) Juni <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2022\)733557](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2022)733557)> diakses 5 September 2023; Dewan UE, 'Tim analisis dan penelitian, Metaverse – dunia virtual, tantangan nyata' (2022) Maret 2022 <<https://www.consilium.europa.eu/media/54987/metaverse-paper-9-maret-2022.pdf>> diakses 3 Maret 2023.

BAB 2

ARSITEKTUR DIGITAL “PERLINDUNGAN HUKUM BERDASARKAN DESAIN”

Pengacara perlu mempertimbangkan kembali pendekatan tradisional terhadap otonomi untuk menganalisis skenario Web 2.0 dan skenario Web 3.0 yang akan datang, juga dikenal sebagai web semantik atau web cerdas. Web 3.0 adalah ‘istilah umum’ untuk menggambarkan layanan Internet generasi ketiga dengan konfigurasi berbasis data, yang didukung oleh layanan kognitif kecerdasan buatan. Data akan saling terhubung secara terdesentralisasi, yang merupakan lompatan besar dibandingkan generasi internet saat ini (Web 2.0), yang sebagian besar datanya disimpan dalam repositori terpusat.

Di Web 2.0, dan dengan perluasan yang lebih besar di Web 3.0, perbedaan antara profesional, semi-profesional, dan konsumen akan kabur: pengguna dan mesin akan dapat berinteraksi dengan data, dan di perspektif masa depan melalui avatar ke dalam Metaverse. Agar hal ini dapat terjadi, program harus memahami informasi secara konseptual dan kontekstual. Inilah sebabnya dua landasan Web 3.0 adalah web semantik dan kecerdasan buatan (AI).

Di Metaverse, interoperabilitas akan menjadi fitur penting dalam masalah hukum. Banyaknya entitas di Metaverse akan menciptakan 'jaringan hubungan', mengaburkan peran dan mempersulit penentuan dan alokasi tanggung jawab dan kewajiban. Arsitektur digital baru yang mengarah pada evolusi perilaku pengguna dan kebiasaan konsumen. Pada awalnya penting untuk mengenali sifat khusus dari hubungan timbal balik antara hukum dan teknologi¹: teknologi sebagai hukum, dan teknologi sebagai objek peraturan hukum; teknologi sebagai subjek yang mengatur perilaku manusia. Yang terakhir mencakup pengaturan teknologi default yang menentukan 'arsitektur pilihan'.

Sejalan dengan pemikiran tersebut, desain digital, meski berbentuk pola gelap, akan mentransformasikan lingkungan hukum serta substansi kepastian dan keadilan hukum. Dengan demikian, desain digital dapat menawarkan alat baru atau renovasi untuk perlindungan hukum otonomi konsumen.

Sebuah langkah mundur mungkin bisa membantu. Dalam bidang ilmu sosial, seperti ekonomi perilaku, temuan telah menunjukkan bahwa keputusan berdasarkan informasi juga

¹ Lihat antara lain: Giorgio Resta, ‘Governare l’innovazione tecnologica: Decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza’ (2019) 50(2) *Politica del diritto* 218; Stefano Troiano, 'Prefazione', dalam Stefano Troiano (ed), *Diritto privato e nuove tecnologie. Riflessioni incrociate tra esperienze giuridiche a confronto* (ESI 2022) IX; Mirelle Hildebrand, ‘Legalitas berdasarkan desain’ atau ‘Perlindungan hukum berdasarkan desain’? (2020) *Hukum untuk Ilmuwan Komputer dan Masyarakat Lainnya*, <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198860877.003.0010>> diakses pada 3 Mei 2023; Matthias Lehmann, 'Dari Kodifikasi ke Pengkodean dan Kodifikasi Digital: Teknologi Hukum, RegTech, dan Perannya untuk Masa Depan Hukum Perdata Eropa' dalam André Janssen, Matthias Lehmann, Reiner Schulze (eds.), *Masa Depan Hukum Perdata Eropa* (Nomos 2023) 225.

berkaitan dengan pemilihan informasi², yang tidak hanya bergantung pada prinsip-prinsip rasional tetapi juga pada apa yang konsumen rasakan, lihat, atau harapkan untuk dilihat. Akibatnya, penggunaan temuan ekonomi perilaku tentang kebiasaan atau kecenderungan konsumen memungkinkan konstruksi konten informasi untuk mendorong konsumen.

Ketika berpikir tentang online mendorong desain dan arsitektur web, wawasan interdisipliner sangat berharga bagi para pengacara. Misalnya, bidang studi multidisiplin interaksi manusia-komputer (HCI) harus diperhitungkan karena membantu memahami manusia dan praktik mereka dalam merancang teknologi dengan tujuan akhir memberikan perspektif tertentu dalam mengatasi banyak masalah. isu-isu kritis yang saat ini dihadapi oleh ilmu komputer, seperti kesadaran, privasi, konteks, pengalaman, emosi, dan partisipasi³. Kontribusi penting dari penelitian ditingkatkan dengan peran sebenarnya dari pengumpulan, penyimpanan, dan penggunaan informasi tentang pelanggan yang dibutuhkan oleh sebagian besar orang. aplikasi e-commerce untuk menawarkan produk dan layanan yang dipersonalisasi⁴.

Dalam praktiknya, personalisasi teknik periklanan dan penargetan di platform akan menimbulkan kerentanan baru. Personalisasi adalah tentang memilih atau memfilter objek informasi atau produk dengan menggunakan informasi tentang akun pengguna (misalnya profil pelanggan), yang secara praktis berarti informasi yang ditampilkan di layar disesuaikan secara khusus dengan informasi yang sudah tersedia tentang pengguna. Dari sudut pandang teknis, metadata tentang produk dicocokkan dengan informasi pengguna yang disimpan di profil pelanggan (seseorang atau individu tertentu). Ada berbagai cara operator toko elektronik dapat mengembangkan profil pelanggan: 'secara implisit' dengan menyimpan interaksi dengan situs web (aliran klik) dan transaksi pembelian, atau 'secara eksplisit' dengan menanyakan preferensi dan peringkat. Skenario seperti ini biasa digunakan, dan mendorong para ahli hukum untuk memikirkan perubahan spesifik yang dapat ditimbulkannya dalam bidang hukum. Mengingat pentingnya perubahan-perubahan ini dalam analisis otonomi, maka perubahan-perubahan ini.

Dalam konteks online, banyak penulis yang mengkritik pengungkapan informasi sebagai hal yang tidak memadai dalam hal melibatkan dan mengedukasi konsumen untuk memperbaiki ketidakseimbangan pasar⁵. Beberapa penulis bahkan memandang

² Sebagai contoh, lihat analisis terkait pilihan makanan tradisional: analisis ini menunjukkan bahwa konsumen tidak mendasarkan pilihan mereka pada label informasi: lihat Cass R. Sunstein, 'Report on Mandatory Labelling, with Special Reference to Genetically Modified Foods' (2016) 165(5) Tinjauan Hukum Universitas Pennsylvania 1043.

³ Interaksi manusia-komputer (HCI) adalah bidang studi multidisiplin arsitektur digital yang berfokus pada interaksi antara manusia (pengguna) dan komputer. Meskipun awalnya berkaitan dengan komputer, HCI kini telah berkembang mencakup hampir semua bentuk desain teknologi informasi. HCI bertujuan untuk merancang sistem yang dapat diakses, berguna, efisien, dan aman bagi semua orang. Lihat Benjamin R. Cowan, Leigh Clark, dkk., 'Pengantar edisi khusus ini. Memandu percakapan: teori baru dan perspektif desain untuk antarmuka pengguna percakapan' (2023) 38(3) Interaksi Manusia-Komputer 159.

⁴ Lihat Omri Ben-Shahar, Ariel Porat, *Personalized Law: Different Rules for Different People* (Oxford University Press 2021).

⁵ Ian Ayres, Alan Schwartz, 'Masalah Tidak Adanya Membaca dalam Hukum Kontrak Konsumen' (2014) 66(3) *Stanford Law Review* 545; Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler, David

pengungkapan informasi online saat ini hanya sebagai instrumen kepatuhan yang melindungi perusahaan dari kemungkinan tindakan hukum dan, dengan demikian, dianggap tidak memadai. tidak pernah secara serius dimaksudkan untuk mengedukasi konsumen⁶. Namun para pakar lain siap untuk mengabaikan kewajiban informasi dan malah mengusulkan langkah-langkah perlindungan konsumen yang keberhasilannya tidak bergantung pada pengetahuan pelanggan sama sekali⁷. Peran desain arsitektur digital tentu saja sangat penting dalam hal ini. tujuan. Desainer menjadi arsitek pilihan yang dapat memanfaatkan kontribusi penting dari studi tentang bias kognitif dan variasi konsumen individu dalam hal pengungkapan membaca:⁸ mereka akan mengajukan pertanyaan apakah standardisasi dapat berhasil. Secara umum, dianjurkan untuk beralih dari memperbaiki kegagalan pasar karena kewajiban informasi yang cacat ke tindakan yang lebih preventif (kebijakan *ex ante*) (lihat Bab III).

Kemajuan kritik juga terlihat jelas. Misalnya, Badan Eksekutif Konsumen, Kesehatan, Pertanian dan Pangan Komisi Eropa (CHAFEA) mensponsori sebuah studi tentang sikap konsumen terhadap syarat dan ketentuan kontrak secara online⁹. Hal ini dilakukan setelah inisiatif penelitian konsumen lainnya, yang sebagian besar berada di bawah payung ekonomi perilaku dan fokus pada dampak informasi offline dan online terhadap pilihan konsumen dalam layanan kesehatan¹⁰, dan perilaku terkait keberlanjutan¹¹.

2.1 DESAIN DIGITAL YANG BERBEDA UNTUK MENDORONG

Bahasa komputer dan desain digital baru memperkenalkan berbagai alat, serta isu-isu penting, dalam pengaturan interaksi yang berpusat pada manusia antara pengguna dan dunia

R. Trossen, 'Apakah Ada yang Membaca Cetakan Kecilnya? Perhatian Konsumen terhadap Kontrak Berbentuk Standar' (2014) 43(1) Jurnal Studi Hukum; Oren Bar-Gill, Kevin E. Davis, '(Mis)perception of law in Consumer Market' (2017) 19(2) American Law and Economics Review 245; Geraint Howells, 'Potensi dan Batasan Pemberdayaan Konsumen' (2005) 32(3) Jurnal Hukum dan Masyarakat 349; Florentia Marotta-Wurgler, 'Apakah Pengungkapan Kontrak Penting?' (2012) 168(1) Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE, 94; Omri Ben-Shahar dan Carl E. Schneider, 'Kegagalan Pengungkapan yang Diamanatkan' (2011) 159 U Pa L Rev 647; Omri Ben-Shahar, Carl Schneider, Lebih dari yang Ingin Anda Ketahui. Kegagalan Pengungkapan yang diamanatkan (Princeton University Press 2014).

⁶ Steve Furnell, R. von Solms, Andy Phippen, 'Tindakan Pencegahan untuk Meningkatkan Perlindungan dan Privasi Online' (2011) 4(2) International Journal of Information Technologies and Systems Approach 1-11.

⁷ Lihat, misalnya, Lauren Willis, 'Melawan pendidikan literasi keuangan' (2008) 94 Makalah Iowa Law Review No. 08-10

⁸ Marianne Bertrand, Adair Morse, 'Pengungkapan Informasi, Bias Kognitif, dan Pinjaman Bayaran' (2011) 66(6) Jurnal Keuangan 1865

⁹ Maartje Elshout, Millie Elsen, Jorna Leenheer, dkk., 'Studi tentang Sikap Konsumen Terhadap Syarat dan Ketentuan (S&K) Laporan Akhir untuk Komisi Eropa, Badan Eksekutif Konsumen, Kesehatan, Pertanian dan Pangan (Chafea) atas nama Direktorat- Jenderal Keadilan dan Konsumen (22 September 2016) <<https://ssrn.com/abstract=2847546>>.

¹⁰ Alberto Alemanno, Anne-lise Sibony (eds), Nudge dan Hukum: Perspektif Eropa (Hart Pub. 2015).

¹¹ Stefanie Lena Heinzle, Rolf Wustenhagen, 'Penyesuaian Dinamis Skema Pelabelan Ramah Lingkungan dan Pilihan Konsumen – Revisi Label Energi UE sebagai Peluang yang Terlewatkan?' (2012) 21(1) Strategi Bisnis dan Lingkungan 60-70.

digital¹². Saat ini, HCI melangkah lebih jauh, juga mencakup proses merancang dan membuat prototipe artefak, layanan, organisasi, dan sistem hukum.

Teknik persuasif juga dieksplorasi dengan baik dalam ilmu ekonomi perilaku, sementara pengaruhnya terhadap hukum, khususnya otonomi konsumen, merupakan objek studi yang jauh lebih baru. Oleh karena itu, sangatlah tepat untuk memulai dengan pengakuan atas kontribusi ekonomi perilaku untuk memahami perubahan perspektif terbesar yang perlu diperoleh seorang pengacara dalam menilai risiko teknologi. Titik awal yang berguna adalah perbedaan antara dorongan dan manipulasi karena dorongan persuasif juga dapat dengan mudah diubah menjadi manipulasi: garis pembedanya tipis.

Thaler dan Sunstein mendefinisikan dorongan sebagai berikut:

*'setiap aspek dari arsitektur pilihan yang mengubah perilaku masyarakat dengan cara yang dapat diprediksi tanpa melarang pilihan apa pun atau secara signifikan mengubah insentif ekonomi mereka. Agar dapat dianggap sebagai dorongan belaka, intervensi harus mudah dan murah untuk dihindari. Dorongan bukanlah mandat. Menempatkan buah setinggi mata dianggap sebagai dorongan. Melarang junk food tidak berarti'*¹³.

Dengan kata-kata tersebut, para ekonom peraih Nobel memperkenalkan teori dorongan, yang telah menjadi pendekatan populer untuk merancang strategi regulasi dan kebijakan publik baru yang didasarkan pada alasan yang berlawanan dengan alasan perintah dan kontrol tradisional: persuasi.

Pengetahuan persuasif mengacu pada kapasitas konsumen untuk memahami bahwa ada upaya untuk membujuk mereka dan mengaktifkan reaksi defensif¹⁴. Tingkat kesadaran tentang upaya persuasif dan kapasitas untuk melakukan penyaringan kritis terhadap upaya tersebut perlu diukur. Namun, teori ini, yang dikembangkan untuk media tradisional, gagal memperhitungkan sifat interaktif dari pengalaman online konsumen dan bagaimana interaksi tersebut dapat menumbangkan pengetahuan persuasi dan kesadaran terkait yang mungkin dimiliki konsumen¹⁵. Kesadaran memerlukan perhatian. Namun, perhatiannya terbatas¹⁶,

¹² HCI merupakan mata kuliah kajian etika teknologi yang mempunyai keterkaitan signifikan dengan bidang kajian terkait lainnya, seperti Kajian Sains dan Teknologi (STS), Privasi, Etika, dan Hukum. Lihat Colin M. Gray, Cristiana Santos, Natalia Bielova, Michael Toth, Damian Clifford, 'Pola Gelap dan Persyaratan Hukum Spanduk Persetujuan: Perspektif Kritik Interaksi' (2021) Konferensi CHI tentang Faktor Manusia dalam Sistem Komputasi (8-13 Mei ACM, New York, AS)

<<https://doi.org/10.1145/3411764.3445779>> diakses 10 Mei 2023.

¹³ Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein, *Nudge: Meningkatkan Keputusan tentang Kesehatan, Kekayaan, dan Kebahagiaan* (Edisi Revisi dan Perluasan, Penguin Books 2009) 6.

¹⁴ 'Model Pengetahuan Persuasi' atau PKM: Marian Friestad, Peter Wright, *Model Pengetahuan Persuasi: Bagaimana Orang Mengatasi Upaya Persuasi* (1994) 21(1) Jurnal Riset Konsumen 1-31.

¹⁵ Dengan menerapkan model kapasitas perhatian Kahneman yang terbatas (Amos Tversky, Daniel Kahneman, 'Availability: a heuristic for Judging Frequency and Probability' (1973) 5(2) *Cognitive Psychology*), adalah mungkin untuk merumuskan hipotesis tandingan terhadap pengetahuan persuasi, hipotesis yang sejalan dengan konsep 'defisit perhatian'

¹⁶ *ibid*

begitu pula semua sumber daya kognitif yang tersedia bagi konsumen untuk memproses informasi dan melaksanakan keputusan.

Interaksi online menyerap sebagian dari sumber daya ini, membuat konsumen lebih terekspos dan kurang waspada. Masalah dapat muncul jika persuasi mengaktifkan beban emosional yang memandu pilihan konsumen (*affect heuristic*)¹⁷, atau menyebabkan kesalahan persepsi terhadap risiko (*probabilitas pengabaian*)¹⁸. Hal ini juga dapat bergantung pada pengungkit pengaruh, yang diidentifikasi dalam buku Cialdini yang menggugah pikiran dengan tujuh pengungkit. yaitu: timbal balik, rasa suka, bukti sosial, otoritas, kelangkaan, komitmen dan konsistensi, serta kesatuan¹⁹.

Jadi, bahkan jika pengetahuan persuasi dapat diaktifkan pada awalnya, upaya (kognisi) dan kenikmatan (afek) dapat menetralkan pengakuan terhadap maksud persuasif dari suatu penawaran, di mana pesan diproses di bawah tingkat kesadaran. Hal ini semakin diperparah jika konsumen mempunyai ciri-ciri berupa bentuk kerentanan yang bersifat permanen (yaitu usia, kelemahan mental, dll.) atau sementara (keadaan psikologis pada saat tertentu). Dalam istilah lain, beberapa pakar menggambarkan dengan istilah 'gesekan' efek dari teknologi persuasif, yang mengandalkan preferensi terhadap kemudahan kognitif, yang secara praktis menciptakan semacam hambatan persepsi terhadap kepuasan instan²⁰.

Interaksi online, tergantung pada sifat desain antarmuka, dapat mengarahkan konsumen memasuki keadaan mengalir dimana, ketika sebuah pengalaman benar-benar memuaskan, individu begitu terserap dan fokus sehingga pengetahuan persuasi mereka dinetralkan. Terakhir, teori kognitif sosial menyatakan bahwa mekanisme tekanan teman sebaya juga dapat mengimbangi pengetahuan persuasi²¹. Kecenderungan untuk mempengaruhi pembuat kebijakan dengan wawasan yang dikemukakan oleh psikolog kognitif dan ekonom perilaku melalui teori dorongan (*nudge theory*) telah menyebar luas selama beberapa dekade terakhir, hingga kegunaan dorongan juga diakui di tingkat internasional oleh Organisasi untuk Kerjasama Ekonomi (Organization for Economic Co-operation). dan Pembangunan (OECD) sebagai tren yang berdampak pada beberapa domain kebijakan, termasuk kebijakan konsumen²².

Teori dorongan memang merupakan salah satu bentuk rekayasa tekno-sosial²³. Teori ini bermula dari pertimbangan bahwa manusia bertindak tidak rasional (bertentangan dengan pandangan para ekonom klasik) dan, akibatnya, manusia sering melakukan kesalahan yang

¹⁷ Paul Slovic, Ellen Peters, 'Risk Perception and Affect' (2006) 15(6) *Arah Saat Ini dalam Ilmu Psikologi* 322.

¹⁸ Cass R. Sunstein, Republic.com. Apakah Anda mendapatkan informasi atau informasi konsumen? (il Mulino 2003).

¹⁹ Robert B. Cialdini, *Influence, New and Expanded* (Harper Business 2021, pertama kali diterbitkan 1984).

²⁰ Brian J. Fogg, *Teknologi Persuasif* (Kaufmann 2003).

²¹ Albert Bandura, 'Teori Kognitif Sosial: Perspektif Agentik' (2001) 52 *Tinjauan Tahunan Psikologi* 1-26.

²² OECD (Direktorat komite ilmu pengetahuan, teknologi dan inovasi kebijakan konsumen), 'Use of Behavioral in Consumer Policy' (2016) 7-8 November 4

²³ Brett Frischmann, Evan Selinger, *Re-Engineering Kemanusiaan* (Cambridge University Press, 2018).

merugikan²⁴. Oleh karena itu, konsumen membutuhkan insentif dan bantuan untuk mengambil keputusan yang terbaik bagi mereka²⁵.

Ide di balik dorongan adalah paternalisme libertarian: paternalisme karena ada indikasi jelas jalannya, libertarian karena tidak ada kewajiban untuk mengikutinya. Prinsip panduan ini bersifat fleksibel dan dapat disesuaikan dengan semua tingkatan dan kebijakan. Model ini dapat digunakan di semua jenis institusi, baik pemerintah maupun swasta, jika pembuat kebijakan dan sistem peraturannya sesuai dengan keinginan mereka yang merancang model tersebut.

Intinya, dorongan dapat membentuk pengaturan arsitektur pilihan. Gesekan, misalnya, dalam segala bentuknya (misalnya membaca, mengklik, menggulir, membayar) memainkan peran penting ketika menjadi bagian dari desain pengalaman online. Contoh yang jelas adalah konteks pop-up persetujuan cookie. Dorongan dapat diubah secara positif dengan mendorong perubahan perilaku yang nyata dan bertahan lama. Tergantung pada penerapan peraturan mengenai infrastruktur, tanggapan yang berbeda dari penerima manfaat akan muncul.

Kebijakan mengenai vaksin juga merupakan contoh lain, karena studi empiris menunjukkan bahwa vaksinasi berarti pengambilan keputusan dalam kondisi ketidakpastian yang mengarah pada penilaian berlebihan terhadap beberapa risiko (dampak buruk vaksin) dan penilaian rendah terhadap risiko lain (bahaya tertular penyakit²⁶). Ilmu hukum menyelidiki alat yang paling berharga untuk mendorong praktik vaksinasi: pandemi COVID-19 meningkatkan urgensi untuk melakukan penelitian yang berfokus pada dorongan, untuk memahami, misalnya, apakah pemberian izin masuk bioskop hanya akan menjadi insentif nyata bagi warga negara yang memiliki 'green-pass'.²⁷

Data perilaku adalah bahan bakar arsitektur desain. Logika tersirat dari teori dorongan adalah data rekayasa sosial berbasis data. Konsekuensinya, tidak ada desain yang netral bagi para arsitek²⁸, artinya mereka harus sadar akan mekanisme yang mengatur pilihan manusia. Faktanya, keputusan individu sering kali didorong oleh alasan berbasis heuristik, dibandingkan dengan pendekatan optimasi murni yang diasumsikan oleh teori pilihan rasional²⁹.

²⁴ Herbert A. Simon, *Model rasionalitas terbatas* (MIT Press 1982).

²⁵ Model pengambilan keputusan ganda dijelaskan: 'Nudges Sistem 2' ditujukan pada pemikiran kognitif yang lambat dan pengambilan keputusan yang disengaja, sedangkan 'Nudges Sistem 1' menargetkan cara pengambilan keputusan yang cepat dan intuitif. Fungsi pikiran dijelaskan oleh Daniel Kahneman, *Berpikir, cepat dan lambat* (Farrar Strauss & Giroux 2011).

²⁶ Daniel M. Kahan, 'Persepsi Risiko Vaksin dan Komunikasi Risiko ad hoc. Penilaian Empiris' (2014) 17 Ccp (Laporan Studi Persepsi Risiko) Makalah Penelitian Hukum & Ekonomi Yale No.491

²⁷ Shusaku Sasaki, Tomoya Saito, Fumio Ohtake, 'Mendorong vaksinasi sukarela COVID-19: Bagaimana menjelaskan informasi sejawat?' (2022) 292 Ilmu Sosial dan Kedokteran 114561.

²⁸ Thaler, Sunstein (n 83).

²⁹ Sejak lama, kebijakan ekonomi didasarkan pada homo oeconomicus, yaitu model neoklasik dimana subjek rasional selalu mampu mendapatkan informasi mengenai pilihan produk terbaik, menyeimbangkan biaya, manfaat, dan preferensinya sendiri. Herbert Simon memperkenalkan istilah 'rasionalitas terbatas', sebagai singkatan dari model ekonomi neoklasik: ia menyarankan untuk mengganti asumsi rasionalitas sempurna dari homo economicus dengan konsepsi rasionalitas yang disesuaikan dengan agen yang secara kognitif terbatas. Lihat Herbert A. Simon, *Model rasionalitas terbatas* (MIT Press 1982).

Singkatnya, heuristik dikhususkan untuk menyederhanakan keputusan yang kompleks. Melalui mereka, seseorang mengganti pertanyaan bermasalah dengan pertanyaan yang lebih mudah, karena heuristik adalah semacam generalisasi yang membantu individu untuk menilai dengan segera namun sering kali menghasilkan kesimpulan yang tidak rasional atau tidak akurat. Mereka bertindak sebagai jalan pintas kognitif dalam kondisi ketidakpastian.

Dalam bidang ini, kontribusi penting diberikan sekitar awal tahun 1970an melalui serangkaian makalah yang ditulis oleh Amos Tversky dan Daniel Kahneman yang merevolusi penelitian akademis tentang penilaian manusia³⁰. Daniel Kahneman juga menerima Penghargaan Sveriges Riksbank dalam Ilmu Ekonomi untuk Mengenang Alfred Nobel pada tahun 2002 karena mengintegrasikan wawasan dari penelitian psikologi ke dalam ilmu ekonomi, khususnya mengenai penilaian manusia dan pengambilan keputusan dalam ketidakpastian.

Berdasarkan temuan Kahneman, ketidakpastian merupakan kondisi yang tidak dapat dihindari: pilihan individu harus diambil:

'pada keyakinan tentang kemungkinan kejadian yang tidak pasti seperti kesalahan terdakwa, hasil pemilu, nilai dolar di masa depan, hasil operasi medis, atau respons teman. Karena kita biasanya tidak memiliki model formal yang memadai untuk menghitung probabilitas kejadian-kejadian tersebut, penilaian intuitif sering kali merupakan satu-satunya metode praktis untuk menilai ketidakpastian'³¹.

Seiring berjalannya waktu, jumlah heuristik dan bias yang diidentifikasi dalam psikologi telah meningkat pesat dari sebelumnya: ketersediaan, keterwakilan, penahan dan penyesuaian³². Demikian pula, penerapan teori ini menyebar ke berbagai disiplin ilmu, termasuk ekonomi, hukum, kedokteran, dan lain-lain. dan ilmu politik. Perilaku konsumen dan kebijakan konsumen merupakan contoh konteks kontribusi ekonomi perilaku³³: telah ditunjukkan bahwa keputusan konsumen tunduk pada bias sistematis dan heuristik yang

³⁰ Tulisan dikumpulkan dalam sebuah buku yang sangat berpengaruh oleh Amos Tversky, Daniel Kahneman, 'Judgment under Uncertainty. Heuristik dan Bias' (1974) 185(4157)

«Ilmu Pengetahuan» Seri Baru 1124-1131; Daniel Kahneman, Paul Tversky, Amos Slovic, Penghakiman di Bawah Ketidakpastian. Heuristik dan Bias (Cambridge University Press 1982). Untuk gambaran umum lihat Thomas Gilovich, Dale Griffin, Daniel Kahneman (eds.), Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment (Cambridge University Press 2002).

³¹ Amos Tversky, Daniel Kahneman, 'Extensional versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment', dalam Gilovich, Griffin, Kahneman (eds.), *ibid*, 19-48.

³² Ungkapan 'Aturan praktis' diciptakan pada tahun 1973 oleh Amos Tversky dan Daniel Kahneman. Singkatnya, bagi Penulis: heuristik ketersediaan secara tidak sadar terjadi dan beroperasi berdasarkan prinsip berikut: 'jika Anda dapat memikirkannya, itu pasti penting'. Dengan demikian, hal-hal yang lebih mudah terlintas dalam pikiran diyakini sebagai cerminan dunia nyata yang jauh lebih umum dan lebih akurat; heuristik keterwakilan memfasilitasi jawaban atas pertanyaan yang berkaitan dengan kemungkinan terwujudnya kejadian acak, perkembangan variabel di masa depan, atau kemungkinan suatu objek tertentu termasuk dalam kelompok tertentu; efek penahan adalah kecenderungan seseorang untuk sangat bergantung pada informasi pertama yang diterimanya ketika mengambil keputusan. Lihat A. Tversky, D. Kahneman (n 85), 1124-1131.

³³ Lihat temuan Bank Dunia, 'Mind, society, and behavior' (Laporan Pembangunan Dunia), 2014.

bergantung pada konteks. Selain itu, implikasi praktis terhadap perilaku dorongan dalam ranah konsumsi adalah kenyataan bahwa konsumen cenderung mengandalkan bias status quo yang menganggap penyimpangan apa pun sebagai kerugian atau fakta bahwa konsumen cenderung memberikan nilai pada barang yang sudah dimiliki orang lain namun bukan milik mereka. (efek dana abadi). Penggunaan alat-alat ini secara luas mempunyai dampak yang luar biasa pada berbagai isu yang berkaitan dengan pilihan produk makanan sehat, pengambilan keputusan keuangan, dan konsumsi berkelanjutan³⁴.

Perlu dicatat bahwa meskipun teori dorongan dan penerapan praktisnya dalam banyak kebijakan berbeda, baik di Amerika Serikat maupun Uni Eropa, masih terdapat kekhawatiran: paternalisme libertarian tampaknya tidak memadai sebagai kerangka etika panduan karena gagal untuk mencapai tujuan yang diharapkan mengenali bagaimana dorongan sepenuhnya mempengaruhi kemampuan manusia yang berbeda-beda³⁵. Para ahli yang kritis mencatat bahwa preferensi manusia tidaklah stabil sebagaimana yang cenderung ditegaskan oleh teori dorongan, dan sebagai alternatif, teori ini mengusulkan 'pemilihan aktif berdasarkan desain', sebagai aturan default untuk dorongan, di mana pembelajaran sosial dan konsekuensi pembangunan terkait relevan³⁶.

2.2 MEMANIPULASI KONSUMEN DIGITAL

Pada akhirnya, desain arsitektur adalah sumber kekuatan³⁷. Desain mendorong konsumen untuk menyetujui sesuatu yang mungkin tidak mereka pilih dengan jenis desain lain. Sulit bahkan mustahil untuk menentukan preferensi konsumen yang sebenarnya, cara mereka mengekspresikan preferensinya, dan tindakan, atau keputusan apa yang sesuai dengan preferensi mereka.

Desain dapat memiliki tujuan yang adil (persuasif). Namun, mereka juga dapat terinspirasi oleh tujuan lain, termasuk niat tidak adil: dengan cara ini, apa yang digambarkan sebagai teknik menyanggol dapat diubah, diperbarui, dan ditargetkan pada praktik yang berpotensi sulit dipahami atau manipulatif. Studi empiris menunjukkan bahwa dalam konteks digital, perusahaan dapat mengetahui bagaimana perubahan antarmuka dan desain produk akan berdampak pada pilihan dan perilaku konsumen³⁸.

Secara ringkas, tujuannya adalah untuk memperkenalkan perbedaan-perbedaan penting yang terkait dengan tujuan-tujuan berbeda dari praktik-praktik tersebut. Inilah perbedaan utama antara makna asli menyanggol dan penafsiran 'patologis'. Mengikuti definisi

³⁴ Lihat Lucia A. Reisch, Min Zhao, 'Behavioral economics, Consumer Behavior and Consumer Policy: State of the Art' (2017) 1(2) Behavioral Public Policy 190-206.

³⁵ Brett M. Frischmann, 'Nudging Humans' (2019) <<https://ssrn.com/abstract=3440791>> diakses 2 November 2022

³⁶ *ibid*

³⁷ Ryan Calo, 'Manipulasi Pasar Digital' (2014) 82(995) Geo Wash L Rev 1021; Justin Hurwitz, 'Merancang Pola, Gelap' (2020) 22(57) N C J L & Tech 67-68.

³⁸ Brian Christian, 'The A/B Test: Inside the Technology That's Changing the Rules of Business' (25 April 2012), WIRED <<https://www.wired.com/2012/04/ff-abtesting/>>. Untuk pengujian A/B, Penulis bermaksud membiarkan pertanyaan yang tampaknya subjektif mengenai desain – warna, tata letak, pemilihan gambar, teks – menjadi masalah yang tidak dapat dibantah dalam ilmu sosial berbasis data.

yang diungkapkan oleh European Data Protection Supervisor (EDPS)³⁹, dengan Opini 3/2018 terkait manipulasi online dan data pribadi:

‘manipulasi juga mengambil bentuk tampilan konten terkelola dan bertarget mikro yang disajikan sebagai konten yang paling ‘relevan’ bagi individu, namun ditentukan untuk memaksimalkan pendapatan platform. Hal ini mirip dengan ‘menu rahasia’ yang digunakan untuk mengarahkan pengguna situs e-niaga dan ‘pola gelap’ yang digunakan untuk menghalangi pengambilan keputusan yang kurang diinginkan dari sudut pandang platform (seperti menolak menambahkan item tambahan, seperti asuransi, ke keranjang belanja)’⁴⁰

Sama seperti dorongan, manipulasi sering kali berhasil dengan memanfaatkan bias kognitif. Namun, sebaliknya, praktik manipulatif bertujuan untuk mengubah cara pengguna bertindak jika tidak ada. Mungkin sulit untuk memahami kapan dorongan berakhir dan manipulasi dimulai ketika mempertimbangkan bagaimana pilihan dipilih, diatur, dan memengaruhi cara orang memahami dan meresponsnya, bahkan memengaruhi kesadaran. Mengikuti kata-kata Cass Sunstein, suatu pengaruh bersifat manipulatif ‘sejauh pengaruh tersebut tidak cukup melibatkan atau menarik kapasitas [target] untuk melakukan refleksi dan pertimbangan’⁴¹. Praktik manipulatif sering kali ditargetkan pada ‘pengambilan keputusan kognitif, emosional, atau lainnya. kerentanan’⁴². Pengaruh tersembunyi dan eksploitasi kerentanan adalah cara utama manipulasi.

Tidak seperti persuasi, dengan manipulasi seseorang mengambil kendali atas penggunaannya. Secara hukum, batasan yang ada serupa dengan perbedaan antara ‘pengaruh yang sah’ dan ‘distorsi ilegal’ terhadap perilaku konsumen rata-rata berdasarkan UCPD⁴³. Di bawah tekanan manipulasi, pengguna kehilangan kapasitas mereka untuk mengatur diri sendiri, dan manipulasi ‘melemahkan atau mengganggu cara memilih yang akan mereka dukung secara kritis jika mereka mempertimbangkan permasalahan tersebut dengan jelas dan bebas dari kesalahan’⁴⁴.

Spenser menjelaskan evolusi dalam cara manipulasi dipertimbangkan, membedakan era yang berbeda: era pra-digital, era digital, dan era digital saat ini. Dalam konteks teknologi berbasis data, pengguna secara efisien terlibat dalam praktik manipulatif, dan mereka juga

³⁹ Pengawas Perlindungan Data Eropa (EDPS), ‘Opini 3/2018 tentang manipulasi online dan data pribadi’ (19 Maret 2018), 9, <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-03_19_online_manipulation_en.pdf> diakses pada 20 Desember 2019.

⁴⁰ ibid

⁴¹ Cass Sunstein, *Etika Pengaruh: Pemerintahan di Era Ilmu Perilaku* (Cambridge University Press 2016) 82.

⁴² Daniel Susser, Beate Roessler, Helen Nissenbaum, ‘Manipulasi Online: Pengaruh Tersembunyi di Dunia Digital’ (2019) 4(1) *Geo L Tech Rev* 27.

⁴³ Jan Trzaskowski, ‘Behavioural economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive’ (2011) *Jurnal Kebijakan Konsumen* 377

⁴⁴ Allen Wood, ‘Coercion, Manipulation, Exploitation’, dalam Christian Coons, Michael Weber (eds.), *Manipulation: Theory and Practice* (Oxford University Press 2014) 17.

menjadi target pengawasan digital, dan tanpa kesulitan, kerentanan mereka dan proses pengambilan keputusan rutin dapat diidentifikasi⁴⁵.

Periklanan perilaku merupakan topik yang menarik untuk penerapan teknik manipulasi⁴⁶. Misalnya, fakta bahwa Facebook dapat memantau konten dan nada interaksi pengguna berfungsi untuk menargetkan komunitas muda (misalnya pengguna remaja) dengan iklan. Periklanan perilaku online, atau periklanan berbasis minat, telah menjadi objek studi dan perhatian berbagai otoritas pengatur. Di AS, Komisi Perdagangan Federal (FTC), sebuah badan federal independen yang ruang lingkup utamanya adalah perlindungan konsumen dan pasar kompetitif, mendefinisikannya sebagai pelacakan aktivitas online konsumen dari waktu ke waktu untuk menayangkan iklan yang ditargetkan sesuai dengan minat konsumen. Aktivitas yang dilacak adalah pencarian yang dilakukan, halaman web yang dikunjungi, dan konten yang dilihat.

Regulasi AS terhadap fenomena ini terutama didasarkan pada regulasi mandiri industri berdasarkan prinsip-prinsip FTC. Demikian pula, di UE, ekosistem periklanan online yang kompleks yang melibatkan beragam pelaku (misalnya penerbit, perantara periklanan, seperti jaringan periklanan; platform sisi penawaran dan permintaan; perusahaan pengelolaan data), baru-baru ini dipelajari oleh negara-negara Eropa. Komisi, terutama untuk memahami kesesuaian dengan ketentuan hukum mengenai persetujuan, yang terdapat dalam Piagam Hak-Hak Fundamental dan dalam beragam undang-undang sekunder Uni Eropa (GDPR; Service Act; e-privacy; Digital Content Directive, lihat lebih lanjut di Bab II).⁴⁷

Sebagai kesimpulan, sebuah contoh populer mengenai kekritisan yang ditemui ketika membedakan berbagai pengungkit pengaruh dan persuasi dari manipulasi dalam periklanan adalah bidang profil psikografis yang digunakan dalam pemilu pengaruh setelah skandal Cambridge Analytica. Pada bulan Maret 2018, perusahaan jasa politik Cambridge Analytica, yang kemudian mempekerjakan perusahaan Global Science Research (GSR) untuk menghasilkan repositori profil pengguna digital dalam jumlah besar, telah menggunakan jaringan sosial periklanan Facebook secara tidak patut untuk memberikan pengaruh pada pemilihan presiden AS tahun 2016⁴⁸.

⁴⁵ Karen Yeung menggambarkan permasalahan ini sebagai 'penyebab yang berlebihan'. Lihat Karen Yeung, 'Hybernudge: Big Data as a Mode of Regulation by Design' (2017) 20 Info Comm & Soc'y 118

⁴⁶ Periklanan memainkan peran penting dalam pasar bebas kompetitif yang ideal: konsumen yang memiliki informasi dapat secara efektif memilih produk dan layanan di antara alternatif yang ada, sehingga memastikan pasokan memenuhi permintaan dan harga pun disesuaikan. Ada juga pandangan yang berlawanan, sehingga iklan semakin ditujukan untuk menghindari konsumen. Vance Packard, yang terkenal menuduh industri periklanan dengan 'analisis motivasi', sarana psikologis dan psikoanalisis untuk mengeksploitasi 'kelemahan dan kelemahan tersembunyi' untuk menarik proses mental non-rasional dan bawah sadar dalam melayani tujuan pemasaran. Terakhir, pendapat moderat menyatakan bahwa periklanan dapat memberikan fungsi yang berguna meskipun hasilnya sangat bermasalah. Vance Packard, *Para Pembujuk Tersembunyi* (Pocket Books 1959).

⁴⁷ Studi ini ditulis oleh Giovanni Sartor, Francesca Lagioia, Federico Galli, (diminta oleh komite JURI Parlemen Uni Eropa), 'Reducing Targeted and Behavioral advertising in digital services (How to sure user' informed consent)' (2021)

⁴⁸ Repositori ini pada awalnya dianggap sebagai hasil kuis kepribadian bernama 'ini lah kehidupan digital Anda' (2014), yang diselenggarakan oleh Aleksandr Kogan, dosen di Departemen Psikologi di Universitas Cambridge dan kepala GSR. Carole Cadwalladr, Emma Graham-Harrison, 'Terungkap: 50 Juta Profil Facebook Dipanen untuk Cambridge Analytica dalam Pelanggaran Data Besar' (17 Maret 2018) Guardian,

Pendekatan yang digunakan berbeda dengan periklanan massal tradisional: Cambridge Analytica mempersonalisasi pesan di berbagai media mulai dari surat langsung hingga cookie online, penargetan, spanduk media sosial, dan bahkan pemasangan televisi. Operasi canggih Cambridge Analytica terdiri dari transformasi profil psikografis, yang sebagian besar diperoleh melalui pengukuran online, seperti 'suka' di Facebook⁴⁹, menjadi pesan yang ditargetkan, di mana pesan-pesan tersebut disesuaikan dengan ciri-ciri kepribadian spesifik penerimanya. Kemajuan teknologi memberikan alasan untuk meyakini bahwa upaya seperti ini akan terus berkembang.

2.3 FENOMENA POLA GELAP

Semua arsitektur pilihan berpotensi membentuk pola gelap ketika mereka memiliki tujuan yang berbeda untuk secara jujur mendorong konsumen mengambil keputusan demi kepentingan terbaik mereka. Berdasarkan manipulasi, beberapa teknik berbeda mengeksploitasi emosi orang atau merupakan taktik berdasarkan kebohongan, janji palsu, dan tekanan⁵⁰. Mengingat bahwa fenomena pola gelap merupakan inti dari analisis ini, maka fenomena ini akan dijelaskan secara luas di bagian 2 Bab II, untuk menjaga kesatuan fokus studi kasus.

Sebagai contoh dari fenomena yang dianalisis, taktik omelan mewakili salah satu kategori pola gelap yang menunjukkan ciri khas: tidak seperti jenis pola gelap lainnya, taktik ini tidak menargetkan kerentanan konsumen tertentu⁵¹. Hal ini pada dasarnya merupakan pengulangan dari permintaan yang ditujukan kepada pengguna untuk melakukan sesuatu yang diinginkan perusahaan untuk mereka lakukan. Kegigihan permintaan pada akhirnya dapat mengarahkan konsumen untuk memenuhi permintaan tersebut, dan tergantung pada jenis konsumen yang mengomel dapat membantu atau menghalangi mereka. Hal ini terjadi, misalnya, setiap kali Google meminta pengguna yang telah menonaktifkan 'layanan lokasi' untuk mempertimbangkan untuk mengaktifkan fitur tersebut.

Praktik-praktik yang mengganggu merugikan konsumen dan memerlukan intervensi yang tepat waktu, terutama karena menyangkut validitas persetujuan konsumen. Dalam kondisi pemberitahuan yang sering atau pengingat terus menerus, penentuan nasib sendiri dan kebebasan memilih konsumen dapat terancam. Itu semua adalah situasi pragmatis di mana perhatian konsumen berada di bawah tekanan. Beberapa orang menganggap situasi ini sebagai 'Pencurian yang Disengaja'.⁵²

<<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influenceus-election>>.

Cecilia Kang, Sheera Frankel, 'Facebook Mengatakan Cambridge Analytica Memanen Data Hingga 87 Juta Pengguna' (4 April 2018) NY Times.

⁴⁹ Facebook tidak mengizinkan pemasar untuk menargetkan iklan berdasarkan ciri-ciri psikologis secara langsung, namun secara tidak langsung dengan menawarkan kemungkinan untuk menargetkan pengguna berdasarkan Suka Facebook mereka.

⁵⁰ Marcia Baron, 'Manipulatif' (2003) 77 Proses & Alamat Am Phil Ass'n 37.

⁵¹ Alison Hung, 'Menjaga konsumen dalam kegelapan: mengatasi kekhawatiran dan kerugian yang 'mengganggu' (Catatan)' (2021) 121 Columbia Law Review 2483-2520.

⁵² Tim Wu, 'Blind Spot: Perhatian Ekonomi dan Hukum' (2017) 82 Antitrust L J 771, 778

Dampak lain dari omelan, terutama yang tidak langsung, dapat memengaruhi privasi atau memicu implikasi antimonopoli karena dapat menyebabkan konsumen mengungkapkan lebih banyak data pribadi daripada yang diperlukan untuk layanan tersebut (lihat Bab II bagian 2). Yang terpenting, antisipasi ini diselesaikan untuk mempertimbangkan upaya penelitian untuk menyediakan sistem berbasis komputer baru untuk mengevaluasi keadilan digital dari situs web paling berpengaruh di seluruh Negara Anggota. Dalam hal ini, Claudette adalah contoh sempurna dari proyek eksperimental yang dikembangkan oleh European University Institute di Florence, yang dapat mengotomatiskan sebagian pemeriksaan situs web⁵³. Tujuan awal dari program ini adalah untuk menyelidiki apakah kecerdasan buatan dapat dilatih untuk berkontribusi membantu konsumen untuk memeriksa persyaratan layanan untuk persyaratan yang tidak adil⁵⁴.

Sebagai pertimbangan awal, meskipun ada upaya penelitian empiris yang berharga, pengetahuan aktual tentang istilah dan arsitektur yang tidak adil di Era Digital masih terbatas dan memerlukan langkah maju⁵⁵.

2.4 DESAIN MANIPULATIF DAN KENDALA DALAM PENDEKATAN INFORMASI

Kekhawatiran hukum muncul ketika berupaya mengatur skenario baru berbasis data melalui pendekatan informasi dasar Eropa (lihat bagian 1.3)⁵⁶. Batasan dari prinsip penting ini terlihat jelas dalam pemasaran online, di mana terdapat situasi negosiasi bisnis-konsumen yang baru. Konsekuensinya, 'situasi ini memunculkan alasan bagi penyediaan informasi, mengingat konsumen berhadapan dengan pedagang jarak jauh, yang hanya sedikit diketahuinya: paling tidak, ia perlu memiliki rincian kontak pedagang dan informasi tentang produk atau layanan yang dipasok'⁵⁷.

Tergantung pada desain infrastruktur digital, pedagang harus mengungkapkan informasi di beberapa bidang, seperti informasi mengenai persyaratan kontrak. Namun, juga proses informasi pribadi dan penggunaan cookie⁵⁸. Karena sifat dan potensi konsekuensi desain arsitektur digital terhadap perilaku konsumen, tidak terlihat bahwa berbagai pengungkapan wajib yang diatur dalam undang-undang konsumen Eropa secara efektif melindungi mereka dan mempertahankan otonomi mereka.

Apa yang tampaknya menjadi penyebab 'jebakan' tersebut adalah, meskipun desain arsitektur digital secara hukum melanggar kewajiban pengungkapan, desain yang sama juga

⁵³ Claudette, pada dasarnya, adalah analisis kontrak konsumen dan kebijakan privasi yang didukung pembelajaran mesin. Tersedia di <http://claudette.eui.eu/index.html> diakses 10 Oktober 2023.

⁵⁴ Francesca Lagioia, Agnieszka Jabłonowska dkk, 'AI in search of ketidakadilan dalam kontrak konsumen: lanskap ketentuan layanan' (2022) 45 Jurnal kebijakan konsumen 481, tersedia di <https://hdl.handle.net/1814/74834> diakses 10 September 2023. Lihat juga Cristina Poncibò, 'Research Protocol/Methodology for UCTD' (akan terbit 2024) 102 ERCL.

⁵⁵ Caterina Gardiner, Ketentuan Kontrak Tidak Adil di Era Digital (EE Elgar 2022).

⁵⁶ Lihat HELLERINGER, Sibony (n 25) 629-30.

⁵⁷ Scholes (n 11) 213.

⁵⁸ Ognyan Seizov, Alexander J. Wulf, Joasia Luzak, 'The Transparent Trap: A Multidisciplinary Perspective on the Design of Transparent Online Disclosures in the EU' (2019) 42 J Consumer POL'y 149. Argumen penulis bertujuan untuk meyakinkan UE pembuat kebijakan untuk mempertimbangkan (kembali) pentingnya desain informasi karena dapat meningkatkan efektivitas tugas informasi.

dapat merugikan keinginan bebas konsumen dan akibatnya terhadap tindakan mereka. Terlebih lagi, dengan pengecualian pada sejumlah kebijakan yang berfokus pada desain, seperti undang-undang pangan (misalnya label makanan), panduan khusus untuk perlindungan konsumen dalam situasi gangguan arsitektur atau teknik desain yang manipulatif masih terbatas⁵⁹.

Untuk mengetahui lebih jauh dampak fitur teknologi terhadap pendekatan tradisional, kita harus mempertimbangkan transaksi antara pedagang dan konsumen yang diselesaikan di platform online. Posisi yang bijaksana menyarankan untuk mempertimbangkan kekuasaan dan ketersediaan informasi dari penerima layanan, karena pihak-pihak, identitas dan status hukum tidak selalu jelas⁶⁰: ketidakpastian ini meragukan kerangka hukum yang berlaku pada kontrak pasokan. Dengan mempertimbangkan Seni. 6 bis CDR, sebagaimana diubah dengan Petunjuk Modernisasi, penting untuk memperkuat persyaratan informasi tentang identitas barang/penyedia, untuk mengetahui peran perantara (platform online), karena platform dapat memikul sebagian tugas dari kontrak pasokan; dan untuk mengidentifikasi apakah mereka membeli barang atau menyerahkan jasa dari pedagang atau dari bukan pedagang⁶¹.

Oleh karena itu, menetapkan sifat spesifik platform sangatlah penting. Secara praktis, Undang-Undang Layanan Digital⁶², yang akan dianalisis lebih lanjut di Bab II, menentukan korespondensi antara berbagai pemain online dan peran, ukuran, dan dampaknya terhadap ekosistem online (Pasal 5 DSA). Perjanjian ini memperkenalkan seperangkat aturan baru yang komprehensif untuk layanan perantara online tentang bagaimana mereka harus merancang layanan dan prosedurnya. Aturan baru ini mencakup tanggung jawab baru untuk membatasi penyebaran konten ilegal dan produk ilegal secara online, meningkatkan perlindungan terhadap anak di bawah umur, dan memberi pengguna lebih banyak pilihan dan informasi yang lebih baik.

Oleh karena itu, juga Seni. 7 f) UCPD sebagaimana diubah dengan arahan Modernisasi yang sama menyatakan bahwa, untuk menghindari sanksi atas praktik tidak adil, pihak yang menawarkan produk dengan menggunakan platform wajib mengungkapkan apakah ia bertindak sebagai pedagang atau tidak. dasar pernyataan pihak ketiga tersebut kepada penyedia pasar online' (Pasal 7, f)⁶³. Dalam kasus di mana platform hanya berperan sebagai perantara, dengan kewajiban uji tuntas, hal ini harus dikomunikasikan kepada konsumen : setelah pernyataan 19 dari Digital Service Act ⁶⁴(DSA) platform online dapat bertindak sebagai entitas 'sekadar saluran', 'caching' dan 'hosting'. Secara luas, pernyataan 19 menyatakan:

⁵⁹ Situasi ini sering kali memungkinkan pedagang daring untuk mengaburkan batas antara ketentuan informasi wajib dan penyangkalannya, sehingga meningkatkan jumlah informasi yang harus dibaca konsumen

⁶⁰ Guido Smorto, 'La tutela del contraente debole nella platform economy' (2018) 158 *Giornale dir lav relaz industriali* 423

⁶¹ Montinaro (n 40) 55.

⁶² Parlemen, Peraturan Dewan (UE) 2022/2065 tanggal 19 Oktober 2022 tentang Pasar Tunggal untuk Layanan Digital dan amandemen Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) [2022] OJ L 277.

⁶³ Parlemen, Petunjuk Dewan 2005/29/EC tanggal 11 Mei 2005 tentang praktik komersial bisnis-ke-konsumen yang tidak adil di pasar internal dan mengubah Petunjuk Dewan 84/450/EEC, Petunjuk 97/7/EC, 98/27/EC dan 2002/65/EC Parlemen Eropa dan Dewan serta Peraturan (EC) No 2006/2004 Parlemen dan Dewan Eropa' ('Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil') [2005] OJ L 149, 22-39

⁶⁴ Parlemen (n 65).

'mengingat perbedaan sifat kegiatan 'hanya saluran', 'caching' dan 'hosting' serta perbedaan posisi dan kemampuan penyedia layanan yang bersangkutan, maka perlu dibedakan aturan yang berlaku untuk kegiatan tersebut, sejauh berdasarkan Regulasi ini persyaratan dan ketentuannya berbeda dan ruang lingkupnya berbeda, sebagaimana ditafsirkan oleh Pengadilan Uni Eropa (recital 19, DSA).

Semua perantara online juga harus mematuhi kewajiban transparansi baru yang luas untuk meningkatkan akuntabilitas dan pengawasan, misalnya, dengan mekanisme penandaan baru untuk konten ilegal. DSA menciptakan pengawasan publik yang belum pernah terjadi sebelumnya terhadap platform online di seluruh Uni Eropa, baik di tingkat Nasional maupun UE. Dampak yang diharapkan dari penegakan DSA adalah menciptakan kewajiban baru yang komprehensif bagi platform online untuk mengurangi bahaya dan melawan risiko online. Hal ini memperkenalkan perlindungan yang kuat terhadap hak-hak pengguna secara online dan menempatkan platform digital di bawah kerangka transparansi dan akuntabilitas baru yang unik. Aturan-aturan ini akan memberi pengguna perlindungan baru dan kepastian hukum bagi bisnis di seluruh pasar tunggal. DSA adalah perangkat peraturan global yang pertama dan menetapkan tolok ukur internasional untuk pendekatan peraturan terhadap perantara online.

Kritik proaktif muncul ketika mempertimbangkan temuan penelitian ekonomi perilaku dan psikologis tentang hukum konsumen. Bukti empiris mengenai ekonomi perilaku menunjukkan bahwa model kebijakan baru bisa lebih efisien dengan mempertimbangkan data dari studi heuristik, bias, dan ketergantungan situasional. Peraturan yang disusun dengan cara ini dapat memandu konsumen untuk mengambil keputusan yang lebih baik: dorongan (nudges) didefinisikan sebagai pendekatan yang berbiaya rendah, mempertahankan pilihan, dan berdasarkan informasi empiris terhadap isu-isu peraturan, termasuk persyaratan pengungkapan, aturan standar, penyederhanaan dan penggunaan arti-penting dan norma-norma sosial⁶⁵.

Upaya untuk mempertimbangkan wawasan baru ini sudah ada dalam proses regulasi. Pada pertengahan tahun 2000-an, misalnya, otoritas publik mulai tertarik untuk mengadopsi dorongan sebagai teknik tambahan kebijakan berbasis perilaku di berbagai bidang, seperti pola makan sehat dan ketentuan standar dalam kontrak konsumen⁶⁶. Jenis peraturan ini tampaknya lebih memakan waktu, solusi hemat, spesifik kelompok, dan disesuaikan dengan masalah. Kebijakan berbasis dorongan juga dapat dikomunikasikan agar masyarakat dapat menyadarinya. Statistik menunjukkan bahwa di banyak negara, masyarakat rata-rata menyetujui alat-alat tersebut dan bergantung pada tujuan kebijakan: 'masyarakat percaya

⁶⁵ Lucia A. Reisch, John B. Thøgersen, 'Kebijakan konsumen yang diinformasikan secara perilaku: Penelitian dan kebijakan untuk 'manusia', dalam Margit Keller, Bente Halkier, Terhi-Anna Wilska, Monica Truninger (eds), Routledge handbook on consumption (Routledge 2017) 242-253

⁶⁶ Organisasi untuk Kerja Sama dan Pembangunan Ekonomi (OECD), 'Wawasan perilaku dan kebijakan publik. Pelajaran dari seluruh dunia' (2017) <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights-and-public-policy-9789264270480-en.htm>> diakses pada 27 Juli 2022; lihat juga Lucia A. Reisch, Cass R. Sunstein, 'Do Europeans like nudges?' (2016) 1(4) Pertimbangan dan Pengambilan Keputusan 310-325.

bahwa jika suatu dorongan mempunyai tujuan yang sah dan mereka berpikir bahwa hal tersebut sesuai dengan kepentingan atau nilai sebagian besar orang, mereka kemungkinan besar akan menyетуinya. mendukungnya⁶⁷.

Terlepas dari pertimbangan desain sebagai tujuan peraturan yang harus didisiplinkan, peraturan baru tentang modernisasi undang-undang konsumen, dan khususnya peraturan tentang sistem rekomendasi yang diungkapkan oleh Art. 2 DSA, secara implisit mengakui bahwa cara algoritma dirancang dan digunakan untuk menentukan peringkat barang atau jasa dapat mempengaruhi otonomi konsumen⁶⁸. Faktanya adalah bahwa konten yang tersedia untuk setiap konsumen dapat dibedakan berdasarkan beberapa parameter, termasuk penggunaan pembuatan profil dan teknik yang dipersonalisasi. Seringkali, 'keburaman' kriteria yang digunakan untuk mengatur hasil pencarian online menghalangi pengguna untuk memahami sistem rekomendasi logika yang diterapkan, yang merupakan salah satu fitur penting dari apa yang didefinisikan oleh Frank Pasquale sebagai 'masyarakat kotak hitam'⁶⁹.

⁶⁷ Lucia Reisch, Min Zhao, 'Ekonomi perilaku, perilaku konsumen, dan kebijakan konsumen: canggi' (2017) 1 Kebijakan Perilaku Publik 201

⁶⁸ Seni. 2 Undang-Undang Layanan Digital (n. 65) menyatakan di lett. r): «'iklan' berarti informasi yang dirancang untuk mempromosikan pesan dari badan hukum atau perorangan, terlepas dari apakah untuk mencapai tujuan komersial atau non-komersial dan ditampilkan oleh platform online pada antarmuka online dengan imbalan khusus untuk mempromosikan informasi tersebut» . Di tempat. s) DSA mendefinisikan: «sebuah 'sistem pemberi rekomendasi' berarti sistem yang sepenuhnya atau sebagian terotomatisasi yang digunakan oleh platform online untuk menyarankan informasi spesifik antarmuka online kepada penerima layanan, termasuk sebagai hasil pencarian yang dilakukan oleh penerima atau sebaliknya menentukan urutan relatif atau keutamaan informasi yang ditampilkan

⁶⁹ Montinaro (n 40).

BAB 3

JALUR BARU UNTUK MEMAJUKAN PENELITIAN HUKUM

Sejalan dengan skenario yang diuraikan di halaman sebelumnya, dengan perhatian khusus pada potensi teknologi dalam mengeksploitasi sikap psikologis konsumen, maka penting untuk melakukan individualisasi arah hukum yang muncul untuk menetapkan kerangka penelitian. Premis bersifat metodologis dan substansial.

Dari sisi metodologis, terdapat dua asumsi yang diadopsi: kebutuhan untuk menyelidiki otonomi konsumen melalui perspektif peraturan dibandingkan melalui perspektif legislatif yang jauh lebih terbatas, dan konsekuensinya adalah perlunya mempertimbangkan wawasan dari disiplin ilmu lain yang diperlukan untuk memperoleh perspektif yang luas dan inklusif untuk melakukan penyelidikan. topik.¹

Ahli tata kelola terkemuka mendefinisikan regulasi sebagai upaya yang disengaja untuk mengelola risiko atau mengubah perilaku untuk mencapai tujuan yang telah ditentukan sebelumnya². Regulasi juga dapat dilakukan oleh aktor non-negara, oleh satu aktor, dan oleh perangkat regulasi lunak, melalui beberapa strategi (tidak hanya yang legal) untuk mempengaruhi beberapa perilaku individu.

Mengadopsi sudut pandang regulasi pada akhirnya berarti memasukkan perangkat kebijakan dan tata kelola yang mungkin asing bagi para pengacara.

Para sarjana Ilmu Pengetahuan dan Teknologi (STS) telah lama mengakui pentingnya desain objek material terhadap perilaku sosial³, dan baru-baru ini, seorang sarjana hukum terkemuka menggunakan istilah 'regulasi teknologi' untuk menggambarkan instrumen-instrumen ini dalam lingkungan digital. Ide awal berkembang hingga para sarjana baru-baru

¹ Instrumen peraturan dapat diklasifikasikan dalam berbagai cara (Bronwen Morgan, Karen Yeung, An Pengantar hukum dan peraturan: Teks dan Bahan (Cambridge University Press 2003). Titik awal yang populer untuk analisis adalah empat taksonomi modalitas kontrol Lessig yang membedakan antara hukum, pasar, norma sosial, dan kode (Lawrence Lessig, Kode dan hukum Cyberspace lainnya (Basic Books 1999), dan yang dapat dipahami sebagai varian dari tipologi tripartit mekanisme koordinasi sosial yang terdiri dari hierarki, pasar, dan jaringan .

² Dalam beberapa tahun terakhir, regulasi telah muncul sebagai salah satu bidang studi yang paling berbeda dalam ilmu-ilmu sosial, baik bagi para pembuat kebijakan maupun bagi para sarjana yang membutuhkan kerangka teoritis yang dapat diterapkan pada sektor sosial apa pun. Roger Brownsword, Eloise Scotford, Karen Yeung (eds), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology* (Oxford Handbooks 2017; edisi online, Oxford Academic, 1 September 2016); Karen Yeung, 'Towards an Understanding of Regulation by Design', dalam Roger Brownsword, Karen Yeung (eds.), *Regrating Technologies* (Oxford University Press 2008) 79-94; Karen Yeung, 'Bisakah Kita Menerapkan Regulasi Berbasis Desain Sambil Menghindari Dunia Baru yang Berani?' (2011) 3(1) *Hukum, Inovasi dan Teknologi* 1-29; Karen Yeung, 'Design for Regulation', dalam Jeroen van den Hoven, Ibo van de Poel, Pieter E. Vermaas (eds.) *Handbook of Ethics, Values and Technological Design* (Springer, 2015) 447; Karen Yeung, 'Hypernudge': Big Data as a Mode of Regulation by Design' (2017) 20(1) *Informasi, Komunikasi & Masyarakat* 118-136; Karen Yeung, 'Regulasi Algoritmik: Interogasi Kritis' (23 Mei 2017) *TLI Think! Makalah* 62/2017, *Regulasi & Tata Kelola*, akan diterbitkan, *Makalah Penelitian King's College London Law School* No. 2017-27, <<https://ssrn.com/abstract=2972505>> diakses pada 20 Juli 2022; Julia Black, 'Belajar dari Bencana Peraturan' *LSE Hukum, Masyarakat & Ekonomi* (2014) *Makalah Kerja* 24/2014; lihat juga Roger Brownsword 'Code, Control, and Choice: Why East Is East and West Is West' (2005) 25(1) *Legal Studies* 1-20; Roger Brownsword, 'Manajemen Teknologi dan Supremasi Hukum' (2016) 8(1) *Hukum, Inovasi dan Teknologi* 100-140.

³ Jaap Jelsma, 'Inovasi untuk Keberlanjutan: Melibatkan Pengguna, Politik dan Teknologi' (2003) 16 *Inovasi* 103; untuk kerangka umum lihat: Yeung (n 115), 1-29.

ini membahas jalur yang sedang berjalan dari “kode adalah hukum”⁴ menjadi “hukum adalah kode”,⁵ artinya dengan munculnya teknologi canggih (misalnya teknologi blockchain), kode mengambil peran yang lebih penting dalam mengatur interaksi masyarakat melalui Internet, dan hukum didefinisikan sebagai kode.

Sebagai pengamatan umum, regulasi yang dirancang merupakan topik yang krusial dan masih diperdebatkan. Fungsi regulasi telah dikaitkan dengan ‘desain’ baik untuk tujuan hukum publik maupun hukum privat. Menjamin kepatuhan terhadap supremasi hukum merupakan tantangan abadi di setiap masyarakat. Hal inilah yang menjadi alasan terjadinya diskusi ekstensif mengenai peluang untuk memasukkan supremasi hukum ke dalam rancangan teknologi sejak awal⁶. Penerapan paling umum dari pendekatan ini berkaitan dengan aspek hukum privat.

Dalam ‘regulasi algoritmik’, misalnya, algoritma digunakan untuk memberikan dampak yang mendalam terhadap hak-hak konsumen⁷. Bagaimanapun juga, berbagai pendekatan berbasis desain yang sah untuk mencapai tujuan sosial sudah ada⁸. Kajian internet dan perdebatan mengenai tata kelola seringkali dijadikan sebagai titik awal gagasan Lessig yang terkenal mempertimbangkan arsitektur (atau kode) sebagai salah satu sumber ‘peralatan peraturan’ untuk mewujudkan hasil kolektif atau sosial.⁹

Selanjutnya, penelitian modern mengeksplorasi hubungan antara hukum, tata kelola peraturan, dan teknologi yang sedang berkembang¹⁰. Saat ini, pemikiran ulang yang radikal

⁴ Dengan kemajuan teknologi digital, kode telah semakin memantapkan dirinya sebagai cara utama untuk mengatur perilaku pengguna Internet. Namun, meskipun kode komputer dapat menegakkan peraturan dengan lebih efisien dibandingkan kode hukum, kode komputer juga memiliki serangkaian keterbatasan, terutama karena sulitnya mengubah ambiguitas dan fleksibilitas aturan hukum ke dalam bahasa formal yang dapat ditafsirkan oleh mesin.

⁵ Primavera De Filippi, Samer Hassan, *Teknologi Blockchain sebagai Teknologi Regulasi: Dari Kode adalah Hukum ke Hukum adalah Kode* (5 Desember 2016) 21(12), dalam Primavera De Filippi, Samer Hassan (eds), *Teknologi Blockchain sebagai Regulator Teknologi: Dari Kode adalah Hukum ke Hukum adalah Kode*. Senin pertama (edisi khusus tentang ‘Merebut Kembali Internet dengan arsitektur terdistribusi’), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3097430> diakses pada 8 Mei 2023

⁶ Monika Zalnieriute, Lyria Bennett Moses, George Williams, ‘The Rule of Law “By Design”?’ (2021) 95(5) *Tulane Law Review* 1063-1101. Para penulis bertanya apakah memupuk supremasi hukum ‘by design’ – yang membayangkan solusi teknologi tidak sesuai dengan persyaratan supremasi hukum – dapat mendorong atau menjamin supremasi hukum dalam praktiknya

⁷ Lena Ulbricht, Karen Yeung, ‘Regulasi algoritma: Konsep yang matang untuk menyelidiki regulasi dan melalui algoritma’ (2021) 16(1) *Regulasi & Tata Kelola* 3-22; Karen Yeung, Lee A. Bygrave, ‘Demistifikasi rezim perlindungan data Eropa yang modern: Wawasan lintas disiplin dari beasiswa tata kelola hukum dan peraturan’ (2022) 16(1) *Regulasi & Tata Kelola* 137-155.

⁸ Untuk pembahasan lebih mendalam, lihat Karen Yeung, ‘Towards an Understanding of Regulation by Design’, dalam Roger Brownsword, Karen Yeung (eds), *Regulating technology: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes* (Hart 2008) 79-107.

⁹ Secara khusus ada dua tulisan khas dalam studi internet: Lawrence Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace* (Basic Book 1999); dan Lawrence Lessig, ‘The Law of the Horse: What Cyberlaw might Teach’ (1999) 113 *Harvard Law Review* 502.

¹⁰ Selain yang lain: Mireille Hildebrandt, Antoinette Rouvroy (eds), *Hukum, Badan Manusia dan Komputasi Otonom. Filsafat Hukum bertemu dengan Filsafat Teknologi* (Routledge 2011); Yeung (n 115); Lee A. Bygrave, ‘Perlindungan Data karena Desain dan Default: Menguraikan Persyaratan Legislatif UE’ (2017) 4(2) *Tinjauan Hukum Oslo*, <<https://ssrn.com/abstract=3035164>> diakses 20 November 2022.

mengenai hubungan antara keduanya mengabaikan konsep teknologi sebagai isu yang menjadi perhatian khusus bagi institusi, dan menganggap teknologi modern memiliki arti ganda, dan keduanya merupakan hal yang sangat penting. sebagai target utama regulasi, dan sebagai alat potensial untuk digunakan demi tujuan hukum dan regulasi¹¹.

Contoh dimana peraturan saat ini menerima dan menerapkan peran teknologi sebagai fungsi peraturan sudah ada: Pasal. 24, 25 dan Pasal 28 Peraturan Perlindungan Data Umum (GDPR)¹², yang mengatur persyaratan 'perlindungan data berdasarkan desain dan default', yang memberlakukan kewajiban hukum pada pengontrol data untuk menerapkan norma-norma perlindungan data yang 'melekatkan' ke dalam pengembangan sistem informasi, sehingga mengharuskan penggunaan teknik peraturan 'berbasis desain'.

Oleh karena itu, menggunakan kacamata regulasi berarti memilih metode untuk mencapai temuan-temuan dari disiplin non-hukum, dan memahami keterkaitan antara metode-metode tersebut dengan tujuan bersama dalam mengelola risiko sosial. Manfaat dari penggunaan interdisipliner juga terlihat ketika mempertimbangkan temuan empiris dari ekonomi perilaku, yang memperkenalkan pertimbangan untuk menumbangkan paradigma informasi Eropa, yang secara tradisional berfungsi untuk mengembangkan pasar e-commerce dan melindungi transaksi lintas batas. Dari perspektif ini, peraturan yang dirancang dapat menjadi alat yang efektif untuk mempertanyakan asumsi tentang apa yang menjamin transparansi dan ketentuan yang efektif ketika informasi dan periklanan online diatur oleh desain dan teknologi web tersebut, yang, dalam hipotesis terburuk, mengkonfigurasi pola-pola gelap.

Dalam perspektif masa depan, wawasan potensial lainnya dapat datang dari bidang studi yang muncul tentang 'hukum dan emosi', yang dianggap layak untuk dimasukkan ke dalam kelompok pendekatan interdisipliner¹³. Para sarjana dari berbagai bidang telah mulai mempelajari titik temu antara emosi dan hukum. karena gagasan bahwa akal budi dan emosi dapat dipisahkan dan bahwa hukum memberikan hak istimewa dan hanya mengakui emosi sudah tertanam dalam diri kita. Keilmuan hukum dan emosi berangkat dari keyakinan bahwa relevansi hukum dari emosi adalah penting dan patut (dan dapat diterima) untuk diteliti.

Dari sudut pandang substansial, penting untuk mengidentifikasi keragaman fitur hukum teknologi berbasis data sebelum berfokus pada studi kasus pola gelap tertentu. Fitur-fitur ini akan dieksplorasi secara umum sebelum masuk ke rincian dengan sub-bagian berikut.

¹¹ Roger Brownsword, *Memikirkan Kembali Hukum, Regulasi dan Teknologi* (EE Elgar 2022).

¹² Parlemen, Peraturan Dewan 2016/679 tanggal 27 April 2016 tentang perlindungan individu dalam pemrosesan data pribadi dan pergerakan bebas data tersebut serta mencabut Petunjuk 95/46/EC (Peraturan Perlindungan Data Umum) [2016] OJ L 119.

¹³ Terry Maroney, 'Hukum dan Emosi: Usulan Taksonomi Bidang yang Sedang Berkembang' (2006) 30 *Law Hum Behav* 119-142. Lihat Susan Bandes (ed), *Semangat hukum* (New York University Press 1999); lihat juga Kathryn Abrams, 'The progress of passion' (2002) 100 *Michigan Law Review* 1602; Neal Feigenson, 'Peran emosi dalam penilaian kelalaian komparatif' (2001) 31(3) *Jurnal Psikologi Sosial Terapan* 576; Heidi L. Feldman, 'Kata Pengantar: Hukum, psikologi, dan emosi' (2000) 74 *Chicago-Kent Law Review* 1424; Sanger Sanger, 'Peran dan realitas emosi dalam hukum' (2002) 8 *William dan Mary Journal of Women and the Law* 107. Masih ada pertanyaan terbuka apakah 'hukum dan emosi' dianggap sebagai 'bidang' atau 'gerakan', atau apakah eksplorasi teoritis dan empiris interaksi hukum-emosi hanyalah sebuah titik temu berbasis konten di antara berbagai bidang interdisipliner yang sudah mapan

Faktor pertama bersifat teoretis, yaitu menghindari pemikiran bahwa transaksi konsumen merupakan bagian dari hukum kontrak¹⁴. Mengingat, misalnya, otonomi data, kebutuhan akan perlindungan data harus diimbangi dengan kebutuhan agar data dapat diakses dan dibagikan. . Oleh karena itu, karena perbedaan fungsi data, serangkaian prinsip penting akan memberikan individu hak hukum atas otonomi data, termasuk hak kepemilikan atas kewajiban data pada institusi untuk berbagi data yang terstandarisasi dan dapat dioperasikan dengan pihak ketiga secara aman.

Nilai data konsumen semakin mendapat perhatian untuk kontrol privasi. Oleh karena itu, faktor kedua dalam analisis ini adalah interaksi antara berbagai kebijakan yang terlibat. Yang paling utama adalah persinggungan antara undang-undang konsumen dan undang-undang perlindungan data karena data pada akhirnya adalah informasi. Pilihan memungkinkan platform untuk menarik perhatian dan menangkap data, yang merupakan komoditas utama ekonomi digital. Dengan perhatian dan data, platform dapat mengeksploitasi kerentanan kognitif penggunaannya melalui pilihan desain yang dimaksudkan untuk memandu individu menuju perilaku yang diinginkan oleh platform.

Ini bukan satu-satunya titik temu antara berbagai kebijakan. Undang-undang persaingan usaha juga dipertaruhkan, terutama setelah keputusan ECJ baru-baru ini dalam kasus C-252/21 tanggal 4 Juli 2023 menyatakan bahwa otoritas persaingan nasional dapat menemukan, dalam konteks pemeriksaan penyalahgunaan posisi dominan, bahwa GDPR telah dilanggar (lihat Bab II)¹⁵. Manipulasi digital berimplikasi pada undang-undang antimonopoli ketika sebuah perusahaan menggunakan produk yang dirancang untuk memanipulasi, atau memaksa, konsumen, bukan sekadar membujuk mereka. Ada garis tipis antara bentuk persuasi yang sah dan penggunaan pengaruh yang tidak semestinya atau bahkan paksaan terhadap konsumen. Konsekuensinya, fase penegakan hukum menjadi rumit karena adanya kewajiban untuk memeriksa bagaimana tuduhan pemaksaan dapat diterapkan pada praktik manipulatif digital: penyelidikan terhadap perlindungan otonomi yang memadai sebelum potensi ancaman manipulasi online berarti membedakan persuasif (kompetitif) dari koersif (antikompetitif).¹⁶

Selain itu, terdapat efek tumpang tindih antara kebijakan-kebijakan yang berbeda, dan menimbulkan dampak penting lainnya: kaburnya batas antara hukum privat dan hukum publik, dan antara taksonomi yang berbeda (bagian 3.2).

Ketiga, skenario peraturan saat ini harus menghadapi fenomena personalisasi yang luas. Algoritma yang kuat dapat mengeksploitasi pengetahuan tentang kerentanan konsumen

¹⁴ Scholes (n 11), 213-237.

¹⁵ Kasus C-252-21 Meta Platform dan Lainnya (Ketentuan umum penggunaan jejaring sosial) [2023] EU:C:2023:537

¹⁶ Gregory Day, Abbey Stemler, 'Are Dark Patterns Anticompetitive?' (2020) 72 Ala L Rev 1. Penulis menunjukkan bahwa manipulasi digital mengikis kemampuan pengguna untuk bertindak rasional, yang memberdayakan platform untuk mengekstrak kekayaan dan membangun kekuatan pasar tanpa melakukan hal tersebut. kelebihanannya. Faktanya, ketika penegak hukum antimonopoli menerapkan privasi konvensional sebagai keuntungan persaingan, hal ini seharusnya lebih mendorong privasi pengambilan keputusan. Hal ini akan meningkatkan kesejahteraan konsumen dan menciptakan persaingan di pasar digital serta mengisi kesenjangan yang ada dalam undang-undang perlindungan konsumen.

dan kecenderungan emosional yang spesifik dan pribadi. Fakta bahwa teknologi digital tidak hanya memungkinkan pengetahuan tentang preferensi dan profil konsumen tetapi juga kondisi psikologis, kerentanan, dan kesalahan persepsi pribadi dapat menimbulkan perangkat hukum yang dipersonalisasi (bagian 3.3)¹⁷.

3.1 MENGGABUNGKAN BATAS ANTARA KEBIJAKAN HUKUM

Sifat data yang bersifat lintas sektoral telah mendorong perubahan baru dalam hubungan antara perlindungan data, hukum konsumen, dan hukum persaingan usaha. Hal ini mengarah pada konvergensi berbagai ranah hukum dan titik-titik ketegangan baru di antara ranah-ranah tersebut. Meningkatnya jumlah dokumen kebijakan regulasi membuktikan tren ini.

Selain tujuan spesifiknya, undang-undang persaingan usaha, undang-undang konsumen, dan undang-undang perlindungan data memiliki tujuan yang sama untuk melindungi pasar internal dengan cara yang berbeda. Undang-undang persaingan dan konsumen bertujuan untuk meningkatkan kesejahteraan sosial, sedangkan undang-undang perlindungan data berasal dari perlindungan hak-hak dasar. Perlindungan hak-hak individu ini tidak berperan penting dalam mencapai tujuan lain, seperti peningkatan kesejahteraan sosial. Sebaliknya, hal ini terkait erat dengan perlindungan martabat manusia. Meskipun undang-undang persaingan dan konsumen mengatur penggunaan data hanya sejauh hal tersebut berdampak pada persaingan dan konsumen perlindungan data mengatur pengumpulan dan penggunaan data pribadi secara umum.

Data sangat penting bagi perusahaan untuk mencapai kesuksesan komersial, karena data secara rutin digunakan untuk menawarkan produk dan layanan kepada pelanggan. Hal ini juga membuat pengumpulan dan penggunaan data menjadi subyektif terhadap hukum persaingan dan konsumen. Pada saat yang sama, data pribadi juga merupakan hak mendasar, sebagaimana diuraikan dalam Art. 8 Piagam Hak-Hak Fundamental UE (selanjutnya: Piagam UE)¹⁸. Memang benar, istilah 'privasi konsumen' adalah hal yang umum dalam literatur AS, dan di beberapa yurisdiksi istilah 'perlindungan data konsumen' juga digunakan.¹⁹

Di pasar modern, di mana banyak perusahaan menawarkan layanan, undang-undang perlindungan konsumen dan data dapat saling melengkapi. Undang-undang perlindungan data, dalam kasus hukum baru-baru ini, berkontribusi dalam memberikan informasi dalam penafsiran undang-undang konsumen: hak-hak konsumen berfungsi untuk menantang pengumpulan data pribadi mereka secara berlebihan dan mengatasi pelanggaran perlindungan data. Keterkaitan antara undang-undang perlindungan data dan undang-undang perlindungan konsumen memberikan peluang menarik untuk visi yang lebih terintegrasi

¹⁷ Christopher Burr, Nello Cristianini, 'Dapatkah mesin membaca pikiran kita?' (2019) 29 Pikiran dan Mesin 494.

¹⁸ Irene Kamara, Eleni Kosta, 'Inisiatif Jangan Lacak: mendapatkan kembali kendali pengguna yang hilang' (2016) 6(4) Int Data Priv Law 276-90.

¹⁹ Kash Leng Ter, 'Manajemen Informasi: Menuju Legislasi Perlindungan Data Konsumen di Singapura' (2012) 24 Hukum Singap Acad J 143.

mengenai ‘undang-undang konsumen data’ dan hal ini memerlukan analisis khusus untuk membingkai penelitian terkini tentang otonomi.²⁰

Meski demikian, permasalahan kritis masih banyak terjadi. Dalam lingkungan digital, di mana hampir semua data dapat dihubungkan ke sebuah pengenal, perbedaan antara data yang termasuk data pribadi dan data non-pribadi sehingga tidak tunduk pada pengawasan peraturan perlindungan data yang ketat seringkali sulit dilacak. Banyak pengacara telah mendefinisikan Peraturan Perlindungan Data Umum (GDPR) sebagai ‘hukum segalanya’ karena peraturan ini berlaku untuk hampir semua pengumpulan dan penggunaan data. Oleh karena itu, dalam setiap tindakan penegakan hukum terkait data yang dilakukan oleh otoritas persaingan usaha atau konsumen atau otoritas lainnya peraturan perlindungan data akan berlaku.²¹

Hubungan antara undang-undang perlindungan konsumen dan data sangatlah kompleks, khususnya dalam lingkungan online UE. Meskipun terdapat kesamaan yang signifikan antara sumber, alat, dan tujuannya, terdapat juga perbedaan yang dapat diperdebatkan antara kedua kebijakan tersebut, yang akan dijelaskan lebih lanjut di bab selanjutnya. Contoh dari fenomena tumpang tindih ini adalah iklan online adalah lingkungan yang umum di mana perusahaan merancang pola gelap untuk mendapatkan data pribadi konsumen. Di era digital, perlindungan data pribadi konsumen UE menjadi semakin penting, karena data individu sering kali diekspos, dibagikan, dan ditransfer ke penjual dan pihak ketiga. Untuk menargetkan iklan dan menawarkan rekomendasi yang dipersonalisasi atau menyesuaikan produk dan layanan, berdasarkan preferensi, kelemahan, dan wawasan psikologis konsumen. Mengingat meningkatnya kebutuhan untuk melindungi konsumen dari iklan yang melanggar hukum, disiplin periklanan online menunjukkan interaksi (yang bermasalah) antara undang-undang perlindungan data UE dan undang-undang konsumen UE.²² Undang-undang konsumen dapat menawarkan lapisan perlindungan tambahan jika terjadi pelanggaran data pribadi oleh Industri AdTech.

Terakhir, dari perspektif hukum persaingan usaha, meskipun data pribadi tidak dapat direduksi menjadi sekedar komoditas atau pertimbangan atas suatu layanan, dalam beberapa contoh, jumlah data pribadi yang dikumpulkan dari individu oleh penyedia layanan (seperti di pasar dua sisi, seperti layanan media sosial) dapat dibandingkan dengan harga. Dari perspektif ini, undang-undang persaingan usaha, konsumen, dan perlindungan data bertujuan untuk memberdayakan individu untuk membuat pilihan mengenai harga dan kualitas (di mana data

²⁰ Natali Helberger, Frederik Zuiderveen Borgesius, Augustin Reyna, ‘Pasangan Sempurna? Melihat Lebih Dekat Hubungan antara Hukum Konsumen UE dan Hukum Perlindungan Data’ (2017) 54(5) Tinjauan Hukum Pasar Umum.

²¹ Parlemen, Dewan, Peraturan 2016/679 tanggal 27 April 2016 tentang perlindungan individu sehubungan dengan pemrosesan data pribadi dan pergerakan bebas data tersebut serta mencabut Petunjuk 95/46/EC (Peraturan Perlindungan Data Umum) [2016] OJ L 119.

²² Mengenai regulasi periklanan bertarget, Erica Palmerini menggarisbawahi batasan regulasi GDPR, yaitu benar-benar hanya berlaku untuk keputusan algoritmik dan bukan praktik manipulatif algoritmik. Lihat Erica Palmerini, ‘Algoritmi dan pengambilan keputusan secara otomatis. Tutele esistenti e line evolutive della regolazione’, dalam Luis Efrén Rios Vega, Lucia Scaffardi, Irene Spigno (eds.), *Saya diritti fondamentali nell’era della digital Mass Surveillance* (Editoriale Scientifica 2021), 209, 236.

pribadi dapat menjadi pengganti harga dan karakteristik kualitas) dan mengatasi asimetri kekuasaan.

Undang-undang persaingan menciptakan pilihan bagi konsumen mengenai harga dan kualitas untuk mendapatkan harga yang lebih rendah dan kualitas produk dan layanan yang lebih tinggi. Undang-undang konsumen bertujuan untuk melindungi konsumen (umumnya dianggap sebagai pihak yang lebih lemah dalam kaitannya dengan dunia usaha) dengan menjamin mereka mempunyai pilihan dalam hal harga dan melindungi mereka dengan menerapkan standar kualitas dan keamanan. Oleh karena itu, hukum persaingan dan hukum konsumen terlihat saling memperkuat satu sama lain. Perlindungan data, pada gilirannya, menambah lapisan perlindungan, menjaga kendali individu atas data dan pilihan pribadi.

3.2 DAPAK TEKNOLOGI DISRUPTIF TERHADAP TAKSONOMI HUKUM

Selama bertahun-tahun, tipifikasi legislatif dan arketipe normatif mendapat tantangan keras dari fenomena digitalisasi dan globalisasi, yang telah meningkatkan kompleksitas hukum²³. Ikatan timbal balik antara pengembangan taksonomi normatif tradisional dan dampak digital menghasilkan dampak disruptif terhadap cara pembuat undang-undang mereduksi kompleksitas situasi sosial nyata ke dalam model dan kategori standar yang telah ditentukan. Dunia digital menambah dimensi immaterial baru dan menciptakan situasi hukum yang belum dijelajahi dengan peluang baru bagi konsumen²⁴.

Ketika mencermati struktur Peraturan Perlindungan Data Umum (GDPR)²⁵, berdasarkan pada norma hukum 'satu untuk semua desain', yang mencakup banyak kasus berbeda ke dalam satu Peraturan, terdapat tingkat ketidaktepatan tertentu dan kesulitan untuk menjamin perlindungan dalam kasus yang berbeda muncul²⁶. Model normatif bekerja berdasarkan perkiraan dan dapat menyebabkan kesalahan peraturan, kesenjangan, dan inefisiensi. Untuk menghindari perlakuan yang tidak setara dan untuk memastikan tingkat keadilan individu yang lebih tinggi, pendekatan sebaliknya dapat dicapai dengan mengorbankan kepastian hukum yang lebih rendah atau biaya kompleksitas yang lebih tinggi.

Ada banyak contoh yang bisa diambil, terutama yang menekankan pada ketidakmampuan kategori-kategori tradisional dalam menghadapi persoalan-persoalan hukum baru atau menggarisbawahi kaburnya garis antara dua atau lebih kategori-kategori tradisional. Tipifikasi tidak diragukan lagi diperlukan dalam hukum, namun hal ini merupakan ciri khas sistem tradisi hukum Barat²⁷. Baru-baru ini, para sarjana memfokuskan upaya proaktif

²³ Kompleksitas adalah kebalikan dari penyederhanaan: Pompeu Casanovas, Ugo Pagallo, Giovanni Sartor, Gianmaria Ajani (eds.), Pendekatan AI terhadap Kompleksitas Sistem Hukum: Lokakarya Internasional AICOL-I/IVR-XXIV, Beijing, Tiongkok, 19 September, 2009 dan AICOL-II/JURIX (2009) 6237 Makalah Terpilih yang Direvisi.

²⁴ Mengenai fitur utama hukum digital lihat: Giovanni Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale* (il Mulino, 2020).

²⁵ Parlemen, Peraturan Dewan (UE) 2016/679 Parlemen dan Dewan Eropa tanggal 27 April 2016 tentang perlindungan individu mengenai pemrosesan data pribadi dan pergerakan bebas data tersebut, dan mencabut Petunjuk 95/46 /EC (Peraturan Perlindungan Data Umum) [2016] OJ L 119/1

²⁶ Martin Ebers, Karin Sein (eds.), *Privasi, Perlindungan Data, dan Teknologi Berbasis Data* (Routledge akan datang 2023).

²⁷ Pengacara setiap hari bekerja dengan taksonomi. Lihat Giovanni Pascuzzi, *Il pemecahan masalah nelle professioni legali* (il Mulino 2017).

untuk mencari kategori-kategori baru dan mengusulkan penalaran hukum berdasarkan struktur dasar hukum yang baru (lihat bagian 3.3), di arah skenario law 3.0 yang telah disebutkan.

Contoh berulang datang dari bidang aturan properti yang berlaku pada data. Hal ini menunjukkan adanya diskusi kontroversial dalam doktrin hukum mengenai adanya hak 'kepemilikan' terhadap data²⁸. Data merupakan sumber daya yang tidak dapat bersaing. Namun, dapat juga bersifat eksklusif karena penggunaannya dapat dibatasi, menolak akses. Konsep eksklusivitas menimbulkan beberapa pertanyaan dan kekhawatiran mengenai 'hak data': terdapat kekhawatiran mengenai jenis data apa (yaitu informasi) yang akan menjadi objek eksklusivitas, serta kekhawatiran mengenai fakta bahwa data dapat direproduksi, digunakan, dan didistribusikan sesering yang diinginkan tanpa pemilik data kehilangan kesempatan yang sama untuk mereproduksi, menggunakan, dan mendistribusikan data tersebut.

Masalah spesifik lain yang terlibat dalam perdebatan pola gelap dapat diantisipasi: kaburnya garis antara iklan dan informasi. 'Di antara praktik yang dapat mengancam otonomi konsumen adalah bentuk iklan terselubung, yang sering terjadi di platform online. Praktik-praktik ini dimungkinkan oleh kenyataan bahwa batasan antara informasi asli (atau rekomendasi) dan iklan menjadi kabur dalam konteks interaksi online antara pedagang dan konsumen. Platform digital cenderung memanfaatkan ketidakjelasan ini'²⁹.

Ada banyak keadaan yang tidak secara jelas menyatakan fakta bahwa komunikasi mempunyai tujuan komersial. Hal ini menjadikan praktik ini tidak adil berdasarkan ketentuan UCPD, yang menyatakan bahwa segala bentuk komunikasi komersial harus dapat diidentifikasi oleh penerima komunikasi tersebut. Mengenai situasi ini, Direktorat Praktik Komersial Tidak Adil yang dibentuk oleh Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) Italia telah menggarisbawahi kesulitan dalam mengalokasikan tanggung jawab untuk melaksanakan tugas memberikan nasihat tentang niat untuk beriklan: penting untuk menentukan apakah pemasok atau pemberi pengaruh yang harus memberikan saran tentang niat beriklan, dan potensi peran platform untuk menjamin transparansi mengenai hal tersebut³⁰.

3.3 IKLAN DAN LAYANAN HUKUM YANG DIPERSONALISASI

Pertumbuhan yang berkelanjutan dan dampaknya terhadap pilihan konsumen atas praktik digital yang dipersonalisasi³¹, seperti peringkat, pengungkapan yang diprofilkan, dan harga yang dipersonalisasi, saat ini mengarahkan para pakar berpengaruh untuk

²⁸ Mengenai masalah ini lihat Sjef van Erp, 'Ownership of data: the numerus clausus of legal Objects' (2017) 6 Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal 235-257.

²⁹ Montinaro (n 40).

³⁰ Lihat beritanya di: <<https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2007/8/alias-1160>> diakses 28 April 2023

³¹ Lihat Quentin, Carmon, Wertenbroch (n 8). Para penulis menggarisbawahi bahwa fenomena 'personalisasi' "di satu sisi dapat berkontribusi terhadap kesejahteraan konsumen dengan membuat pilihan konsumen menjadi lebih mudah, praktis, dan efisien. Di sisi lain, hal-hal tersebut juga dapat melemahkan rasa otonomi konsumen, yang jika tidak ada otonomi dapat merugikan kesejahteraan konsumen. Dengan memanfaatkan beragam perspektif mulai dari pemasaran, ekonomi, filsafat, ilmu saraf, dan psikologi, kami mengeksplorasi bagaimana rasa otonomi konsumen dalam membuat pilihan memengaruhi kesejahteraan mereka».

mendiskusikan perkembangan teoritis hukum yang provokatif³², yaitu 'hukum yang dipersonalisasi'.³³ Secara praktis, perspektif (baru) ini telah dikemukakan di kedua sisi Atlantik dan, sebagaimana telah disebutkan dalam pendahuluan, perspektif ini menjelaskan bagaimana algoritma dan Big Data dapat berkontribusi dalam membentuk struktur dan ruang lingkup hukum berdasarkan studi tentang hukum, perilaku dan sikap individu.³⁴

Dengan kata lain, tren yang sedang berlangsung didasarkan pada gagasan 'norma hukum yang terperinci'³⁵, yang secara intuitif merupakan kebalikan dari hukum tradisional Negara yang diatur oleh supremasi hukum, di mana norma-norma umum dan abstrak menjamin perlakuan yang sama terhadap warga negara tanpa berada di bawah pengaruh kepentingan individu atau kelompok. Kritik umum yang ditujukan terhadap tradisi legislatif barat historis yang didasarkan pada prinsip-prinsip umum adalah risiko perlakuan yang tidak setara. Dengan menggunakan data yang diperoleh melalui teknik kecerdasan buatan dan analisis Big Data, pembuat undang-undang dapat menyesuaikan norma hukum dengan kemampuan kognitif pengguna, kepribadian, dan fitur nyata lainnya. Konsekuensinya, ia dapat memperkuat peralihan dari kesetaraan formal ke kesetaraan substansial. Nilai ini merupakan ruang lingkup hukum privat yang telah menjadi ciri badan hukum ini sejak abad ke-20 ketika hukum harus mempertimbangkan kelemahan sosio-ekonomi dan relasional³⁶. Jika aturan standar kini menyerahkan landasan pada aturan yang dipersonalisasi, maka akan ada permasalahan kritis yang berbeda dibandingkan dengan masa lalu.

Saat ini, kombinasi teknologi canggih dan analisis perilaku mewakili pendekatan untuk mengatasi kesulitan yang melekat pada proses abstraksi induktif, yang terdiri dari menyimpulkan prinsip umum dari analisis berbagai kasus. Aturan hukum yang terperinci dapat memberikan respons yang lebih baik terhadap kebutuhan spesifik. Dalam hal ini, disebutkan

³² Beberapa pakar menganggap 'hukum yang dipersonalisasi' sebagai gagasan yang provokatif karena menantang pilar utama sistem hukum kita: kesetaraan di bawah hukum. Lihat Horst Eidenmueller, 'Mengapa Personalized Law?' (2021) U Chi L Rev <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3969934> diakses 20 Oktober 2022

³³ Artikel penting tentang personalisasi ditulis oleh Ariel Porat, Lior Jacob Strahilevitz, 'Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data' (2014) 112 Mich L Rev 1417. Penulis menggarisbawahi bahwa personalisasi dapat digunakan untuk merancang pengungkapan yang disesuaikan dengan individu tertentu untuk meningkatkan relevansi informasi dan mengurangi risiko kelebihan informasi. Berbagai bidang hukum menarik dengan proses personalisasi: Christoph Busch, 'The Future of Pre-contractual Information Duties: From Behavioral Insights to Big Data', dalam Christian Twigg-Flesner (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (Elgar 2016) 221-225; Tembot Z. Misostishkhov, *Hukum yang Dipersonalisasi dan Hak-Hak Fundamental* (2020) 1(4) *Jurnal Hukum Digital* 56-73; Omri Ben-Shahar, Ariel Porat, 'Personalisasi Hukum Kelalaian' (2016) 91 NYU L Rev 627; Philipp Hacker, 'Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates' (2017) 25 *Eur Rev Private L* 651. Di antara profesor hukum paling proaktif yang mendiskusikan keuntungan hukum yang dipersonalisasi sebagai kerangka baru untuk penelitian hukum, hal ini penting merujuk, khususnya, kepada: Christoph Busch, Alberto De Franceschi, *Algorithmic Regulation and Personalized Law*. Buku Pegangan (Nomos 2021); Alberto De Franceschi, Christoph Busch, 'Norma hukum granular: Big Data dan personalisasi hukum privat', dalam Vanessa Mak, Eric T. Tai, Anna Berlee (eds.), *Buku pegangan penelitian tentang ilmu data dan hukum* (Edward Elgar 2018) 17

³⁴ Buku terkemuka di bidang hukum personal Busch, De Franceschi (n 172) 1. Inilah sebabnya mengapa sebagian besar penjelasan yang diberikan dalam paragraf ini berhutang budi pada buku ini.

³⁵ Busch, De Franceschi (n 172), 408-424

³⁶ Lihat Pietro Sirena, 'Personalization in Contract, Consumer and Tort Law ('Granular Legal Norms' in the Financial Services Trade)', dalam Busch, De Franceschi (n 172) 189

bahwa 'teknologi dapat memungkinkan penyesuaian kembali hubungan antara keadilan individu dan kepastian hukum'³⁷. Mengingat perhatian yang dicurahkan pada halaman-halaman sebelumnya terhadap kontribusi disiplin ilmu lain, seperti ekonomi perilaku, maka tepatlah jika kita menguraikan secara singkat perdebatan dan unsur-unsur utama hukum yang dipersonalisasi, dimulai dengan relevansinya dari perspektif hukum komparatif, dan manfaatnya. interkoneksi dengan bidang ilmu lain; para kritikus terkemuka, dan akhirnya apa yang berubah dalam hubungan antara hukum dan individualitas.

Pertama-tama, para pembanding mencatat bahwa gagasan hukum yang dipersonalisasi bukanlah gagasan yang orisinal; namun hal ini berakar pada metode common law yang berbasis kasus, dimana norma-norma disesuaikan dengan hubungan antar pihak dan sikap mereka³⁸. Zeno-Zencovich mencatat bahwa:

'norma-norma granular (hanya?) adalah kembali ke masa lalu. Seseorang merusak aturan umum dalam ribuan, jutaan kemunculannya dan menerapkannya secara kasuistis. Namun dalam kasus ini, restrukturisasi tidak dilakukan melalui analisis preseden yang mikroskopis, namun melalui teknologi digital yang menganalisis data mengenai pihak-pihak yang terlibat, keadaan, tujuan (misalnya efisiensi) yang mampu menetapkan, ex ante, aturan individual'.³⁹

Analisis hukum yang lebih mendalam menunjukkan bahwa norma-norma yang terperinci tidak ada dalam tradisi Eropa. Tidak diragukan lagi, kebutuhan akan 'tata kelola yang baik' dalam undang-undang yang dipersonalisasi muncul: untuk mempertimbangkan wawasan teknologi dan perilaku dalam intervensi hukum, penting untuk mengenali potensi kelemahan yang melekat. Keraguan dan kritik berkaitan dengan elemen struktural yang sama dari personalisasi modern, yaitu teknologi dan analisis perilaku. Mengingat potensi bias, tidak semua orang bertindak dengan cara yang sama (bias). Inilah sebabnya elemen perilaku mempersulit kebijakan dan standar peraturan⁴⁰. Terlebih lagi, dari perspektif wawasan teknologi, operasi algoritmik tidaklah 'netral' karena, pada akhirnya, bergantung pada pilihan perancang, dan akibatnya operasi tersebut rentan terhadap bias, kepentingan. , dan pilihan strategis manusia.⁴¹

Bagi Casey dan Niblett, pertanyaan mendasar mengenai hukum yang dipersonalisasi adalah: (1) sumber dan kualitas data, (2) diskriminasi dan bias, (3) intervensi manusia, (4) transparansi data, dan (5) peraturan penyedia layanan⁴². Pada dasarnya, kualitas data yang

³⁷ ibid, 415.

³⁸ Vincenzo Zeno Zencovich, "'Kontrak Cerdas", "Norma Granular" dan Non-Diskriminasi', dalam Busch, De Franceschi (n 172) 264-278

³⁹ ibid, 275. Penulis memberi nasihat tentang batasan generalisasi tersebut.

⁴⁰ Philipp Hacker, 'Kesenjangan Perilaku. Kritik terhadap Penerapan Hukum Perilaku dan Ekonomi yang Berbeda di AS dan UE' (2015) 1 Tinjauan Eropa terhadap Hukum Kontrak 327-343.

⁴¹ Mirelle Hildebrandt, Laura Tieleman, 'Perlindungan data berdasarkan hukum netral desain dan teknologi' (2013) 29(5) Tinjauan Hukum & Keamanan Komputer 509-521.

⁴² Anthony J. Casey, Anthony Niblett, 'A Framework for the new Personalization of Law' (2019) 86(2) Tinjauan Hukum Universitas Chicago 349. Bagi Penulis, segala sesuatu dalam personalisasi kembali ke tujuan. Jika seseorang mengemukakan manfaat hukum yang dipersonalisasi dengan menggunakan suatu algoritma, kita

diandalkan oleh pembuat undang-undang akan menentukan kondisi algoritma untuk mencapai tujuan undang-undang.

3.4 KELEMAHAN PERSONALISASI

Diskriminasi Algoritmik, Kegagalan, Dan Dampak Meta-Preferensi

Secara hipotetis, kualitas data yang buruk mengenai perilaku pengguna dapat menyebabkan operasi algoritmik yang diskriminatif, dan dalam hal ini, normenguranrma-norma terperinci yang didasarkan pada pengambilan keputusan algoritmik dapat gi atau memperburuk bias yang ada dalam undang-undang. Selain itu, setidaknya ada dua isu penting lainnya yang muncul terkait dengan pilihan manusia dan transparansi. Manusia terlibat dalam semua tahapan: merancang, melatih, dan menilai pengoperasian dan tujuan algoritma. Manusia juga dapat memeriksa dari perspektif ex-post apakah hasil algoritma sesuai dengan misi ex ante yang diberikan. Masih diperdebatkan dalam kondisi apa manusia dapat 'menyimpang' dari pilihan dan keputusan algoritmik, mengikuti jalur yang paling meyakinkan baginya berdasarkan pengetahuan dan pengalaman profesional. Hal ini pada dasarnya bergantung pada bagaimana pembuat undang-undang dapat menggunakan algoritma untuk mempersonalisasi undang-undang. Selama beberapa dekade, algoritma telah menjadi komponen integral dari setiap program komputer. Saat ini, keputusan algoritmik mendominasi banyak aspek kehidupan kita: di luar pelaksanaan operasi komputasi yang rumit, keputusan tersebut sering kali menggantikan kebijaksanaan pilihan manusia.

Dari perspektif ini, diskusi tentang dimensi konstitusional keadilan prediktif relevan sebagai bagian dari lanskap perubahan yang lebih luas yang menggambarkan konstitusionalisme digital⁴³. Dalam keputusan kontroversial tahun 2016 (*State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*)⁴⁴, Wisconsin Mahkamah Agung memutuskan permohonan banding Tuan Eric L. Loomis, yang hukuman enam tahun penjaranya telah dijatuhkan oleh Pengadilan Wilayah. Dalam menentukan hukuman, hakim mengandalkan program COMPAS (Profiling manajemen masyarakat untuk sanksi alternatif), yang dimiliki oleh perusahaan Northpointe (sekarang Equivant), yang menurutnya Loomis diidentifikasi sebagai residivis berisiko tinggi. Meskipun tidak dapat bersifat determinatif, pengadilan yang menjatuhkan hukuman dapat menggunakan penilaian risiko Profil Pelanggar Masyarakat untuk Sanksi Alternatif (COMPAS) sebagai faktor yang relevan untuk hal-hal seperti: (1) mengalihkan pelaku yang berada di penjara berisiko rendah ke penjara alternatif non-penjara. ; (2) menilai apakah pelaku dapat diawasi secara aman dan efektif di masyarakat; Dan (3) memberlakukan syarat dan ketentuan masa percobaan, pengawasan, dan tanggapan terhadap pelanggaran. Penilaian risiko COMPAS dapat digunakan untuk meningkatkan evaluasi, pertimbangan, dan

harus bertanya apakah algoritma tersebut mencapai tujuan hukum. Frank Pasquale, *The Black Box Society: Algoritma Rahasia yang Mengontrol Uang dan Informasi* (Harvard University Press 2015).

⁴³ Mengenai gagasan konstitusionalisme digital, lihat Giovanni De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe. Membingkai Ulang Hak dan Kekuasaan dalam masyarakat Algoritma* (Cambridge University Press 2022).

⁴⁴ *Negara Bagian v. Loomis* 881 NW2d 749 (2016). Negara berpendapat bahwa terdakwa Loomis adalah pengemudi penembakan saat berkendara

penerapan bukti hukuman lain oleh hakim yang merumuskan program hukuman individual yang sesuai untuk setiap terdakwa.

Pengadilan banding menyatakan bahwa penggunaan penilaian risiko COMPAS dalam menjatuhkan hukuman tidak melanggar hak proses hukum Loomis karena ia gagal menunjukkan bahwa pengadilan yang menjatuhkan hukuman bergantung pada gender. Masalah kedua yang disebutkan berkaitan dengan transparansi, kekhawatiran yang terus-menerus tentang algoritma. Dalam arsitektur AI dimungkinkan untuk mengetahui masukan dan keluaran. Sebaliknya, sulit untuk mengetahui 'penalaran' mesin tersebut. Alasan digital ini tidak semudah teknik statistik tradisional dalam memahami peran berbagai variabel dalam proses pengambilan keputusan.

Di antara wawasan teoretis ini, contoh pergeseran yang dipicu oleh proses hukum personalisasi akan berkontribusi untuk memperjelas manfaat analisis topik hukum seperti otonomi konsumen. Di bidang hukum konsumen, evolusi yang relevan mengenai konsumen sebagai subjek menunjukkan perlunya mengatasi definisi hukum Eropa tentang 'konsumen rata-rata' dan bergerak menuju keberagaman 'citra konsumen'⁴⁵. Keberagaman jenis konsumen dianalisis oleh para ahli yang mendukung ungkapan ini berdasarkan perilaku konsumen individu yang berbeda:⁴⁶

'oleh karena itu perhatian tertuju pada konsumen yang rentan, konsumen yang tergesa-gesa; konsumen dengan daya tawar rendah; dan konsumen yang kurang informasi. Berdasarkan taksonomi yang berbeda, gambaran konsumen berikut harus dirumuskan: konsumen yang memiliki informasi lengkap; pencari informasi; orang yang melirik secara pasif; penjambret; konsumen yang tidak rasional; dan konsumen tanpa pilihan'⁴⁷. Singkatnya, Big Data dan regulasi berbasis algoritme dapat mengubah desain dan struktur norma hukum secara mendasar: hukum impersonal yang berdasarkan tipifikasi dapat digantikan dengan hukum yang dipersonalisasi.

Untuk menyimpulkan gambaran umum ini secara komprehensif, potensi kelemahan personalisasi patut mendapat perhatian. Apakah kita yakin bahwa otomasi pasar yang merupakan semacam 'reduksionisme psikologis' tidak mengarah pada tindakan yang salah? Apakah 'preferensi meta' konsumen diperhitungkan oleh algoritme? Pemasaran berbasis data sebagian besar berfokus pada perilaku, dengan mengorbankan proses psikologis tingkat tinggi seperti preferensi, emosi, dan penilaian moral: mesin yang mengungkapkan preferensi konsumen dari penelusuran Google atau riwayat penelusuran di Amazon mungkin mengabaikan proses mental yang mengarah pada perilaku individu. perilaku. Hal ini sangat

⁴⁵ Argumen ini dikemukakan oleh Sirena (n 175) 187-191. Lihat juga Vanessa Mak, Konsumen dalam hukum privat regulasi Eropa, dalam Dorota Leczykiewicz, Stephen Weatherill (eds), Gambaran konsumen dalam hukum UE: undang-undang, pergerakan bebas, dan hukum persaingan (Hart Publishing 2016) 381-400.

⁴⁶ Lihat Fabian Klinck, Karl Riesenhuber (eds.), '§1. Einführung: Das Verbraucherleitbild – Interdisziplinäre und Europäische Perspektiven', dalam Fabian Klinck dan Karl Riesenhuber (eds.), Verbraucherleitbilder: Interdisziplinäre und europäische Perspektiven (de Gruyter 2015); Bastian Schüller, 'Definisi konsumen dalam hukum UE', dalam James Devenny, Mel Kenny (eds.), Perlindungan Konsumen Eropa: Teori dan Praktik (Cambridge University Press 2012) 123; Thomas Wilhelmsson, Dua Belas Esai tentang Hukum dan Kebijakan Konsumen (Departemen Hukum Perdata, Universitas Helsinki 1996).

⁴⁷ *ibid*, 191.

penting dalam konteks di mana konsumen memiliki preferensi aspirasional yang mungkin berbeda dari perilaku mereka di masa lalu, yaitu preferensi meta.

Kaitan antara preferensi dan meta-preferensi sering kali mencerminkan ketegangan yang melekat antara siapa seseorang saat ini dan representasi ideal yang dimiliki dan diinginkan individu tersebut. Dengan mengabaikan preferensi meta (yang mungkin tidak dapat diakses oleh algoritme) dan sebaliknya berfokus pada preferensi yang disarankan oleh pilihan sebelumnya, pemasaran berbasis data mungkin menghilangkan kemampuan konsumen untuk meningkatkan karakter mereka dan mendorong mereka untuk mengulangi pilihan yang tidak ingin mereka ambil. lagi.

3.5 INKUIRI DAN METODE PENELITIAN

Pertama, kelemahan pendekatan informasi tunggal yang belum terselesaikan dan kesadaran legislator Eropa saat ini mengenai hal tersebut menjadi jelas. Demikian pula, kajian ilmu hukum memicu diskusi mengenai kesesuaian untuk melengkapi pendekatan yang ada saat ini dengan model kebijakan dan perangkat hukum lainnya. Dengan teknologi berbasis data, pentingnya mengintegrasikan wawasan ilmu kognitif ke dalam tujuan regulasi menjadi jelas, karena pengetahuan yang tepat dapat diperoleh, tidak hanya tentang preferensi konsumen dan karakteristik kognitif untuk membuat profil konsumen, namun juga tentang kesalahan persepsi dan kerentanan konsumen seperti yang diamati dalam waktu sebenarnya.

Proposal untuk integrasi yang erat antara wawasan perilaku dan peraturan menjadi lebih penting mengingat fakta bahwa model peraturan dan prototipe hukum yang dapat diterapkan pada teknologi berbasis data masih banyak diperdebatkan. Sebaliknya, teknologi informasi berkembang dan biaya pengumpulan, penyimpanan, dan pemrosesan data menurun. Menganalisis data tidak terstruktur dalam jumlah besar (Big Data) dapat memainkan peran transformatif bagi model untuk melindungi otonomi konsumen.

Permasalahan kritis yang berasal dari skala berbasis data, kekuatan prediktif, dan juga dari alasan fakta masih banyak dan masih kurang dieksplorasi: sumber statistik yang mendasarinya, misalnya, tidak dapat mengenali variabel meta-preferensi konsumen yang dapat, jika dilihat dari kasusnya, Dalam hal ini, menjadi penting untuk mengalihkan pikiran konsumen ke pilihan yang berlawanan dengan pilihan yang diprediksi secara algoritmik. Oleh karena itu, orang tidak boleh menunda pilihan yang relevan dengan identitas mereka pada algoritma tersebut.

Perspektif berwawasan ke depan mengusulkan penerapan peraturan mengenai informasi yang dipersonalisasi berdasarkan perilaku, bukan informasi yang distandarisasi (impersonal), untuk meningkatkan perlindungan otonomi yang memadai.¹⁸⁷ Membangun pendekatan hukum yang dipersonalisasi dengan menggunakan data dan algoritma sudah siap dilakukan.¹⁸⁸ Apakah kita harus menyambut baik transformasi informasi yang bersifat personal? hukum sebagai alat regulasi teknologi yang memperkuat otonomi konsumen? Bagaimana desain digital atau arsitektur digital dapat berkontribusi dalam menegakkan proses data yang adil dan sah serta perlindungan konsumen?

Investigasi akan dilakukan di halaman berikut dengan menganalisis kerentanan konsumen (kognitif) terkait arsitektur dan desain digital. Studi kasus mengenai pola gelap ini akan memberikan contoh betapa cepat dan mudahnya menghapus persetujuan pengguna dengan niat jahat, dan memperoleh tanggapan konsumen yang secara formal sesuai dengan kerangka hukum UE saat ini, namun secara substansial tidak autentik, dan akibatnya menyimpang dari otonomi sebenarnya.

Dalam lingkungan hukum dan teknologi yang berkembang seperti yang dijelaskan, penelitian ini bertujuan untuk menyelidiki ketegangan antara perlindungan hukum formal Eropa saat ini terhadap konsep otonomi multidimensi dan kemanjuran konkritnya, melalui kasus pola gelap. Untuk kerangka rumit ketentuan yang berlaku, analisis ini akan mempertimbangkan aturan utama undang-undang konsumen, undang-undang perlindungan data, dan undang-undang persaingan usaha untuk memahami sejauh mana kerangka tersebut masih efektif, dan gagasan tradisional mana yang memerlukan penafsiran baru.

Penyelidikan penelitian ini, lebih jauh lagi, membahas peran praktis yang dapat dimainkan oleh desain digital arsitektur dalam menghindari jebakan dalam kemanjuran kerangka hukum saat ini, dan dalam membangun perlindungan otonomi konsumen yang efektif. Sub-tujuan yang tersirat akan berkontribusi untuk menganalisis efektivitas dan kekuatan kerangka hukum yang kompleks dan tumpang tindih yang saat ini melindungi pilihan konsumen di bawah pengaruh pola gelap. Dari sudut pandang metodologis, tujuan yang ambisius dan terartikulasi ini memerlukan penerapan perspektif yang mampu mempertimbangkan pendekatan multidisiplin dan empiris, yang menjadi masukan bagi pembuatan kebijakan UE mengenai desain arsitektur digital. Untuk mencapai tujuan ini, analisis harus memanfaatkan kemajuan yang diberikan oleh skenario UU 3.0, sebagai titik awal untuk mengintegrasikan alat normatif dan non-normatif.

BAB 4

OTONOMI BERJUANG DENGAN CARA GELAP

Perspektif Dan Pendekatan Bab

Bab sebelumnya telah membahas arah struktural yang diambil untuk melawan risiko terhadap otonomi konsumen yang ditimbulkan oleh teknologi berbasis data yang bergerak cepat. Berdasarkan premis-premis ini, bab ini bergerak maju, dengan mempertimbangkan bahwa risiko terhadap otonomi pengguna tidak lagi datang hanya dari kuantitas informasi dan transparansi, namun juga, dan terutama, dari faktor-faktor seperti struktur digital yang rumit. Oleh karena itu, persoalan pengendalian arsitektur pilihan, yang berarti bagaimana menilai keadilan, menjadi sangat penting. Dengan demikian, perspektif terhadap perlindungan otonomi menjadi sedikit berbeda: alih-alih berfokus pada solusi bagi konsumen yang dirugikan yang ditawarkan oleh hukum Eropa, analisis ini berpusat pada sifat dan asal usul ancaman, yaitu pola gelap, dengan mengakui ketentuan mana yang menjamin keadilan dan keabsahan hukum. arsitektur pilihan.

Kesimpulannya, penelitian ini mengalihkan fokus dari transparansi ke keadilan karena perlindungan otonomi dalam lingkungan digital berkembang ke arah dua inti: tugas informasi dan desain yang adil. Mengaitkan isu-isu tentang bagaimana antarmuka yang dirancang dapat menjadi desain yang berpusat pada manusia, menghormati pilihan bebas konsumen mengarah pada penyelidikan persyaratan yang harus dipenuhi oleh antarmuka digital: isu kritis mempertanyakan apakah peraturan saat ini dan interpretasi hukum dapat mencukupi untuk mendesain ulang pengungkapan informasi yang memadai atau lebih umumnya, untuk melindungi konsumen dari potensi eksploitasi bias kognitif mereka.

Perhatian khusus akan diberikan pada keefektifan prinsip-prinsip dan perangkat hukum yang ada, seperti persetujuan bebas, yang menjamin bahwa arsitektur digital mematuhi hukum baik secara formal maupun substansial. Misalnya, dalam undang-undang pemasaran dan undang-undang perlindungan data, persetujuan merupakan bagian integral dari pemberdayaan. Perhatian yang sama akan diberikan pada analisis keadilan, sebuah konsep yang umumnya disebut sebagai perilaku manusia, yang saat ini juga menjadi prinsip penting dalam etika AI, yang memodelkan operasi algoritmik sesuai dengan nilai-nilai demokrasi, seperti kebebasan dan kesetaraan¹.

Sederhananya, konsep ketidakadilan, yang dikembangkan dalam undang-undang konsumen, tidak dapat diabaikan ketika menilai strategi eksploitasi data berdasarkan GDPR. Memang benar, GDPR harus dianggap sebagai pilar penting dari undang-undang perlindungan konsumen, bahkan karena GDPR itu sendiri merupakan semacam proses uji tuntas: pengontrol data harus memastikan legitimasi, transparansi, dan keamanan,

¹ Franziska Koefer, Ivo Lemken, Jan Pauls, 'Keadilan dalam sistem keputusan algoritmik: perspektif keuangan mikro' (2023) 88 Makalah Kerja Penelitian dan Analisis Pasar EIF. Bagi para ulama, suatu keadaan dianggap adil, apabila semua orang yang berakal dan sederajat menyetujuinya. John Chapman, 'Teori keadilan Rawls' (1975) 69(2) The American Political Science Review 588-593

menghormati prinsip proporsionalitas, menunjukkan akuntabilitas, dan memastikan pemberdayaan subjek data.

Mengingat relevansi ini, arsitektur desain akan diselidiki sebagai jalur yang berarti menuju respons efektif terhadap perlindungan otonomi subjek data/konsumen. Bidang peraturan yang dipertimbangkan akan terdiri dari dua bidang utama hukum privat, yang terkait erat dan saling melengkapi: hukum perlindungan data dan hukum konsumen. Selain itu, elemen-elemen utama yang saling berhubungan dalam bidang hukum lainnya – hukum persaingan usaha juga akan dipertimbangkan, meskipun sebagian besar secara umum, dengan asumsi bahwa desain digital yang tidak adil juga dapat bersifat anti persaingan, dan akibatnya berdampak pada pilihan konsumen.

Terlepas dari alasan-alasan yang berbeda pemrosesan yang adil untuk undang-undang perlindungan data dan transaksi yang adil untuk undang-undang konsumen. Bab ini mengeksplorasi potensi implisit untuk visi yang lebih holistik mengenai undang-undang konsumen data.² Dari sudut pandang struktural, dampak pola gelap pada beberapa kebijakan tersebut akan ditekankan, beserta keterkaitannya dan efektivitasnya terhadap perlindungan otonomi yang substansial. Selain itu, amandemen yang sesuai akan diusulkan untuk menjadi dasar pembahasan lebih lanjut pada Bab III.

4.1 POLA DESAIN DAN FENOMENA POLA GELAP YANG MENYEBAR LUAS

Seperti yang diantisipasi dalam Bab I (bagian 2.3), fenomena yang sedikit berbeda dari penyenggolan saat ini mengkhawatirkan para legislator di Eropa, dan banyak negara lainnya: pola gelap yang mengeksploitasi bias untuk secara eksklusif mengejar kepentingan operator hingga merugikan kepentingan pengguna, atau kepentingan publik. Sering kali apa yang tampak sebagai konfigurasi antarmuka web yang dirancang dengan buruk adalah hasil dari pilihan yang dibuat secara khusus untuk menyalahgunakan bias kognitif pengguna, sehingga meningkatkan keuntungan penyedia layanan³. Tujuan jahat ini tidak sesuai dengan desain digital yang benar-benar diharuskan untuk memberikan prioritas pada antarmuka web. perlindungan hak-hak dasar, termasuk hak untuk menentukan nasib sendiri. Hasilnya adalah pola desain yang tidak menjamin transparansi, keadilan, dan kepatuhan terhadap prinsip-prinsip etika dan normatif.

Memang benar, pilihan arsitektur digital mempengaruhi penyajian dan kualitas informasi kepada pengguna dan, akibatnya, keputusan mereka. Desain manipulatif mendorong pengguna untuk melakukan tindakan tertentu secara tidak sadar⁴.

² Helberger dkk. (n 159 Bab I) 1427

³ Tentang bias kognitif: Amos Tversky, Daniel Kahneman, 'Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases' 185 (4157) Science 1124-1131.

⁴ Untuk membaca tentang bagaimana arsitektur dapat memandu perilaku pengguna: Karen Yeung, "Hypnudge": Big Data sebagai mode regulasi berdasarkan desain' (2017) 20(1) Informasi, Komunikasi & Masyarakat 118-136.

Harry Brignull⁵ awalnya mengarahkan istilah pola gelap. Baru-baru ini, upaya penelitian hukum dan dokumen peraturan Eropa berfokus pada mengidentifikasi dan mengklasifikasikan praktik polihidrik yang termasuk dalam label pola gelap.

Melihat kontribusi akademis yang didedikasikan untuk topik ini⁶, pola gelap umumnya diidentifikasi sebagai 'pilihan desain antarmuka pengguna yang menguntungkan layanan online dengan memaksa, mengarahkan, atau menipu pengguna agar membuat keputusan yang tidak diinginkan dan berpotensi merugikan'⁷. Ekonom perilaku lebih memilih untuk menganggap pola gelap sebagai spesies lumpur⁸, sementara peneliti akademis lainnya menganggapnya sebagai jenis manipulasi pasar⁹.

Idenya bukanlah hal baru. Pertama, hal ini mengingatkan kembali pada praktik komersial yang tidak adil. Namun, karena dimensi global e-commerce, pola-pola gelap menjadi lebih canggih, berbahaya, dan tersebar luas di lingkungan digital dibandingkan praktik-praktik tidak adil yang sudah diketahui umum. Pola gelap muncul tidak hanya di spanduk cookie: pola ini juga lazim, dengan variasi, di pengaturan media sosial, e-niaga, dan aplikasi kebugaran yang dipasang pengguna di perangkat seluler mereka. Mereka berkembang biak di chatbots dan asisten virtual yang misinya adalah mempelajari penggunaannya dan menghasilkan pengetahuan untuk membujuk dan secara proaktif terlibat dalam memicu atau bahkan menciptakan kerentanan (baru).

⁵ Harry Brignull adalah pakar dalam Desain Pengalaman Pengguna (atau desain UX). Dia telah mendokumentasikan pola gelap selama lebih dari 10 tahun. Dengan demikian, studi ilmu kognitif dan kebiasaan perilaku manusia digunakan dalam penciptaan pola gelap untuk membawa manfaat eksklusif bagi perusahaan yang memberikan layanan, seperti peningkatan pendapatan sementara atau peningkatan pelanggan atau, dalam hal ini di sini, kumpulan data pribadi yang kemungkinan besar tidak akan diberikan persetujuannya oleh pengguna. Semua informasi dapat ditemukan di Harry Brignull, *Deceptive Patterns. Mengungkap Trik yang Digunakan Perusahaan Teknologi untuk Mengontrol Anda* (Testimonium Ltd 2023). Pada tahun 2010 Brignull mengidentifikasi 12 jenis pola gelap. Pada tahun 2021, jumlah varian pola gelap meningkat menjadi sekitar 27.

⁶ Secara umum, selain taksonomi pola gelap pertama yang diajukan oleh Harry Brignull, terdapat banyak proposal akademis. Seperti yang dikatakan Mark R. Leiser, Wen-Ting Yang, 'Desain manipulatif yang menerangi: Dari 'pola gelap' hingga asimetri informasi dan penindasan terhadap pilihan bebas berdasarkan Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil' (2022) catatan No. 8 SocArXiv. Contoh taksonomi (sebagian tumpang tindih dengan klasifikasi asli Brignull adalah: Gregory Conti, Edward Sobiesk, 'Malicious Interface Design: Exploiting the User' (Proceedings of the 19th International Conference on World Wide Web 271, 2010), 272-273 di < <https://doi.org/10.1145/1772690.1772719>> diakses 27 September 2021; Colin Gray, Yubo Kou, Bryan Battles, Joseph Hoggatt, Austin Toombs, 'The Dark (Patterns) Side of UX Design' (Prosiding Konferensi CHI 2018 tentang Faktor Manusia dalam Sistem Komputasi, Artikel no. 534, 2018); Arunesh Mathur, Gunes Acar, Michael Friedman, Elena Lucherini, Jonathan Mayer, Marshini Chetty, Arvind Narayanan, 'Pola Gelap dalam Skala: Temuan dari Perayapan 11 Ribu Situs Web Belanja' (2019) 3 Prosiding ACM tentang Interaksi Komputer Manusia 81, 82; Şebnem Özdemir, 'Digital Nudges and dark pattern: The angels and the archfiends of digital communications' (2020) 35 Digital Scholarship in the Humanities 417; Giuseppe Versaci, 'Consenso al trattamento dei dati personali dan pola gelap tra opzionalità dan condizionalità' (2022) 5 NLCC 1130; Midas Nouwens, Ilaria Licciardi, Michael Veale, David Karger, Lalana Kagal, 'Pola Gelap setelah GDPR: Menghapus pop-up persetujuan dan Mendemonstrasikan Pengaruhnya' (2020) 1-13.

⁷ Shruthi Sai, Chris Watkins, Lucca McKay, Colin M. Gray, 'Nothing Comes Before Profit': Asshole Design In the Wild' (2019) Konferensi CHI tentang Faktor Manusia dalam Sistem Komputasi 1-6

⁸ Cass Sustain, 'Sludge and Ordeals' (2019) 68 Duke LJ 1843-1883; dan Richard H. Thaler, 'Nudge, Not Sludge' (2018) 361(6401) Sains 431.

⁹ Ryan Calo, 'Manipulasi Pasar Digital' (2014) 82 Geo Wash L Rev 995-1051; dan Jon D., Hanson, Douglas A. Kysar, 'Menganggap Behaviorisme Serius: Masalah Manipulasi Pasar' (1999) 74 NYU L Rev 632-749.

Praktik-praktik ini berdampak pada konsumen dalam berbagai cara: mereka dapat menyesatkan mereka, mengubah pilihan dan perilaku mereka, atau membuat keputusan tertentu menjadi lebih penting, lebih sulit, atau lebih mudah diakses. Pola gelap dapat menciptakan perasaan mendesak yang salah, atau ketakutan 'ketinggalan' (misalnya, penggunaan pesan 'permintaan tinggi'), atau perasaan bersalah melalui pengaruh sosial atau tekanan teman sebaya, atau pola tersebut dapat menghalangi atau membingungkan konsumen. , juga dengan menyelundupkan barang ke keranjang belanja. Setiap bentuk pola gelap tertentu, dan akibatnya penilaian hukumnya, bergantung pada bagaimana dan untuk tujuan apa pola tersebut digunakan (misalnya, 'pernyataan persetujuan yang telah dirumuskan sebelumnya', 'kontrak clickwrap', dan 'dinding cookie' yang secara khusus bertujuan untuk menghilangkan persetujuan).

Dalam skenario yang beragam tersebut, Luguri dan Strahilevitz mengamati bahwa penelitian gelombang pertama berupaya menciptakan taksonomi pola gelap yang bermanfaat, sementara gelombang kedua para sarjana menetapkan semakin lazimnya teknik-teknik ini¹⁰. Tujuan keseluruhan dari berbagai taksonomi adalah untuk memahami mengatasi tantangan hukum di balik pola gelap, terutama bagaimana perancang memengaruhi proses pengambilan keputusan subjek data¹¹.

Untuk cakupan buku ini, tidak perlu disajikan secara utuh cakupan kategorisasi yang dikemukakan para akademisi. Saya akan membatasi deskripsi pola gelap pada satu-satunya dokumen resmi yang mendisiplinkan fenomena tersebut¹². Otoritas Eropa¹³ baru-baru ini menerbitkan taksonomi DP yang diterima secara umum. Secara khusus, model referensi didasarkan pada konten dan jenis antarmuka: upaya tersebut dilakukan oleh Dewan Perlindungan Data Eropa (Edpb) berdasarkan Pasal 60 GDPR. Dewan menerbitkan Pedoman 3/2022 yang didedikasikan untuk Pola gelap di antarmuka platform media sosial: cara

¹⁰ Jamie Luguri, Lior Strahilevitz, 'Shining a Light on Dark Patterns' (2021) 13(1) Journal of Legal Analysis 43. Penulis maju dalam bidang penelitian ini, mengusulkan untuk menjawab pertanyaan yang berhubungan dengan efektivitas pola gelap.

¹¹ Luiza Jarovsky, 'Pola Gelap dalam Pengumpulan Data Pribadi: Definisi, Taksonomi, dan Keabsahan' (1 Maret 2022), tersedia di: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4048582> diakses 10 Juni 2022.

¹² Penggunaan istilah 'pola gelap' yang terus menerus dapat memicu perselisihan yang semakin besar antara para ahli hukum dan komunitas multidisiplin HCI. (Penyalahgunaan) penggunaan istilah 'pola gelap' untuk menyerang praktik yang terkesan manipulatif adalah hal yang lazim. Fenomena ini menghambat regulasi yang efektif. Lihat Leiser, Yang (n 6).

¹³ Kekhawatiran mengenai penyebaran pola gelap juga terjadi di negara lain, seperti e-commerce di AS dan Asia Tenggara. Sebuah perusahaan media digital, misalnya, yang melaporkan bisnis dan tren berbasis teknologi yang paling menjanjikan di pasar negara berkembang, mengungkapkan prevalensi desain pengguna yang terinspirasi pola gelap di e-commerce Asia Tenggara. Hampir setiap situs e-commerce di kawasan ini – termasuk Lazada, Bukalapak, Sendo, Tokopedia – membombardir pengunjung dengan antarmuka yang padat, yang bertujuan untuk memenuhi saturasi informasi di layar ponsel yang lebih kecil. Konsumen dibanjiri dengan campuran kaleidoskopik antara kupon dan daftar barang, banyak yang ditandai dengan harga jual nominal. Situs juga menimbulkan rasa urgensi yang salah pada siapa pun yang mungkin baru saja menjelajah, dengan menggunakan 'penjualan kilat' setiap jam ditambah dengan notifikasi stok yang sedikit untuk memanfaatkan bias kelangkaan dan mendorong pengguna untuk menambahkan item ke keranjang mereka – menempatkan mereka satu langkah lebih dekat ke sebuah transaksi. Kini tersedia <<https://kr-asia.com/>>.

mengenali dan menghindarinya¹⁴, sebuah dokumen hukum lunak yang ditujukan kepada desainer untuk menghindari masuknya pola gelap ke dalam situs, platform sosial, dan platform manajemen izin (CMP) di situs web untuk mengelola persetujuan privasi pengguna¹⁵.

Penjelasan singkat mengenai karakteristik utama dari setiap kategori yang diusulkan oleh EDPB akan membantu untuk memahami jenis eksploitasi. Kelebihan beban, yang mana pengguna dihadapkan pada sejumlah besar informasi, permintaan, atau opsi yang mendorong mereka untuk berbagi lebih banyak data, atau secara tidak sengaja mengizinkan pemrosesan data pribadi yang bertentangan dengan ekspektasi subjek data. Kategori pertama ini mencakup tiga jenis pola spesifik: dorongan berkelanjutan; labirin privasi; dan terlalu banyak pilihan. Prompt berkelanjutan adalah praktik mengajukan kembali pada setiap akses permintaan informasi yang sama yang awalnya ditolak oleh pengguna. Akibatnya, pengguna akan cenderung memberikan informasi yang diminta agar permintaan tersebut tidak muncul kembali.

Apa yang disebut labirin privasi berbasis konten terjadi ketika informasi perlindungan data, alih-alih ditempatkan ibid, malah berada di tab yang berbeda, sehingga mengakibatkan ketidaknyamanan bagi pengguna. Situasi seperti ini dapat terjadi ketika pemberitahuan privasi disusun untuk mempersulit pengguna membaca dan memahami informasi yang terkandung di dalamnya¹⁶. Dengan pola pilihan yang terlalu banyak, banyaknya pilihan membuat pengguna tidak dapat menentukan pilihan atau mengabaikan beberapa pengaturan, terutama jika informasi tidak tersedia. Hal ini dapat menyebabkan mereka akhirnya menyerah atau melewati pengaturan preferensi perlindungan data mereka.

¹⁴ Dewan Perlindungan Data Eropa (Edpb) 'Pedoman 3/2022 tentang pola gelap di antarmuka platform media sosial: Cara mengenali dan menghindarinya' (versi 1.0), diadopsi pada 14 Maret 2022

¹⁵ Cristine Utz, Martin Degeling, Sascha Fahl, Florian Schaub, Thorsten Holz, '(Un)Informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field' (2019) Prosiding (Konferensi ACM SIGSAC tentang Keamanan Komputer dan Komunikasi) <<http://dx.doi.org/10.1145/3319535.3354212>> diakses pada 10 Januari 2023. Dalam penelitian terbaru ini, sekitar 1.000 CMP (platform pengelolaan izin) dianalisis: setidaknya 57,4% di antaranya menggunakan pola gelap untuk mendorong pengguna mengadopsi opsi yang kurang ramah privasi. Kemudian, 95,8 persen di antaranya tidak memberikan pilihan mengenai persetujuan pemrosesan data pribadi seseorang, atau hanya memberikan opsi untuk menerima pemrosesan dan 'menyesuaikannya' dengan keinginan pengguna yang sebenarnya. Studi yang dikutip juga menunjukkan bahwa tingkat penerimaan opsi privasi meningkat dari 0,16% menjadi 83,55% karena opsi tersebut sudah dipilih sebelumnya oleh penyedia layanan.

¹⁶ Sebuah penelitian di Norwegia menunjukkan bagaimana pola gelap digunakan untuk 'mendorong' pengguna ke opsi yang lebih mengganggu privasi. Studi tersebut dilakukan oleh Forbrukerrådet, sebuah organisasi yang melindungi kepentingan konsumen dan didirikan oleh pemerintah Norwegia. Sebagian dari pekerjaannya mempromosikan hak-hak konsumen, seperti hak atas privasi dan hak untuk mengamankan dan menyeimbangkan kontrak saat membeli produk atau layanan digital. Studi yang dikutip di atas mencakup beberapa elemen yang memanipulasi pengguna agar menyerahkan data mereka di bawah ilusi kendali, penggunaan pengaturan default, penggunaan kata-kata yang menyesatkan, dan pilihan 'arsitektur' situs web yang mengharuskan pengguna untuk memasukkan lebih banyak data. upaya untuk mengambil tindakan untuk melindungi data pribadi mereka, sehingga membuat mereka enggan mengambil tindakan tersebut. Norwegia Forbrukerrådet, Tertipu oleh Desain: Bagaimana perusahaan teknologi menggunakan pola gelap untuk mencegah kita menggunakan hak privasi kita. Forbrukerrådet, Norwegia, 2018, tersedia di: <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2018/06/2018-06-27-ditipu-by-design-final.pdf>

Kelas pola skipping menyebabkan pengguna lupa atau tidak memikirkan semua atau beberapa aspek perlindungan data. Apa yang disebut kenyamanan yang menipu dan tampilannya adalah subkategori. Yang pertama secara eksklusif berkaitan dengan antarmuka. Contohnya adalah fitur dan opsi data intrusif yang diaktifkan secara default: ini merupakan pola gelap karena, biasanya, pengguna tetap menggunakan opsi yang telah dipilih sebelumnya tanpa mengevaluasi opsi lain yang tersedia. Tampilan kedua di sana adalah antarmuka yang digunakan untuk mengalihkan perhatian pengguna ke elemen yang tidak terkait dengan perlindungan data. Sebagai contoh, pengontrol melaporkan melalui teks yang berisi banyak informasi yang tidak relevan dan menghilangkan rincian yang relevan.

Kategori pola pengadukan memengaruhi pilihan pengguna dengan menarik emosi mereka atau menggunakan dorongan visual. Subkategori adalah pengarah emosional dan tersembunyi dalam pola yang terlihat jelas. Yang pertama, pengarah emosional, kata-kata atau visual digunakan dengan cara yang menyampaikan informasi kepada pengguna dengan cara yang sangat positif, membuat pengguna merasa baik atau aman, atau dengan cara yang sangat negatif, membuat pengguna merasa cemas atau bersalah¹⁷. Yang terakhir, opsi visual menggunakan gaya visual untuk kontrol informasi atau data yang menjauhkan pengguna dari opsi perlindungan data yang menguntungkan ke opsi yang tidak terlalu ketat dan dengan demikian lebih invasif.

Pola penghalang menghambat pengguna dalam berbagai cara, seperti menghalangi atau memblokir pengguna untuk mendapatkan informasi atau mengelola data mereka dengan menjadikan tindakan tersebut sulit atau tidak mungkin dilakukan. Subkategorinya adalah jalan buntu, lebih panjang dari yang diperlukan, dan informasi yang menyesatkan. Dalam kasus pertama, beberapa link yang memungkinkan pengguna untuk menggunakan haknya hilang, atau antarmuka tampak tidak responsif terhadap perintah; dalam kasus kedua, perpanjangan proses pemilihan yang tidak perlu dipertanyakan, atau proliferasi langkah-langkah opt-out versus opt-in ditandai dengan antarmuka; dan yang ketiga, digunakan informasi yang menyesatkan, yang membuat pengguna percaya bahwa informasi yang diberikan sangat diperlukan untuk memperoleh suatu hasil. Dalam kasus ini, pola gelap melanggar prinsip minimalisasi, yang mengharuskan pengumpulan dan pemrosesan hanya data yang benar-benar diperlukan untuk mencapai tujuan.

Pola yang berubah-ubah menghasilkan desain yang tidak jelas: antarmuka tidak konsisten dan menyulitkan pengguna untuk menavigasi alat kontrol perlindungan data dan memahami tujuan pemrosesan.

Kurangnya hierarki dan dekontekstualisasi adalah subkategori. Kasus pertama terjadi ketika informasi yang diberikan kepada pengguna tidak dibagi menjadi beberapa bagian atau paragraf, sehingga sulit untuk membacanya, atau ketika platform sosial sedikit berbeda dari

¹⁷ Menarik untuk dicatat sejak awal bahwa mempengaruhi keputusan dengan memberikan informasi yang bias kepada individu secara umum dapat dianggap sebagai praktik yang tidak adil, bertentangan dengan prinsip keadilan dalam pemrosesan yang diatur dalam Pasal 5 (1) (a) GDPR. Hal ini dapat terjadi di seluruh pengalaman pengguna dalam platform media sosial. Namun, efek yang menggugah bisa sangat kuat, pada tahap proses pendaftaran, mengingat banyaknya informasi yang mungkin harus dihadapi pengguna selain langkah-langkah yang diperlukan untuk menyelesaikan pendaftaran. Dewan Perlindungan Data Eropa (n 14) 17.

model desain biasanya: ini terjadi ketika dalam versi perangkat yang berbeda. platform sosial pengaturannya ditampilkan dengan simbol yang berbeda. Kasus kedua, yang disebut dekontekstualisasi, terjadi ketika opsi kontrol perlindungan informasi atau data terletak pada halaman di luar konteks dan menjadi sulit ditemukan oleh pengguna karena lokasinya tidak intuitif.

Dengan pola kiri dalam gelap, ketidakpastian muncul karena antarmuka dirancang untuk menyembunyikan informasi atau alat kontrol perlindungan data, atau membuat pengguna tidak yakin tentang bagaimana data mereka diproses dan jenis kontrol apa yang mungkin mereka miliki terhadap data tersebut terkait dengan penggunaan data mereka. hak. Diskontinuitas bahasa, informasi yang bertentangan, atau kata-kata yang ambigu adalah subkategori. Diskontinuitas bahasa terjadi ketika informasi tentang perlindungan data tidak diberikan dalam bahasa resmi negara tempat pengguna tinggal, dan bukan dalam bahasa resmi di negara tempat pengguna tinggal. Informasi yang bertentangan membuat pengguna tidak yakin tentang apa yang harus mereka lakukan dan konsekuensi dari tindakan mereka: misalnya, jejaring sosial memberi tahu pengguna tentang kontrol atas preferensi berbagi mereka, tetapi pada saat yang sama menetapkan bahwa tidak mungkin mengubahnya pada konten yang diposting.

Terakhir, penggunaan kata-kata atau informasi yang ambigu juga bersifat gelap: misalnya, menggunakan kata-kata yang bersyarat atau tidak jelas yang membuat pengguna tidak yakin tentang penggunaan data dan tujuan pengumpulannya; atau menggunakan bahasa tertentu atau teknis yang sulit dipahami oleh rata-rata pengguna. Dari tinjauan singkat ini jelas terlihat bahwa keragaman dan keragaman keadaan telah membentuk permasalahan, terutama di persimpangan antara perlindungan data dan undang-undang konsumen.¹⁸

Dari sudut pandang etika, kekhawatiran pengguna juga meningkat karena pengumpul data memiliki alat untuk memanipulasi informasi individu¹⁹. Mengetahui atau menyimpulkan preferensi seseorang memungkinkan seseorang untuk memberikan pengaruh yang besar terhadap orang tersebut; kita dapat mengetahui tujuan, kelemahan, dan kerentanan mereka, serta kapan dan bagaimana hal tersebut terpengaruh.

¹⁸ Mengenai penerapan Petunjuk Ketentuan Komersial yang Tidak Adil terhadap pola gelap, lihat rekomendasi terbaru dari Organisasi Konsumen Eropa: 'Pola Gelap' dan The Eu Consumer Law Acquis. Rekomendasi untuk penegakan dan reformasi yang lebih baik', 2022<https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2022-013_dark_patterns_paper.pdf> diakses pada 10 Desember 2022. Dokumen tersebut menyatakan: penggunaan praktik tidak adil untuk mendistorsi perilaku ekonomi konsumen bukanlah hal baru, namun perlu dilakukan dimensi baru yang penting sebagai hasil pengumpulan data secara masif dan pemanfaatan teknologi untuk membangun profil konsumen dan mengantisipasi perilaku konsumen. Undang-undang konsumen UE sudah memiliki sebagian kapasitas untuk mengatasi situasi ini, namun saat ini undang-undang tersebut belum ditegakkan secara memadai. Selain itu, undang-undang UE harus diperbarui untuk mengatasi praktik tidak adil ini dan memastikan konsumen tidak dirugikan oleh antarmuka pengguna yang menyesatkan dan teknik personalisasi data (ayat 1).

¹⁹ Bdk. Daniel Susser, Beate Roessler, Helen Nissenbaum, 'Teknologi, otonomi, dan manipulasi' (2019) 8(2) Tinjauan Kebijakan Internet <<https://doi.org/10.14763/2019.2.1410>> diakses pada 23 Agustus 2022.

4.2 POLA GELAP DAN KERUGIAN KONSUMEN

Potensi kerugian material dan non-material yang disebabkan oleh pola gelap bisa bermacam-macam: bisa bersifat ekonomi, seperti pembayaran harga yang lebih tinggi atau berlangganan layanan yang tidak diinginkan; hal ini dapat berupa kerugian privasi, seperti pengungkapan informasi pribadi lebih dari yang diperlukan, atau dengan memberikan persetujuan terhadap praktik privasi yang invasif; hal tersebut dapat menyebabkan tekanan emosional atau psikologis, seperti perasaan bersalah atas pilihan tertentu, perasaan ditipu, takut ketinggalan, tekanan emosional; atau membuang-buang waktu, misalnya, mencoba menghindari penipuan, atau memilih jalur yang 'tidak disukai' untuk memilih pengaturan perlindungan privasi²⁰.

Semua dampak buruk tersebut mempunyai asal muasal yang pasti: distorsi material terhadap pilihan dan perilaku konsumen. Memang benar, banyak ancaman berasal dari eksploitasi bias kognitif, yang menegaskan pentingnya menganalisis konsep kerentanan digital (lihat Bab III).

Pertama, pola gelap memanipulasi konsumen dengan mengubah arsitektur pilihan online dengan cara yang dirancang untuk menggagalkan preferensi pengguna untuk tujuan yang tidak menyenangkan. Hal ini memungkinkan namun secara asimetris rumit bagi pengguna untuk bertindak dengan cara yang konsisten dengan preferensi mereka 'seringkali dengan mendorong pengambilan keputusan Sistem 1 yang impulsif dan menghambat pengambilan keputusan Sistem 2 yang bersifat deliberatif'²¹.

Dengan kata lain, semua dampak buruk yang disebutkan di atas melanggar hak menentukan nasib sendiri: mengingat konsep ini dalam arti luas, hak menentukan nasib sendiri saat ini tidak hanya berkaitan dengan tata kelola data, namun juga mencakup pilihan konsumsi konsumen²². Tradisi hukum Barat berfokus pada perlindungan hak-hak dasar, dan terdapat kasus hukum yang jelas dari waktu ke waktu, yang menafsirkan hak otonomi individu, atau penentuan nasib sendiri, pertama-tama dalam lingkungan offline tradisional²³, dan kemudian berkaitan dengan penentuan nasib sendiri berdasarkan informasi.²⁴

²⁰ Dampak buruk tersebut diidentifikasi oleh David Martin, Pola gelap: dampak terhadap konsumen dan potensi bahaya, dalam Audiensi Publik IMCO 'Pola Gelap dan Bagaimana Praktik Tersebut Membahayakan Konsumen dan Pasar Tunggal Digital' – pertemuan tanggal 16 Maret 2022. Presentasi ini merupakan bagian dari sebuah kegiatan yang mendapat pendanaan berdasarkan hibah operasional dari Program Konsumen Uni Eropa (2014-2020), tersedia di <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/246802/BEUC%20PPT%20Dark%20Pattern%20Hearing%20IMCO-16%20March%202022.pdf> diakses 8 Mei 2023.

²¹ Kahneman (n 85 Bab I).

²² Lihat Leonard Lee, On Amir, Dan Ariely, 'In Search of Homo Economicus: Preference Consistency, Emotions, and Cognition' (2006), tersedia di: <https://ssrn.com/abstract=925978> diakses 13 Januari 2023.

²³ Misalnya, bidang malpraktek medis menunjukkan bahwa, dalam keadaan kritis, penilaian yang seimbang terhadap hak-hak dasar berarti pada akhirnya melindungi hak untuk menentukan nasib sendiri secara bebas atas persetujuan orang tersebut. Untuk ikhtisar lihat Giorgia Guerra, 'Lo «spazio risarcitorio» per violazione del solo diritto all'autodeterminazione del paziente Note a margine di un percorso giurisprudenziale' (2010) II (12) Nuova giur civ comm 617-632

²⁴ Lihat Cécile De Terwangne, The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment (Kantor Publikasi Uni Eropa, 2013 laporan ini ditulis untuk Komisi Eropa, 2013, Laporan EUR 26434 EN).

Dimensi spesifik otonomi informasi telah ditafsirkan sebagai makna terkait penentuan nasib sendiri, yang pada gilirannya diperlakukan oleh pengadilan sebagai sebuah konsep yang diturunkan dari hak atas privasi²⁵: kapasitas untuk memilih (lihat Bab I). Beberapa varian kasus hukum yang ditentukan untuk menganalisis otonomi sebagai penentuan nasib sendiri mewakili perkembangan bebas kepribadian dan hubungan antarpribadi, serta kebebasan berpartisipasi dalam masyarakat. Salah satu korelasi otonomi dengan perlindungan penentuan nasib sendiri dihasilkan dari pengaturan pengambilan keputusan transaksional konsumen berdasarkan Art. 2 (k) UCPD. Ini adalah fitur nyata yang dimiliki UCPD bagi konsumen di pasar digital yang sering kali tidak memiliki akses terhadap data relevan tentang pemilihan audiens iklan dan iklan alternatif yang mungkin mereka lihat.

Dalam Trento Sviluppo²⁶, ECJ menyatakan bahwa konsep keputusan transaksional didefinisikan secara luas, karena 'mencakup tidak hanya keputusan apakah akan membeli suatu produk atau tidak, namun juga keputusan yang terkait langsung dengan keputusan tersebut, khususnya keputusan untuk membeli suatu produk atau tidak. memasuki toko'²⁷. Penting untuk dicatat bahwa formulasi 'menyebabkan atau mungkin menyebabkan' tidak memerlukan bukti adanya distorsi nyata dalam pengambilan keputusan konsumen. Pertimbangan hipotetis mengenai kemungkinan terjadinya distorsi saja sudah cukup untuk melewati ambang batas.

Risiko yang terkait dengan upaya persuasi meningkat karena platform online menggabungkan penggunaan data pribadi secara ekstensif dengan antarmuka yang dirancang untuk membentuk arsitektur pilihan. Menurut beberapa pakar, platform online menerapkan berbagai bentuk pengawasan dan manipulasi pengguna²⁸. Asimetri informasi antara konsumen dan pedagang, seperti biasa, merupakan suatu hal yang umum, karena mengacu pada fakta bahwa pedagang memiliki lebih banyak informasi dibandingkan konsumen mengenai suatu produk. : menyembunyikan informasi, keterlambatan dalam memberikan informasi, atau memberikan informasi yang salah merupakan kemungkinan penyebab asimetri informasi. Konsep asimetri yang sedikit berbeda mencirikan fitur dalam lingkungan digital yang menjadi fitur struktural, yang akan dibahas lebih lanjut pada Bab III.

Pengambilan keputusan yang tepat memerlukan kendali atas informasi pribadi (misalnya data sensitif, data biometrik). Hal ini berarti hak individu untuk menentukan informasi mana tentang dirinya yang akan diungkapkan, kepada siapa dan untuk tujuan apa.

²⁵ Pengakuan atas hak otonomi pribadi sebagaimana tercantum dalam hak untuk menghormati kehidupan pribadi yang dilindungi oleh pasal 8 ECHR, lihat ECtHR, *Evans v. United-Kingdom*, 7 Maret 2006, req. n° 6339/05; dan di ECtHR, *Tysiac v. Poland*, 20 Maret 2007, req. n° 5410/03; ECtHR, *Daroczy v. Hungary*, 1 Juli 2008, req. n° 44378/05.

²⁶ Kasus C-281/12 Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. mengurung. arl v. Autorità Garante della Concorrenza dan del Mercato EU:C:2013:859, para 36

²⁷ ibid

²⁸ Lihat para pakar mengenai regulasi pengawasan pasar: mis. Christoph Busch, 'Memikirkan Kembali Aturan Kewajiban Produk untuk Pasar Online: Perspektif Komparatif (Konferensi Cendekiawan Hukum Konsumen di Boston' (4-5 Maret 2021), <<https://ssrn.com/abstract=3784466>> atau <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3784466>> diakses 20 Juli 2022.

Gagasan mengenai penentuan nasib sendiri berdasarkan informasi, yang pertama kali diperkenalkan oleh Mahkamah Konstitusi Jerman²⁹, kemudian memasuki tingkat Eropa melalui hak atas data pribadi. Pengadilan Hak Asasi Manusia Eropa memperoleh dimensi privasi baru ini dari Pasal 8 ECHR³⁰. Sejak tahun 1981, Dewan Eropa (Konvensi 108) telah menetapkan perlindungan terkait pemrosesan data pribadi secara otomatis³¹. Piagam Hak-Hak Dasar Uni Eropa adalah katalog umum internasional pertama mengenai kebebasan dan hak-hak dasar yang menyebutkan hak atas perlindungan data sebagai hak yang otonom dan dilindungi³².

Dalam kasus-kasus yang merugikan hak otonomi informasi konsumen, yurisprudensi Eropa mempunyai posisi yang sudah mapan mengenai sifat persetujuan subjek data atas pembuangan datanya. Hakim mengadopsi, serta interpretasi terbaru yang membahas profil paling inovatif pada subjek, untuk melindungi penentuan nasib sendiri pengguna dan siapa yang menjadi korban mekanisme pola gelap, atau web scraping.

Namun demikian, dampak pola gelap terhadap otonomi konsumen, seperti yang telah dijelaskan di Bab 1, sedikit berbeda: praktik bisnis berbasis data semakin banyak digunakan untuk mengembangkan permintaan palsu yang lebih efektif untuk menarik perhatian konsumen dan mempengaruhi mereka, yang didefinisikan sebagai bentuk manipulasi yang manipulatif. *hypernudging*³³. Hal ini mengakibatkan berkurangnya otonomi pengguna karena melemahkan keaslian informasi dan kemampuan untuk mengambil keputusan dengan melakukan intervensi terhadap informasi tersebut. Inilah sebabnya mengapa penting untuk melakukan individualisasi koordinat legislatif yang sudah berlaku untuk melindungi otonomi konsumen digital dalam keadaan seperti itu, artinya ketika arsitektur pilihan mengarah pada modifikasi perilaku konsumen. Selain itu, karena sifat potensi kerugian dari pola gelap, isu yang diperdebatkan dalam kasus hukum adalah mengenai kerugian non-materi. Pertanyaan bagi perusahaan adalah apakah pelanggaran terhadap GDPR dalam pemrosesan data pelanggan, dan risiko yang diketahui dari klaim ganti rugi juga menimbulkan klaim atas kerusakan non-materi berdasarkan Pasal 82 GDPR. Dengan kata lain, jika terdapat pelanggaran yang terkonfirmasi terhadap ketentuan GDPR, selain risiko yang diketahui dari klaim ganti rugi, pihak yang dirugikan mempertimbangkan apakah keadaan tersebut juga menimbulkan klaim atas kerusakan non-materi berdasarkan Art. 82(1) GDPR, yang mana penggugat harus menentukan ambang batas keseriusan. Keputusan ECJ baru-baru ini

²⁹ BundesVerfassungsgericht (n 22 Bab I).

³⁰ Lihat, antara lain, E.Ct.H.R., *Rotaru v. Romania*, 4 Mei 2000, appl. no 28341/95, § 43; *Amann v. Swiss*, 16 Februari 2000

³¹ Konvensi Dewan Eropa 108 untuk perlindungan individu sehubungan dengan pemrosesan data pribadi (ETS No 108, 28.1.1981) https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/LIBE/DV/2018/09-10/Convention_108_EN.pdf diakses 12 Juni 2023

³² Piagam Hak-Hak Fundamental Dewan Eropa Uni Eropa, [2016] OJ L C-364/1. Pasal 8.1 menyatakan: «Setiap orang berhak atas perlindungan data pribadi mengenai dirinya».

³³ Bdk. Karen Yeung, 'Hypernudge': Big Data sebagai mode regulasi yang dirancang' (2006) 20(1) *Komunikasi Informasi dan Masyarakat* 1-19.

menyatakan bahwa persyaratan tingkat keseriusan tertentu atas kerusakan non-materi yang disebabkan oleh subjek data tidak sesuai dengan Art. 82 GDPR³⁴.

Peraturan yang berlaku sudah menyajikan elemen-elemen kunci yang harus dipertimbangkan oleh pengontrol dan pemroses ketika merancang perlindungan data, terkait dengan platform media sosial. Berdasarkan Pedoman Edpb 4/2019 tentang pasal 25 Perlindungan Data karena Desain dan Default³⁵, misalnya, mengenai prinsip keadilan, opsi pemrosesan data harus diberikan secara obyektif dan netral, menghindari bahasa atau desain yang menipu atau manipulatif.

Pedoman 4/2019 juga mengidentifikasi elemen-elemen yang harus memenuhi Perlindungan Data Secara Default dan Perlindungan Data Sesuai Desain, yang menjadi sangat relevan untuk perlindungan terhadap pola gelap: pedoman ini menyatakan bahwa subjek data harus diberikan otonomi setinggi mungkin untuk menentukan penggunaannya. dibuat atas data mereka, serta otonomi atas ruang lingkup dan kondisi penggunaan atau pemrosesan tersebut. Keseimbangan kekuatan harus menjadi tujuan penting dari hubungan pengontrol-subjek data. Jika tidak mungkin menghindari ketidakseimbangan kekuatan, pengontrol data harus mengenali dan mempertimbangkan tindakan penanggulangan yang sesuai. Informasi dan pilihan pemrosesan data harus diberikan secara obyektif dan netral, menghindari bahasa atau desain yang menipu atau manipulatif. Pengendali harus memberikan informasi yang tersedia tentang cara mereka memproses data pribadi.

Mereka tidak boleh 'mengunci' penggunaannya dengan cara yang tidak adil. Kapan pun layanan yang memproses data pribadi bersifat eksklusif, hal ini dapat menyebabkan penguncian terhadap layanan tersebut, yang mungkin tidak adil jika hal tersebut mengganggu kemampuan subjek data untuk menggunakan hak portabilitas datanya berdasarkan Pasal 20 GDPR. Untuk memasuki diskusi yang hidup, halaman-halaman berikut pertama-tama akan menguraikan referensi penting dalam hukum Eropa untuk memberikan perlindungan otentik terhadap konsumen terhadap desain yang menipu.

4.3 KERANGKA PERATURAN EROPA DALAM MENGATASI POLA-POLA GELAP

Analisis terhadap dampak kritis terhadap otonomi konsumen, di bawah tekanan pola gelap, menyiratkan kemampuan untuk mengindividualisasikan kerangka peraturan Eropa yang disepakati untuk melindungi konsumen dari penipuan arsitektur digital. Yang memperumit 'adegan' ini adalah faktor yang berkontribusi terhadap realisasi kendali arsitektur digital dengan mempertimbangkan dua lapisan: persyaratan standar-formal dan keadaan khusus yang konkret.

³⁴ Bdk. Karen Yeung, 'Hypernudge': Big Data sebagai mode regulasi yang dirancang' (2006) 20(1) Komunikasi Informasi dan Masyarakat 1-19.

³⁵ Dewan Perlindungan Data Eropa (Edpb), Pedoman 4/2019 tentang Pasal 25 Perlindungan Data Berdasarkan Desain dan Default Versi 2.0 Diadopsi pada 20 Oktober 2020 (Versi 1.0 diadopsi pada 13 November 2019, <https://edpb.europa.eu/edpb_it> diakses 9 Januari 2023.

Muncul interaksi antara berbagai kebijakan yang mungkin dapat diterapkan: ketentuan referensi yang sebagian besar berkaitan dengan undang-undang perlindungan konsumen, perlindungan data, dan persaingan usaha³⁶.

Analisis mengenai keterkaitan antara bidang-bidang hukum privat UE ini bukanlah hal yang baru: hal ini dimulai pada tahun 2014 ketika Pengawas Perlindungan Data Eropa mengusulkannya sebagai topik perdebatan³⁷. Peran yang sangat proaktif dimainkan oleh berbagai Otoritas yang berbeda bahkan dengan hukum yang lunak. Dari perspektif ini, peran yang dimainkan oleh Organisasi Konsumen Eropa (BEUC), dan Dewan Perlindungan Data Eropa (Edpb) harus ditekankan³⁸.

Mempertimbangkan dokumen hukum lunak mengenai pola gelap dan Undang-Undang Konsumen Uni Eropa Aquis³⁹, BEUC merekomendasikan perlunya memperkuat perlindungan yang diberikan oleh Directive 2005/29/EC mengenai praktik komersial yang tidak adil⁴⁰, bersama dengan Directive 2011/83/EU mengenai hak-hak konsumen⁴¹, dan Directive 93/13/EEC tentang ketentuan yang tidak adil dalam kontrak konsumen⁴², dan amandemen selanjutnya yang terjadi dalam Directive (EU) 2019/2161⁴³. Pada bulan April

³⁶ Mark R. Leiser, 'Bab 10: Pola Gelap: Kasus pluralisme peraturan antara konsumen Uni Eropa dan rezim perlindungan data', dalam Eleni Kosta, Ronald Leenes, Irene Kamara (eds), Buku Panduan Penelitian tentang Hukum Perlindungan Data UE (Penerbitan Edward Elgar 2022) 240-269; Philipp Hacker, 'Manipulasi oleh Algoritma. Menjelajahi Segitiga Praktik Komersial yang Tidak Adil, Perlindungan Data, dan Hukum Privasi' (2021) Jurnal Hukum Eropa 1; Mark R. Leiser, Mirelle M. Caruana, 'Pola Gelap: Terang Dapat Ditemukan dalam Rezim Perlindungan Konsumen Eropa' (2021) 10(6) Jurnal Konsumen dan Pasar Eropa 237-251.

³⁷ EDPS, 'Privasi dan daya saing di era big data: keterkaitan antara perlindungan data, undang-undang persaingan, dan perlindungan konsumen dalam Ekonomi Digital' (2014) https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03_26_competition_law_big_data_en.pdf diakses 7 November 2022.

³⁸ Bureau Européen des Unions De Consommateurs (BEUC) adalah organisasi Eropa yang menyatukan berbagai asosiasi perlindungan konsumen dan dengan demikian mewakili banyak pemangku kepentingan. Biro ini terus memantau perkembangan peraturan dan kasus hukum

³⁹ Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC), 'Pola Gelap' dan Aquis Hukum Konsumen UE. Rekomendasi untuk penegakan dan reformasi yang lebih baik' [2022] tersedia di: <<https://www.beuc.eu/publications/dark-patterns-and-eu-consumer-law-acquis/html>> diakses pada 15 Mei 2023. Selain itu, 'Studi Perlindungan Konsumen UE 2.0 – Asimetri struktural di pasar konsumen digital' [2021] yang diterbitkan oleh BEUC mempertimbangkan kerentanan digital pengguna, manajemen izin, asimetri informasi, dan harga yang dipersonalisasi. Dokumen tersebut, khususnya, menawarkan analisis yang cermat dan mendalam mengenai praktik pemberian sanksi terhadap konsumen/pihak yang berkepentingan, serta peraturan yang saat ini dapat diterapkan untuk melindungi mereka

⁴⁰ Parlemen, Petunjuk Dewan 2005/29/EC tanggal 11 Mei 2005 tentang praktik komersial bisnis-ke-konsumen yang tidak adil di pasar internal dan mengubah Petunjuk Dewan 84/450/EEC, Petunjuk 97/7/EC, 98/27/EC dan 2002/65/EC Parlemen Eropa dan Dewan dan Peraturan (EC) No 2006/2004 Parlemen dan Dewan Eropa ('Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil'), dalam [2005] OJ L 149 22-39

⁴¹ Parlemen, Petunjuk Dewan 2011/83/EU tanggal 25 Oktober 2011 tentang hak-hak konsumen, mengubah Petunjuk Dewan 93/13/EEC dan Petunjuk 1999/44/EC dari Parlemen dan Dewan Eropa serta mencabut Petunjuk Dewan 85/577/EEC dan Petunjuk 97/7/EC Parlemen Eropa dan Teks Dewan dengan relevansi EEA [2011] OJ L 304, 64-88

⁴² Parlemen, Petunjuk Dewan 2011/83/EU tanggal 25 Oktober 2011 tentang hak-hak konsumen, mengubah Petunjuk Dewan 93/13/EEC dan Petunjuk 1999/44/EC dari Parlemen dan Dewan Eropa serta mencabut Petunjuk Dewan 85/577/EEC dan Petunjuk 97/7/EC Parlemen Eropa dan Teks Dewan dengan relevansi EEA [2011] OJ L 304, 64-88

⁴³ Parlemen, Petunjuk Dewan (EU) 2019/2161 dari amandemen Petunjuk Dewan 93/13/EEC tanggal 27 November 2019 dan Petunjuk 98/6/EC, 2005/29/EC dan 2011/83/EU Parlemen Eropa dan Parlemen Eropa

2022, Dewan Inovasi UE dan Badan Eksekutif UKM, di bawah mandat Komisi Eropa, menerbitkan laporan 'Studi perilaku mengenai praktik komersial yang tidak adil di lingkungan digital: pola gelap dan personalisasi manipulatif', mengamati kurangnya kesadaran umum tentang ketidakadilan dalam banyak praktik online⁴⁴. Penilaian hukum yang dilakukan untuk studi ini menunjukkan bahwa regulasi komersial yang tidak adil praktik-praktik di lingkungan digital memungkinkan adanya titik temu antara perlindungan konsumen, perlindungan data, dan kebijakan UE terkait lainnya, termasuk undang-undang baru dan masa depan seperti Undang-Undang Layanan Digital, Undang-Undang Pasar Digital, Undang-Undang AI, dan Undang-Undang Data. Hal ini akan terjadi setiap kali eksploitasi data dianggap sebagai praktik komersial yang tidak adil.

Terakhir, dengan taktik gelap, perusahaan teknologi dapat mengecualikan persaingan di pasar digital dan mengambil sumber daya yang diperlukan seperti pembatasan di pasar produk⁴⁵. Sebagaimana dicatat sebelumnya oleh Komisi Eropa⁴⁶, pola gelap merupakan cara manipulatif untuk mendistorsi privasi, dan mengendalikan pemrosesan data pribadi. Pola gelap 'mewujudkan' desain yang kurang transparan dan kualitas pesan yang buruk. Yang penting adalah infrastruktur teknologi yang dikembangkan dan dipasang sebelum menghubungi konsumen. Meskipun merupakan aspek penting, amandemen terhadap UCPD, yang diperkenalkan oleh Pasal 2 m) dan n) Directive (EU) 2019/2161 dan mengacu pada pemerinkatan dan pasar online, tidak secara eksplisit menyebutkan infrastruktur teknologi.

Prinsip transparansi proses data, pertama-tama, diatur oleh undang-undang perlindungan data Eropa, dan kemudian bagi sebagian pakar prinsip ini juga merupakan faktor sah dari 'assisted informed consent' yang tersebar luas dalam undang-undang konsumen⁴⁷. Dalam perspektif undang-undang perlindungan data, diperlukan teknologi yang dirancang sedemikian rupa sehingga privasi terlindungi. Faktanya, 'pemberdayaan dalam undang-undang perlindungan data tidak berarti bahwa subjek data memiliki kendali mutlak atas data

Dewan mengenai penegakan yang lebih baik dan modernisasi peraturan perlindungan konsumen Union, [2019] OJ L 328, 7-28.

⁴⁴ Council, SMEs Executive Agency (EISMEA), 'Studi perilaku tentang praktik komersial yang tidak adil di lingkungan digital: pola gelap dan personalisasi manipulatif' (Kantor Publikasi Uni Eropa 2022).

⁴⁵ Lihat Greg Day, Abbey Stemler, 'Are Dark Patterns Anticompetitive?' (2019) 72(1) Tinjauan Hukum Alabama <<https://ssrn.com/abstract=3468321> atau <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3468321>> diakses pada 10 Oktober 2022. Penulis berpendapat bahwa manipulasi digital, dalam banyak kasus, harus bersifat antikompetitif. Masalahnya adalah antimonopoli biasanya memandang upaya untuk membujuk, atau membujuk, konsumen sebagai bentuk persaingan, atau bahkan perilaku prokompetitif. Kami menunjukkan bahwa manipulasi digital mengikis kemampuan pengguna untuk bertindak rasional, yang memberdayakan platform untuk mengekstraksi kekayaan dan membangun kekuatan pasar tanpa melakukan hal tersebut berdasarkan manfaatnya. Faktanya, ketika para penegak hukum dan pakar antimonopoli mulai menggolongkan privasi konvensional sebagai keuntungan persaingan, penelitian kami menegaskan bahwa penegakan antimonopoli harus melangkah lebih jauh dalam mendorong privasi pengambilan keputusan. Hal ini tidak hanya akan meningkatkan kesejahteraan konsumen dan menciptakan persaingan di pasar digital, namun juga mengisi kesenjangan yang ada dalam undang-undang perlindungan konsumen

⁴⁶ Komisi, 'Komunikasi kepada Parlemen Eropa, Dewan dan Komite Ekonomi dan Sosial Eropa. Final 'Kesepakatan Baru untuk Konsumen' COM/2018/0183

⁴⁷ Willett Chris, Martin Morgan-Taylor, 'Recognising the Limits of Transparency in EU Consumer Law' dalam James Devenney, Mel Kenny (eds), *Perlindungan Konsumen Eropa: Teori dan Praktik* (Cambridge University Press 2012).

apa yang diproses mengenai mereka, atau oleh siapa. Pemrosesan data pribadi harus 'sah', yang mengharuskan aktivitas tersebut juga mematuhi UCPD⁴⁸. Inilah sebabnya mengapa para pakar yang berwenang menekankan bahwa kode privasi harus tertanam dalam infrastruktur itu sendiri.⁴⁹

Menyatakan bahwa 'pemrosesan data pribadi harus dirancang untuk melayani umat manusia', pernyataan 4 GDPR menyarankan bahwa 'privasi berdasarkan desain' (PbD) harus dipahami sebagai konsep langkah-langkah teknologi yang luas dan menyeluruh untuk memastikan privasi melalui penegakan hukum yang memadai (lihat bagian 3.3). Legislator Eropa menyatakan bahwa produsen dan perancang teknologi bertanggung jawab untuk mengevaluasi potensi risiko terhadap data dalam penggunaan layanan mereka, karena mereka dianggap berada pada posisi terbaik untuk mencegah ancaman apa pun terhadap pengguna⁵⁰. Sesuai dengan kewajiban undang-undang perlindungan data yang akan dibahas secara rinci di bagian 4, perlindungan otonomi informasi pengguna akan dipertimbangkan pada tahap perencanaan prosedur dan sistem teknologi informasi⁵¹.

Dari sudut pandang yang berbeda, tinjauan terhadap undang-undang konsumen UE secara horizontal menunjukkan bahwa banyak peraturan konsumen dapat mengatasi desain yang menyesatkan dan tidak adil. Seperti undang-undang perlindungan data, undang-undang konsumen bertujuan untuk memperkuat hak-hak konsumen, dengan perhatian khusus pada kemampuan mereka untuk membuat keputusan yang tepat. Hal ini karena meskipun Kesepakatan Baru untuk Konsumen, yang diadopsi oleh Komisi Eropa pada tahun 2020, berkontribusi dalam memodernisasi konteks dan meningkatkan alat penegakan hukum untuk fitur-fitur pasar baru⁵², peraturan tersebut masih berakar pada peran penting dari pendekatan informasi.

Directive on Unfair Commercial Practices (UCPD) dan Directive on Unfair Terms (UCTD) bertujuan untuk mencapai keadilan di pasar dan memberdayakan entitas kolektif dan konsumen. Pada saat yang sama, Peraturan Perlindungan Data Umum (GDPR) berfokus pada hak dan pemulihan subjek data individu dan penegakan hukum melalui lembaga perlindungan data. Ini menggabungkan perlindungan data dengan aliran bebas data di Pasar Internal.

Sebagaimana akan dibahas lebih lanjut di Bab III, perlu dicatat bahwa pada musim semi tahun 2022, Komisi meluncurkan Pemeriksaan Kesesuaian undang-undang konsumen

⁴⁸ Trzaskowski (n 49 Bab I), 8.

⁴⁹ Mireille Hildebrandt, Beert Jaap Koops, 'The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era' (2010) 73(3) Tinjauan Hukum Modern 428-460

⁵⁰ Di sisi perantara yang terpelajar, lihat antara lain: Robert Cooter, Thomas Ulen (eds.), Law & Economics (edisi ke-5, Pearson Addison-Wesley 2007).

⁵¹ Bert-Jaap Koops, Ronald Leenes, 'Peraturan Privasi Tidak Dapat Dikodekan Secara Keras. Komentar Kritis terhadap Ketentuan 'Privasi berdasarkan Desain' (2014) 28 (2) Hukum Perlindungan Data International Review of Law, Computers & Technology 159-171, 161. Bagi Penulis PbD 'menyiratkan bahwa regulator harus fokus pada pencapaian a pola pikir privasi daripada fokus pada privasi hardcoding'. Peter Schaar, 'Privacy by Design' (2010) 3 Identitas dalam Masyarakat Informasi 267-274.

⁵² Komunikasi Komisi Memberikan Kesepakatan Baru untuk Konsumen Energi, COM/2015/0339 final. Selain itu, lihat kerangka perlindungan konsumen selengkapnya di <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumer-protection-law/review-eu-consumer-law_it> diakses 10 Juni 2022

UE tentang keadilan digital⁵³, dengan tujuan untuk menentukan apakah undang-undang horizontal fundamental yang ada (undang-undang konsumen dan persaingan usaha) masih tetap berlaku memadai untuk memastikan tingkat perlindungan konsumen yang tinggi di lingkungan digital⁵⁴.

Jika kita mempertimbangkan nilai mendasar yang dilindungi oleh hak pengguna untuk mendapatkan informasi, yaitu kebebasan menentukan nasib sendiri⁵⁵, pertanyaan doktrinal dan kebijakan akan muncul. Semua pertanyaan dirangkum dengan baik dalam laporan terbaru Organisasi Konsumen Eropa (BEUC) yang didedikasikan untuk Perlindungan Konsumen UE 2.0. Asimetri struktural di pasar konsumen digital⁵⁶, yang membahas (a) bagaimana konsumen dapat memperoleh informasi yang bermakna tentang isu-isu yang secara teknis rumit seperti pengumpulan data secara online; (b) seberapa realistis pendekatan informed consent pada saat terjadi kelebihan informasi dan perhatian yang terus-menerus terbagi; dan (c) peran apa yang dapat dimainkan oleh GDPR dan undang-undang konsumen dalam membantu konsumen mengelola data mereka setelah izin diberikan (manajemen pasca-persetujuan)⁵⁷. Mengingat pertimbangan tepat waktu yang diungkapkan dalam dokumen dan akibat dari perdebatan yang sedang berlangsung, Pemeriksaan tersebut akan dilakukan dibahas pada Bab III.

Memang benar, potensi penyimpangan yang dapat dipicu oleh pola gelap antara pilihan konsumen dan preferensi asli adalah keadaan yang sulit ditunjukkan oleh prinsip dasar perlindungan atas persetujuan yang diberikan secara bebas, baik untuk subjek data maupun konsumen yang melakukan transaksi.

Dengan kata lain, fokus yang kuat pada informed consent sebagai dasar hukum pemrosesan data dalam transaksi konsumen mungkin tidak selalu memberikan perlindungan optimal terhadap kepentingan konsumen digital. Memang benar, penalaran hukum juga

⁵³ Tentang inisiatif Pemeriksaan Kebugaran pada undang-undang konsumen UE, lihat <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law_en>.

⁵⁴ *ibid*. Pemeriksaan kesesuaian (evaluasi) akan mempertimbangkan undang-undang perlindungan konsumen UE berikut ini untuk menentukan apakah undang-undang tersebut menjamin tingkat perlindungan yang tinggi dalam lingkungan digital: Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil 2005/29/EC; Petunjuk Hak Konsumen 2011/83/EU; Petunjuk Persyaratan Kontrak yang Tidak Adil 93/13/EEC. Komisi sedang mengumpulkan pandangan dan informasi mengenai permasalahan utama di bidang ini, termasuk solusi yang mungkin dilakukan, dan ruang lingkup penyederhanaan dan pengurangan beban. Jadwal Pemeriksaan Kebugaran yang direncanakan memungkinkan Komisi untuk menyelesaikan evaluasi yang komprehensif dan berdasarkan bukti yang mempertimbangkan penerapan perubahan terbaru terhadap arahan ini pada tanggal 28 Mei 2022, yang dihasilkan dari Petunjuk tentang Penegakan dan Modernisasi yang Lebih Baik. UU Konsumen (Petunjuk Modernisasi) dan UU Layanan Digital, UU Pasar Digital, UU Kecerdasan Buatan, dan UU Data

⁵⁵ Baru-baru ini di lapangan: Pixavra Vogiatzoglou, Peggy Valcke, 'Dua dekade Pasal 8 CFR: Eksplorasi kritis terhadap hak fundamental atas perlindungan data pribadi dalam hukum UE', dalam Ronald Leenes, Eleni Kosta, Irene Kamara (eds), *Penelitian Buku Panduan tentang Hukum Perlindungan Data UE* (Elgar 2022) 11-50

⁵⁶ BEUC (Organisasi Konsumen Eropa), 'Perlindungan Konsumen UE 2.0: Asimetri Struktural di Pasar Konsumen Digital', Laporan gabungan dari penelitian yang dilakukan di bawah proyek EUCP2.0 (2021) <[https://dare.uva.nl/personal/pure/en/publications/eu-perlindungan-konsumen-20\(81f5aca7-6b01-4ade-90fa-e02d3024bc3a\).html](https://dare.uva.nl/personal/pure/en/publications/eu-perlindungan-konsumen-20(81f5aca7-6b01-4ade-90fa-e02d3024bc3a).html)> diakses 20 Oktober 2022

⁵⁷ *ibid*

harus mempertimbangkan Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil⁵⁸, Petunjuk Hak Konsumen⁵⁹, dan Petunjuk Ketentuan Kontrak yang Tidak Adil⁶⁰. Subbagian berikut akan menjelaskan bagaimana berbagai kebijakan tersebut menawarkan prinsip dan alat yang relevan untuk penelitian ini. Sebelum melakukan hal ini, beberapa penjelasan umum mengenai interaksi kompleks antara undang-undang perlindungan data dan undang-undang konsumen akan memfasilitasi pemahaman tentang evolusi menuju peran keduanya yang saling melengkapi dan sinergis (bagian 3.1).

4.4 HUBUNGAN UNDANG-UNDANG PERLINDUNGAN DATA DAN UNDANG-UNDANG PERLINDUNGAN KONSUMEN

Khususnya, seiring dengan pertumbuhan pasar digital, perlindungan konsumen dan perlindungan data mulai tumpang tindih dan saling melengkapi satu sama lain. 'Pembayaran melalui data', misalnya, hanyalah salah satu isu yang paling diperdebatkan dalam hubungan antar kebijakan, karena pemrosesan data menjadi bagian dari transaksi pedagang-konsumen⁶¹.

Untuk memahami perkembangan menuju titik-titik kecocokan kedua kebijakan tersebut, ada baiknya dimulai dari perbedaan dan persamaan endemik keduanya⁶². Landasan konstitusional setiap kebijakan berbeda-beda: undang-undang perlindungan data merupakan hak fundamental, berdasarkan pasal 7 dan 8 Piagam Hak-Hak Fundamental Uni Eropa⁶³; sedangkan perlindungan kepentingan konsumen merupakan objek dari Pasal. 169 TFUE, dan peraturan perlindungan konsumen masih merupakan kompetensi pasar internal (ex Art. 114 TFUE).

⁵⁸ Parlemen, Petunjuk Dewan 2005/29/EC tanggal 11 Mei 2005 (n 41 Bab I).

⁵⁹ Petunjuk 2011/83/EU Parlemen dan Dewan Eropa tanggal 25 Oktober 2011 tentang hak-hak konsumen, mengubah Petunjuk Dewan 93/13/EEC dan Petunjuk 1999/44/EC Parlemen dan Dewan Eropa serta mencabut Petunjuk Dewan 85/577/EEC dan Petunjuk 97/7/EC Parlemen dan Dewan Eropa (Petunjuk Hak Konsumen)

⁶⁰ Council Directive 93/13/EEC tanggal 5 April 1993 tentang ketentuan yang tidak adil dalam kontrak konsumen [2003] OJ L 95/29. Caterina Gardiner mencatat bahwa UCTD sudah ada sebelum munculnya e-commerce, dan meskipun ketentuannya berbasis prinsip dan netral terhadap teknologi, kontrol transparansinya belum diuji, juga tidak dipahami dengan baik dalam konteks penyajian istilah-istilah standar secara online. . Untuk analisis lebih lanjut lihat Caterina Gardiner, *Ketentuan Kontrak Tidak Adil di Era Digital* (EE Elgar 2022) 2.

⁶¹ Lihat Seni. 3 Arahkan DPR 2019/771 tanggal 20 Mei 2020 tentang aspek-aspek tertentu mengenai kontrak penyediaan konten digital dan layanan digital (DCD) [2019] OJ L 136/1. Seni. 3 menyatakan, untuk pertama kalinya, bahwa aturan tersebut juga berlaku untuk 'konsumen menyediakan atau berjanji untuk memberikan data pribadi kepada pedagang'.

⁶² Pengakuan mendalam atas perbedaan dan persamaan utama disajikan oleh Dan Jerker B. Svantesson, 'Enter the quagmire – the rumit hubungan antara undang-undang perlindungan data dan undang-undang perlindungan konsumen' (2018) 38(1) *Tinjauan Hukum & Keamanan Komputer* 25-36 ; dan Natali Helberger, Frederik Zuiderveen Borgesius, Agustin Reyna, 'Pertandingan yang sempurna? Melihat lebih dekat hubungan antara undang-undang konsumen Uni Eropa dan undang-undang perlindungan data' (2017) 54(4) *Tinjauan Hukum Pasar Umum* 1427

⁶³ Untuk analisis kritis mengenai pertanyaan apakah hak atas perlindungan data pribadi harus ditafsirkan dan ditegakkan semata-mata, atau terutama, dalam kaitannya dengan hak atas privasi yang disebutkan dalam Art. 8 CRF, lihat Plixavra Vogiatzoglou, Peggy Valcke 'Bab 1: Dua dekade Pasal 8 CFR: Eksplorasi kritis terhadap hak fundamental atas perlindungan data pribadi dalam hukum UE' dalam Eleni Kosta, Ronald Leenes, Irene Kamara (eds.), *Penelitian Buku Panduan tentang Hukum Perlindungan Data UE* (Edward Elgar Publishing 2022) 11

Meskipun undang-undang perlindungan data dalam pemrosesan data pribadi memberikan hak kepada subjek data dan membebaskan kewajiban pada pengontrol data, dasar pemikiran undang-undang konsumen kurang jelas karena tampaknya undang-undang tersebut tidak melindungi hak dasar tertentu. Kita tidak boleh lupa bahwa fungsi utama undang-undang konsumen adalah regulasi pasar, yang menyiratkan peningkatan layanan dan produk yang ditawarkan dengan menghapus perusahaan yang tetap berada di pasar hanya karena praktik komersial yang tidak adil. Perlindungan hak-hak konsumen sangat penting⁶⁴.

Secara umum, objek 'perlindungan konsumen tingkat tinggi' yang dinyatakan dalam Art. Pasal 38 Piagam Hak-Hak Dasar UE pada dasarnya menjawab dua alasan berbeda: (i) untuk melindungi hak dan informasi konsumen, dan (ii) untuk melindungi konsumen dalam situasi di mana mereka bertindak sebagai pihak yang lebih lemah. Undang-undang perlindungan data dan undang-undang konsumen memiliki tujuan yang sama (misalnya untuk menyebarkan inovasi dan mendorong pertumbuhan ekonomi) dan banyak alat hukum untuk mencapai tujuan tersebut. Alat standar yang patut dicontoh adalah persetujuan berdasarkan informasi (informed consent): sarana fungsional untuk mengatasi apa yang disebut asimetri kekuasaan⁶⁵.

Sebelum perubahan lanskap yang dijelaskan sebelumnya (bagian 3), persetujuan merupakan dasar hukum untuk pemrosesan data pribadi yang sah. Pada suatu waktu, undang-undang konsumen menambahkan beberapa persyaratan untuk memberi tahu konsumen ketika personalisasi layanan, produk, dan informasi dipertaruhkan. CRD, misalnya, yang berfokus pada konten digital, mengharuskan perusahaan untuk menginformasikan konsumen tentang pelacakan perilaku konsumen (resital 19, Pasal 5 dan 6 CRD). Analisis teoretis tentang hubungan antara persetujuan atas data dan potensi fungsinya untuk menyimpulkan kontrak merupakan isu utama tentang interkoneksi undang-undang perlindungan data dan undang-undang konsumen.⁶⁶

Terlebih lagi, ketika GDPR diberlakukan, perdebatan tersebut mengubah perspektifnya, karena peraturan tersebut memperkenalkan suatu disiplin Eropa yang otonom untuk persetujuan atas data, yang sepenuhnya otonom dari disiplin nasional mengenai persetujuan, di semua bidang hukum privat spesifik lainnya⁶⁷. Prinsip-prinsip (dan tumpang

⁶⁴ Selain tulisan Micklitz lainnya, lihat Hans-Wolfgang Micklitz, 'The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: a bittersweet polemic' (Kertas Kerja) EUI LAW 2012/03

⁶⁵ Dalam undang-undang perlindungan data, persyaratan formal untuk mendapatkan izin dimaksudkan untuk ditegakkan oleh lembaga pemerintah khusus. Michiel Rhoen, 'Melampaui persetujuan: meningkatkan perlindungan data melalui undang-undang perlindungan konsumen' (2016) 5(1) Tinjauan Kebijakan Internet 1-15

⁶⁶ Antara lain lihat: Claudia Irti, Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali (Giappichelli 2021); Alberto De Franceschi, La circolazione dei dati personali tra privacy dan contratto (Esi, 2017) 72; Giuseppe Versaci, La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori (Quaderni di «Studi Senesi», vol. 5, ESI 2020).

⁶⁷ Elise Poillot, 'La proteksi des données personnelles par le droit européen de la consommation', dalam Mathieu Combet (ed), Le droit européen de la consommation au XXIe siècle. Perspektif État des lieux et (Bruylant 2022) 309

tindih) yang menjadi dasar GDPR merupakan semacam proses 'uji tuntas' bagi pengontrol data⁶⁸.

Saat ini, kekhawatiran terkait dengan efektivitas persetujuan berdasarkan informasi (informed consent) dalam segala situasi di mana manipulasi digital harus dihadapi⁶⁹. Oleh karena itu, analisis peraturan perlindungan data berikut ini pertama-tama akan berfokus pada situasi pelanggaran persetujuan sebagai alat penting untuk melindungi otonomi. sebelum beralih ke peran penting aturan desain, karena informasi yang mudah digunakan dapat membantu konsumen⁷⁰. Kekhawatiran yang sama juga membentuk struktur analisis hukum konsumen.

Sejauh menyangkut ruang lingkup kedua kebijakan tersebut, fakta bahwa undang-undang konsumen bertujuan untuk memberikan konsumen tingkat perlindungan yang memadai (sebagai standar minimum) merupakan perbedaan yang luar biasa; memang benar, undang-undang perlindungan data memberikan keseimbangan yang tepat antara perlindungan data pribadi dan pergerakan bebas data⁷¹. Meskipun undang-undang perlindungan konsumen terlihat hanya menetapkan 'batas' (tingkat minimum) dalam upaya mencapai tingkat perlindungan data yang cukup tinggi. perlindungan konsumen, undang-undang perlindungan data menetapkan batas bawah dan batas atas karena adanya tujuan ganda yang diartikulasikan, yaitu (a) melindungi individu terkait pemrosesan data pribadi dan (b) menyediakan pergerakan bebas atas data tersebut⁷².

Oleh karena itu, perlindungan data bertujuan untuk mengatasi perbedaan kekuasaan, antara lain berdasarkan asimetri informasi dan daya tawar⁷³.

Untuk analisis saat ini, menarik untuk fokus pada hubungan antara kedua kebijakan yang memberikan solusi lebih banyak kepada konsumen dalam kondisi tertentu.

Harus dipertimbangkan bahwa, pada akhirnya, banyak transaksi konsumen untuk layanan online gratis memungkinkan perusahaan mengumpulkan data konsumen. Ada kemungkinan bahwa pelanggaran terhadap persyaratan informasi juga dapat ditafsirkan sebagai praktik komersial yang tidak adil, karena bergantung pada hukum Nasional, kegagalan

⁶⁸ Menurut Jan Trzaskowski, prinsip-prinsip tersebut dapat dikelompokkan dalam tiga pasangan: pemrosesan yang sah (legitimasi, termasuk proporsionalitas); kewajiban pengontrol data (akuntabilitas, termasuk keamanan); hak subjek data (pemberdayaan, termasuk transparansi). Jan Trzaskowski, 'Pemrosesan Big Data dalam Bisnis Kecil yang Sesuai GDPR', dalam Carsten Lund Pedersen, Adam Lindgreen, Thomas Ritter, Torsten Ringberg (eds), *Big Data dalam Bisnis Kecil – Pertumbuhan Berbasis Data di Usaha Kecil dan Menengah* (Edward Elgar 2021). Lihat juga Trzaskowski (n 49 Bab I).

⁶⁹ Sudah cukup lama para ahli sepakat bahwa keterbukaan informasi dan mandat bukanlah solusi untuk setiap permasalahan. Dari sisi pakar hukum konsumen, lihat: Geraint Howells, 'The potensi dan batasan pemberdayaan konsumen melalui informasi' (2005) 32 *Jurnal Hukum dan Masyarakat* 349

⁷⁰ Rayn Calo, 'Melawan skeptisisme pemberitahuan dalam privasi (dan di tempat lain)' (2013) 87 *Tinjauan Hukum Notre Dame* 1027.

⁷¹ Svantesson (n 62 Ch. II), 30. Penulis merangkum perbedaan ini dengan menegaskan bahwa: «undang-undang perlindungan konsumen hanya menetapkan landasan, undang-undang perlindungan data menetapkan landasan dan batas atas».

⁷² *ibid*

⁷³ David W. Slawson, 'Kontrak bentuk standar dan kontrol demokratis terhadap Kekuasaan Pembuat Undang-undang' (1979) 84 *Harvard Law Review* 529

dalam memberikan informasi atau informasi yang menyesatkan dapat mengakibatkan kontrak batal. Dalam kondisi seperti ini, undang-undang konsumenlah yang memberikan upaya hukum berdasarkan kontrak atas pelanggaran persyaratan transparansi⁷⁴.

Dalam banyak peraturan, kebijakan konsumen menyatakan prioritas *lex specialis* (misalnya Pasal 3 Petunjuk Hak Konsumen). Di sisi lain, Pembukaan 42 GDPR menjelaskan dirinya sebagai *lex specialis* untuk memandu bagaimana aturan yang diberikan oleh Council Directive 93/13/ECC berkaitan dengan ketidakadilan yang diterapkan pada data. Selain itu, mengenai ketentuan Pasal 1 GDPR, perlu diperhatikan bahwa undang-undang konsumen dapat dibatasi oleh undang-undang perlindungan data karena alasan mengenai pergerakan bebas data pribadi. Oleh karena itu, berdasarkan undang-undang perlindungan data, pembatasan terhadap undang-undang perlindungan konsumen dilegitimasi. Melihat sifat hubungan ini, dan dengan memperhatikan tingkat harmonisasi hukum privat Eropa tersebut ingin dicapai oleh legislator, Svantesson membedakan dua situasi:

1. Jika undang-undang perlindungan data secara sadar bertujuan untuk membolehkan sesuatu, maka tidak tepat jika undang-undang perlindungan konsumen melarangnya
2. Jika undang-undang perlindungan data tidak mengatur suatu permasalahan tertentu dengan alasan bahwa permasalahan tersebut telah ditangani secara tepat oleh undang-undang perlindungan konsumen, maka diamnya undang-undang perlindungan data jelas tidak merupakan hambatan untuk menegakkan aspek relevan dari undang-undang perlindungan konsumen⁷⁵.

Mengkonkretkan visi teoritis ini dalam situasi praktis, kerangka konsumen dan perlindungan data Uni Eropa tampaknya tidak berfungsi untuk membatasi teknik desain anti-privasi yang tertanam di situs web yang mendorong konsumen untuk menandatangani perjanjian kontrak yang tidak akan terjadi tanpa adanya perjanjian tersebut. penggunaan atau pengaruh pola gelap. Namun, interaksi antara undang-undang perlindungan data dan undang-undang konsumen akan berperan melawan pola gelap. Pedoman UCPD menggarisbawahinya:

‘pelanggaran terhadap GDPR atau Petunjuk ePrivasi tidak selalu berarti bahwa praktik tersebut juga melanggar UCPD. Namun, pelanggaran privasi dan perlindungan data tersebut harus dipertimbangkan ketika menilai keseluruhan ketidakadilan praktik komersial berdasarkan UCPD, khususnya dalam situasi di mana pedagang memproses data konsumen yang melanggar persyaratan privasi dan perlindungan data, yaitu untuk pasar langsung.⁷⁶

Oleh karena itu, klaim tanggung jawab perlindungan data atas pola gelap berpotensi diajukan terhadap pihak ketiga non-pengendali berdasarkan undang-undang konsumen. Potensi kendala yang berkaitan dengan prinsip-prinsip tradisional (misalnya transparansi) akan dibahas karena hal tersebut merupakan inti permasalahan yang dibahas.

⁷⁴ Masalah ini diamati oleh Helberger (n 62 Ch. II) 9. GDPR sering kali terbukti tidak fleksibel.

⁷⁵ Svantesson (n 62 Bab II) 32.

⁷⁶ Komisi, Dokumen Kerja Staf, Panduan mengenai interpretasi dan penerapan Petunjuk 2005/29/EC Parlemen Eropa dan Dewan mengenai praktik komersial bisnis-ke-konsumen yang tidak adil di pasar internal, 2021/C 526/01

Pemahaman mengenai perlunya sinergi yang lebih erat (dan jelas) antara kedua kebijakan tersebut dan alat penegakannya.

BAB 5

PERSPEKTIF HUKUM PERLINDUNGAN DATA

Dalam analisis saat ini berfokus pada dua aspek spesifik yang berkembang dalam undang-undang perlindungan data Eropa yang sangat penting untuk melindungi otonomi: (i) kemajuan jalur yurisprudensi, untuk memahami apakah GDPR mengabaikan cara pengguna 'klik' dapat dimanipulasi oleh pola gelap, dalam apa yang disebut ekosistem klik-bungkus Web 2.0; dan (ii) meningkatnya peran ketentuan 'by design' terkait privasi, transparansi, dan keadilan karena ketentuan tersebut merupakan prinsip penting untuk mencegah pola gelap yang tidak disengaja.

Secara praktis, isu pertama mempertanyakan apakah sebagian besar mekanisme pemberdayaan (misalnya pemberitahuan dan formulir persetujuan) dan prinsip-prinsip yang diterapkan saat ini masih efektif. Laporan ini menyelidiki sejauh mana efektivitas informed consent, yang terutama dijamin oleh Petunjuk ePrivasi khususnya mengenai cookie dan pemasaran langsung, dan berdasarkan pasal 4, 5, 6, 7, 9 GDPR,¹ masih akan menjamin persyaratan mendasar dari sebuah persetujuan yang sah melalui analisis kasus hukum UE terbaru dalam konteks digital berbasis data, dan khususnya dalam kasus di mana persetujuan atas data 'dihapus' oleh mesin, atau diperoleh dengan pola gelap.

GDPR memberikan sedikit panduan tentang bagaimana informasi harus diungkapkan kepada individu untuk memenuhi kewajiban 'keabsahan, keadilan, dan transparansi' berdasarkan Art. 5(1)(a).² Ini bukan satu-satunya ketentuan yang diidentifikasi ditulis dalam bahasa terbuka.³ Definisi luas yang sama juga diadopsi dalam Artt. 13-15, yang menunjukkan bahwa pengontrol data harus memberikan 'informasi bermakna tentang logika yang terlibat' kepada subjek data. Dalam konteks yang diatur oleh algoritme, ketentuan terakhir ini masih belum jelas dan tampaknya tidak berkontribusi dalam penerapan dan jaminan apa yang disebut 'transparansi algoritme'.

Pengguna diminta untuk memberikan persetujuan dengan cara yang sesuai dengan persyaratan GDPR, dengan asumsi bahwa prasyarat ini akan cukup untuk menjamin perlindungan kebebasan memilih.

Sebagaimana digarisbawahi oleh Pedoman 5/2020 tentang persetujuan berdasarkan Peraturan 2016/679:

'umumnya, persetujuan hanya dapat menjadi dasar hukum yang tepat jika subjek data diberikan kendali dan diberikan pilihan yang tulus dalam hal menerima atau menolak ketentuan yang ditawarkan atau menolaknya tanpa merugikan. Saat meminta persetujuan, pengawas mempunyai tugas untuk menilai apakah ia akan memenuhi semua

¹ Untuk kerangka penjelasan komprehensif mengenai ketentuan GDPR yang didedikasikan untuk informasi dan persetujuan, lihat, antara lain, Paul Voigt, Axel von dem Bussche, The EU General Data Protection Regulation (GDPR). Panduan Praktis (Springer 2017).

² Seni. Pasal 5 (1)(a) menyatakan bahwa data pribadi harus: «diproses secara sah, adil, dan transparan mengenai subjek data ("keabsahan, keadilan, dan transparansi")".

³ Katarina Foss-Solbrekk, Ann Kristin Glenster, 'Persimpangan antara hak perlindungan data dan hak istimewa rahasia perdagangan dalam "transparansi algoritmik", dalam Eleni Kosta, Ronald Leenes (eds.), Buku Panduan Penelitian tentang Hukum Perlindungan Data UE (Edward Elgar Publisher 2022) 163.

persyaratan untuk mendapatkan persetujuan yang sah. Jika diperoleh dengan kepatuhan penuh terhadap GDPR, persetujuan adalah alat yang memberikan subjek data kendali atas apakah data pribadi mengenai dirinya akan diproses. Jika tidak, kendali subjek data menjadi ilusi dan persetujuan akan menjadi dasar pemrosesan yang tidak valid, sehingga aktivitas pemrosesan menjadi melanggar hukum'.⁴

Namun hal ini seringkali dianggap sebagai pandangan optimis yang tidak sesuai dengan apa yang terjadi: asumsi otonomi konsumen yang berakar pada undang-undang perlindungan konsumen tidak dapat disimpulkan jika 'aliran informasi' tidak transparan, lengkap, dan bebas atau jika itu hanya secara formal.

Ketentuan GDPR ditulis ketika arsitektur digital gelap belum tersebar luas, oleh karena itu, masih sedikit penelitian yang membahas pentingnya kontribusi yang ditawarkan oleh studi perilaku untuk menguji efisiensi persetujuan.⁵ Edwards mencatat bahwa sebelum GDPR diberlakukan, persetujuan 'adalah sebuah tongkat ajaib yang dapat digunakan oleh layanan online populer mana pun untuk mengamankan aliran pendapatan data pribadi sambil tetap mematuhi hukum'.⁶

Bahkan setelah Peraturan ini diberlakukan, efektivitas perlindungan izin dapat ditingkatkan secara signifikan. Meskipun demikian, fungsi interpretasi Pengadilan Eropa secara konkret menentukan sejauh mana pemenuhan persyaratan GDPR saat ini untuk persetujuan yang diberikan secara bebas masih memadai dan cocok untuk mengatasi tantangan pola gelap, terutama ketika persetujuan atas data merupakan syarat penting untuk menyimpulkan sebuah kesepakatan kontrak.

5.1 PANDANGAN GLOBAL

Memang benar, niat untuk menghindari dampak buruk pola gelap terhadap izin pengguna bukan hanya merupakan tujuan Eropa. Dalam berbagai konteks geopolitik, pembuat undang-undang dan regulator mulai mengatasi kontur ekonomi berbasis data yang lebih luas, mencari solusi operasional dengan, pertama dan terutama, memperkuat perlindungan hak penentuan nasib sendiri terkait informasi melalui penerapan undang-undang. kewajiban transparansi terhadap subjek yang bertanggung jawab atas pengumpulan, penyimpanan, dan pemrosesan data.

Berbagai pendekatan yang diterapkan di berbagai yurisdiksi untuk mengatasi pola-pola gelap, misalnya memperbarui undang-undang yang melarang praktik komersial yang menipu dan curang secara umum; mengembangkan dan mempromosikan panduan tentang bagaimana undang-undang konsumen saat ini berlaku terhadap pola komersial gelap;

⁴ EDPB, 'Pedoman 05/2020 tentang persetujuan berdasarkan Peraturan 2016/679' diadopsi pada 4 Mei 2020, 5, <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_en> diakses 10 Juni 2022. Lihat juga Pasal 29 Pendapat Partai Pekerja 15/2011 tentang pengertian persetujuan (WP 187), 6-8, dan Pendapat 06/2014 tentang pengertian kepentingan yang sah dari pengontrol data berdasarkan Pasal 7 Directive 95/46/EC (WP 217), 9, 10, 13 dan 14.

⁵ Lucilla Gatt, Roberto Montanari, Ilaria Amelia Caggiano, 'Consensus al trattamento dei dati personali dan analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali' (2017) 2 *Politica del diritto* 363-380.

⁶ Lillian Edwards, *Hukum, Kebijakan dan internet* (Hart Publishing 2019).

menerapkan larangan terhadap praktik komersial online tertentu: mengembangkan standar sukarela atau melakukan kampanye kesadaran bisnis dan konsumen.

Dalam sistem AS, perdebatan doktrinal yang aktif telah lama berlangsung mengenai kecukupan pemulihan kontrak biasa bagi pengguna yang dirugikan oleh penyebaran data yang tidak sah atau tidak diinginkan. Perdebatan ini berujung pada pemaparan beberapa RUU di Senat untuk mengatasi penggunaan pola gelap, seperti Undang-Undang Pengurangan Pengalaman yang Menipu terhadap Pengguna Online (yang disebut Undang-Undang Memutar),⁷ yang akan bersandar pada kewenangan Komisi Perdagangan Federal (FTC). untuk membatasi penggunaan pola gelap.⁸ Undang-undang tersebut baru-baru ini dimasukkan ke dalam 'Undang-Undang Kerangka Kerja Amerika untuk Memastikan Akses Data, Transparansi, dan Akuntabilitas' (Undang-undang Data Aman),⁹ yang melarang manipulasi antarmuka pengguna untuk memaksa penggunaan kompulsif.

Selain itu, pada tanggal 15 September 2022, FTC merilis laporan 'Membawa Pola Gelap ke Terang',¹⁰ yang menunjukkan peningkatan penggunaan desain pola gelap yang canggih oleh pengecer yang bertujuan untuk memanipulasi konsumen agar mengambil keputusan yang menguntungkan pengecer dengan mengorbankan konsumen. Laporan tersebut mengkaji penggunaan pola gelap di berbagai industri dan konteks, termasuk e-commerce, spanduk persetujuan cookie, aplikasi anak-anak, dan penjualan langganan. Perusahaan yang menawarkan produk dan layanan konsumen harus memperhatikan laporan FTC dan memastikan bahwa pasar mereka tidak menggunakan taktik yang diidentifikasi dalam laporan tersebut. Lampiran A laporan ini menjelaskan lebih dari 30 pola gelap yang umum: sebuah sinyal yang jelas tentang fokus pengawasan FTC di masa depan.

Dari sudut pandang legislatif, pada tanggal 12 Oktober 2020, Negara Bagian California mengumumkan babak baru modifikasi Undang-Undang Privasi Konsumen California (CCPA),¹¹ termasuk ketentuan baru (Pasal 999.315(h) yang membatasi jumlah langkah yang harus dilakukan. yang diperlukan konsumen untuk tidak ikut serta dalam penjualan informasi pribadi: jumlah langkah tersebut tidak boleh lebih dari jumlah langkah yang diperlukan

⁷ Undang-undang Pengurangan Pengguna Online yang Menipu AS (yang disebut Undang-Undang Memutar) diperkenalkan pada 9 April 2019, oleh Senator Warner, D-Va., dan Fischer, R-Neb.

⁸ Komisi Perdagangan Federal (FTC) AS memberikan perhatian serius terhadap penggunaan pola gelap oleh dunia usaha. Ini mengeluarkan keluhan terhadap Age of Learning karena penggunaan pola gelap yang terlibat dengan layanan mereka ABC Mouse. FTC menuduh ABC Mouse mempersulit pembatalan biaya berlangganan berulang bagi puluhan ribu pelanggan meskipun menjanjikan 'pembatalan mudah'.

⁹ Senator Wicker, Roger F. [R-MS] (Diperkenalkan 28/07/2021).

¹⁰ FTC (laporan staf), Membawa Pola Gelap ke Terang, September 2022. Laporan tersebut menyoroti empat taktik umum: Menyamarkan Iklan yang dirancang agar terlihat seperti konten editorial independen; situs perbandingan belanja yang mengklaim netralitas yang memberi peringkat perusahaan berdasarkan kompensasi yang mereka terima; penghitung waktu mundur yang mengklaim bahwa konsumen hanya memiliki waktu terbatas untuk melakukan pembelian tertentu yang sebenarnya bukan transaksi terbatas waktu; proses pembatalan yang sulit yang membuat penjual langganan menjadi sangat sulit untuk membatalkan meskipun menggembar-gemborkan proses 'pembatalan mudah'. Misalnya, beberapa perusahaan langganan membuat proses pembatalan menjadi sangat lama, mengharuskan konsumen mengklik beberapa halaman promosi, atau sulit menemukannya. Laporan tersebut juga menemukan bahwa beberapa perusahaan menyembunyikan ketentuan mengenai batasan utama pada produk atau layanan secara padat sehingga konsumen tidak melihatnya sebelum membeli, dan perusahaan lain hanya mengiklankan sebagian dari total harga produk untuk memikat konsumen dan gagal mengungkapkan biaya wajib lainnya sampai jauh di kemudian hari dalam proses pembelian.

¹¹ Penasihat Legislatif Negara Bagian California, RUU Majelis No. 375, Bab 55, 2018.

konsumen untuk ikut serta dalam penjualan. Selain itu, peraturan tersebut juga melarang suatu bisnis untuk mewajibkan konsumen membaca daftar alasan untuk tidak memilih keluar saat mencoba memilih keluar (999.315(h)(3).

Persyaratan transparansi dan persetujuan berdasarkan informasi (informed consent) merupakan inti dari Undang-Undang Privasi Konsumen California (CCPA) yang berlaku saat ini, yang melindungi terhadap jenis aktivitas yang mencakup penggunaan pola gelap. Seiring berjalannya waktu, Undang-undang ini telah mengalami banyak amandemen yang memperluas perlindungannya karena pembuat undang-undang telah mengidentifikasi undang-undang ini sebagai alat yang tepat untuk menanggapi isu-isu penting baru yang muncul akibat perkembangan teknologi. Terakhir, Undang-Undang Hak Privasi Konsumen California (CPRA),¹² yang mulai berlaku pada 1 Januari 2023, secara khusus mendefinisikan pola gelap sebagai 'antarmuka pengguna yang dirancang atau dimanipulasi dengan dampak substansial yang menumbangkan atau mengganggu otonomi pengguna, pengambilan keputusan, atau pilihan'. Perjanjian ini juga menyebutkan pola gelap dalam konteks persetujuan pengguna yang sah terhadap pemrosesan data,¹³ dengan mengamandemen Undang-Undang Privasi Konsumen California (CCPA) yang ada untuk memasukkan mandat khusus bahwa 'perjanjian yang diperoleh melalui penggunaan pola gelap bukan merupakan persetujuan' berdasarkan CCPA (Pasal 1798.140(h), sedangkan Pasal 1798.185(a) menunjukkan bahwa Pengacara Umum California harus memastikan bahwa tautan yang digunakan oleh penyedia untuk memungkinkan opsi keluar bagi pengguna tidak menggunakan strategi pola gelap.

Ekspres linguistik yang digunakan di CPRA, serta di yurisdiksi lain, seperti di Colorado dengan Colorado Privacy Act¹⁴, untuk mendefinisikan pola gelap mencerminkan usulan Detour Act 2018. Hal ini mendefinisikan pola gelap sebagai suatu bentuk campur tangan pengambilan keputusan, yang mengandaikan bahwa perusahaan dapat meningkatkan gangguan tersebut dengan menyajikan pilihan kepada pelanggan mereka dengan cara yang netral, atau setidaknya tidak bersifat preferensi diri sendiri.

Memang benar, di A.S., selama bertahun-tahun, kasus data web scraping telah dilaporkan sebagai pelanggaran terhadap Computer Fraud and Abuse Act (CFAA),¹⁵ yang awalnya disahkan oleh Kongres pada tahun 1986 untuk memerangi berbagai bentuk kejahatan komputer, seperti peretasan. dan intrusi tidak sah ke dalam sistem komputer atau database.

¹² Undang-Undang Hak Privasi dan Penegakan California tahun 2020, Versi 3, No. 19-0021,

¹³ Modifikasi terhadap CCPA diusulkan pada bulan Oktober 2020, di antaranya: membatasi jumlah langkah yang diperlukan bagi konsumen untuk memilih tidak ikut penjualan informasi pribadi mereka (tidak dapat memerlukan lebih dari yang diperlukan); melarang pelaku usaha menggunakan bahasa yang membingungkan untuk mencegah konsumen memilih tidak ikut serta; melarang bisnis meminta informasi pribadi dari konsumen yang mencoba untuk tidak ikut serta ketika permintaan tersebut tidak diperlukan untuk diselesaikan; melarang pelaku usaha memaksa konsumen untuk membaca atau mendengarkan daftar alasan untuk tidak memilih ikut serta ketika mereka mencoba untuk tidak ikut serta; melarang bisnis mengharuskan konsumen untuk mencari atau menelusuri kebijakan privasi, halaman web, dll. untuk menemukan cara mengirimkan permintaan opt out ketika mereka mengklik 'Jangan Jual Informasi Pribadi Saya'.

¹⁴ Dalam Colorado Privacy Act (CPA, SB21-190, 2021), pola gelap didefinisikan sebagai antarmuka pengguna yang dirancang atau dimanipulasi dengan efek substansial yang melemahkan atau mengganggu otonomi, pengambilan keputusan, atau pilihan pengguna.

¹⁵ Dikodifikasi oleh 18 US Code § 1030 (Penipuan dan aktivitas terkait yang berhubungan dengan komputer).

Interpretasi yurisprudensial, secara historis, juga mencakup perlindungan yang diberikan oleh Undang-undang terhadap berbagai bentuk akses tidak sah ke situs dan data. Kasus yang menonjol adalah *Facebook v. Power.com*,¹⁶ di mana Facebook menggugat sebuah perusahaan rintisan (start-up) kecil – Power.com – yang menggabungkan media sosial untuk mengakses akun media sosial melalui antarmuka yang unik. Untuk melakukannya, pengguna harus memberikan login mereka ke Power.com, yang mengakses akun dan mengekstrak data. Dalam hal ini, pengguna secara sukarela diberikan informasi login mereka. Atas banding Facebook, pengadilan menemukan pelanggaran CFAA dengan memerintahkan investasi layanan yang ditawarkan Power.com, sehingga secara tidak langsung menimbulkan peningkatan kekuasaan Facebook yang justru mengambil posisi dominan.

Mirip dengan apa yang terjadi di AS, dengan ditandatanganinya Undang-Undang Hak Privasi California (CPR) pada tanggal 28 Juni 2018, di Eropa, diskusi mengenai efek pola gelap terhadap persetujuan telah dilakukan sebelumnya berdasarkan GDPR. Pada bulan April 2019, misalnya, Otoritas perlindungan data Perancis, Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), merilis laporan yang membahas pentingnya desain antarmuka pengguna terhadap pemberdayaan pengguna.¹⁷ CNIL menekankan peran penting desain untuk melindungi privasi, dan juga membahas bagaimana persetujuan yang dikumpulkan dengan menggunakan pola gelap tidak akan memenuhi syarat sebagai sah dan diberikan secara bebas, dengan menyatakan 'fakta bahwa menggunakan dan menyalahgunakan strategi untuk mengalihkan perhatian atau pola gelap dapat mengakibatkan persetujuan tidak valid'.¹⁸

5.2 KEPUTUSAN UE ATAS KEASLIAN SURAT WASIAT

kasus platform Planet49, Orange Romania, dan Meta/Facebook

Selama bertahun-tahun, kasus hukum dan penafsiran yurisprudensi terhadap GDPR telah menjadi penentu dalam mengukur efektivitas aturan penting mengenai persetujuan dan transparansi. Oleh karena itu, analisis ini mempertimbangkan kasus-kasus di Eropa baru-baru ini, terutama mengenai efektivitas persetujuan online, menguraikan arah sebenarnya dari penentuan nasib sendiri dan perlindungan pilihan berdasarkan informasi dalam konteks berbasis data.

Seluruh tujuan analisis kasus hukum yang dilakukan sepanjang Bab ini, bahkan mengenai kasus hukum konsumen dan hukum persaingan, berfungsi untuk memahami bagaimana hakim menilai keabsahan strategi eksploitasi data.

Dimulai dari keputusan-keputusan yang didasarkan pada peran kunci dari proses informasi dan data dalam menjamin kebebasan memilih, harus diakui bahwa yurisprudensi Eropa mempunyai posisi yang mapan mengenai misalnya sifat persetujuan atas pembuangan data, serta interpretasi terkini. Jalur yang menangani profil paling inovatif pada subjek,

¹⁶ *Facebook v. Power.com* C 08-5780 JF (22 Oktober 2009).

¹⁷ Tersedia di <<https://www.cnil.fr/fr/definition/commission-nationale-de-linformatique-et-des-libertes-cnil>> diakses 17 November 2023.

¹⁸ CNIL, 'Membentuk pilihan di Dunia Digital Dari pola gelap hingga perlindungan data: pengaruh desain ux/ui terhadap pemberdayaan pengguna'

termasuk perlindungan subjek data yang menjadi korban pola gelap, melalui mekanisme pengumpulan persetujuan.¹⁹

Berfokus pada kasus-kasus terkemuka di Eropa tentang pola gelap yang diatur berdasarkan ketentuan GDPR, sebuah keputusan terkenal mengenai persetujuan tersirat, yang terjadi ketika seseorang terus menggunakan situs web tanpa secara aktif menolak pemberitahuan (atau cookie): hakim di Luxemburg berpendapat bahwa keadaan ini tidak menjadi dasar hukum yang sah untuk pemrosesan dan pengumpulan data, karena tidak melibatkan tindakan pengguna.

Dalam kasus Planet49,²⁰ Dewan Agung ECJ memutuskan mengenai sifat persetujuan yang aktif dan tegas. Dalam kasus yang ada, sebuah perusahaan Jerman telah menggunakan kotak centang yang telah dipilih sebelumnya di mana pengguna biasa yang ingin berpartisipasi dalam undian menyatakan persetujuannya untuk memasang cookie guna mengumpulkan informasi untuk tujuan periklanan.

Untuk bermain lotere, pengguna diharuskan mencentang kotak untuk menerima iklan pihak ketiga jika tidak, mereka tidak dapat bermain. Selain itu, proses pendaftaran juga menyertakan kotak centang yang telah dicentang sebelumnya yang memungkinkan pelacakan perilaku online mereka. Pengadilan memutuskan bahwa persetujuan terhadap pemasangan dan konsultasi cookie pada peralatan terminal yang bersangkutan tidak diwujudkan secara sah melalui kotak centang yang telah dipilih sebelumnya, yang mana pengguna juga harus menghapus centangnya untuk menolak persetujuan terhadap pemrosesan datanya (paragraf 2). 65). Lebih lanjut, ECJ menyatakan kemungkinan tidak mencentang kotak tersebut bukanlah tindakan aktif, melainkan tindakan pasif. Dalam kasus ini, pola penipuan yang teridentifikasi adalah: pra-seleksi yang menggunakan efek default bias kognitif, yang berdasarkan pada kecenderungan orang untuk memilih opsi yang telah dipilih untuk mereka, meskipun ada pilihan lain yang tersedia; tindakan paksa, yang melibatkan penyedia menawarkan sesuatu yang diinginkan pengguna untuk memaksa mereka melakukan sesuatu sebagai balasannya; dan menyelip (sehingga pengguna tidak menyadarinya karena mengaburkan informasi) atau kata-kata yang menipu (untuk membuat tindakan tampak lebih diinginkan daripada yang sebenarnya).

Karena pelanggaran Pasal. 4(11) dan 12 GDPR, keputusan tersebut memiliki gelombang yang sama dengan pernyataan (32) GDPR, yang menetapkan bahwa 'keheningan, kotak yang dicentang, atau ketidakaktifan tidak boleh dianggap sebagai persetujuan'. ECJ telah membantu mengidentifikasi kondisi spesifik di mana persetujuan secara efektif bersifat bebas dan diinformasikan untuk menjadi dasar hukum yang sesuai untuk pemrosesan data; yang terpenting, hal ini harus diungkapkan dalam tindakan positif, berbeda dari aktivitas yang ingin dilakukan pengguna.

Oleh karena itu, keputusan yang berkaitan dengan persetujuan cookie juga telah dipegang oleh pengadilan. Dalam hal pengelolaan persetujuan cookie, pola gelap juga dapat

¹⁹ Khususnya, untuk kerusakan yang disebabkan oleh pola gelap, pakar khusus membangun situs web berguna yang juga mengumpulkan kasus hukum dari yurisdiksi berbeda.

²⁰ Kasus C-673/17, Planet49 GmbH v Bundesverband der Verbraucherzentralen dan Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. UE:C:2019:246 [2017].

menghalangi persetujuan yang efektif sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 (3) Pedoman e-Privasi.

Pernyataan pada profil ini juga dapat ditemukan di tingkat nasional. Di Perancis, misalnya, dengan *Délibération* pada tanggal 29 Desember 2022, TikTok didenda oleh Otoritas Perlindungan Data Perancis karena menerapkan pengidentifikasi iklan tanpa persetujuan dan karena memiliki spanduk cookie yang kurang informatif.²¹ Spanduk tersebut memungkinkan pengguna untuk menerima semua cookie dengan satu klik, sehingga sulit untuk menolaknya. Beberapa cookie iklan ditempatkan meskipun pengguna tidak menyetujuinya. Analisis kasus ini melibatkan pelanggaran TikTok terhadap Pasal 82 Undang-Undang Perlindungan Data Prancis mengenai penggunaan cookie dan spanduk cookie-nya. Investigasi yang dilakukan oleh DPA Prancis menemukan bahwa spanduk cookie TikTok tidak memberikan informasi dan opsi yang cukup kepada pengguna untuk memberikan persetujuan. DPA mengidentifikasi beberapa pola penipuan yang digunakan TikTok, seperti pembatalan yang sulit dilakukan ('Roach Motel'), tindakan yang dipaksakan, dan informasi tersembunyi, di spanduk cookie-nya.

Selain itu, di Jerman, pendapat otoritas pengawas perlindungan data menggambarkan praktik seperti persetujuan cookie dalam pola gelap sebagai tindakan yang tidak dapat diterima.²²

Bidang lain yang bisa diintervensi oleh pengadilan adalah penarikan persetujuan. Operasi ini harus sederhana menyediakannya.²³ Untuk model yang valid, setelah persetujuan diberikan, formulir penarikan persetujuan yang sama harus tersedia di setiap titik akses, namun hal ini tidak selalu terjadi. Faktanya, dalam realitas offline 'kotak' seperti itu, dapat disamakan dengan formulir persetujuan yang digunakan dalam pengobatan (formularium), yang dinilai sebagai bentuk persetujuan yang tidak sah, bahkan sebelum pertengahan tahun 1990an.²⁴

Selain itu, perlunya tindakan afirmatif yang membuktikan bahwa pengguna memahami pengungkapan telah ditekankan mengenai terminologi yang digunakan: mekanisme persetujuan yang menggunakan teknik visual atau warna berbeda untuk istilah seperti 'setuju' atau 'izinkan', dan untuk istilah seperti 'tolak'. ' atau 'blok' tidak mematuhi hukum, karena sistem mempengaruhi pengguna untuk memilih penerimaan.²⁵

Karakter yang dapat dipahami tentu harus melekat pada informasi tersebut, yang tanpanya persetujuan (bahkan persetujuan kontrak) akan kehilangan sifat autentiknya.

²¹ Commission nationale de l'informatique et des libertés, *Délibération de la formation restreinte n°SAN-2022-027* tanggal 29 desembre 2022 terkait dengan masyarakat Tik tok Information Technologies Uk Limited dan Tiktok Technology Limited.

²² Lihat DSK, OH Telemedien, 1 Desember 2021; LfD Niedersachsen, Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten - Anforderungen an Consent-Layer, per September 2022.

²³ Tentang pencabutan lihat Giorgio Resta, 'Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali' (2000) Riv crit dir priv 299.

²⁴ Misalnya, Kas. sipil. 2 Juli -11 November 2019, n. 28985, dikomentari oleh Paola Frati, Armida Campolongo, Raffaele La Russa, dkk., 'Violazione del consenso informato: codifichiamo nozioni, significati e risarcibilità dei danni alla luce della pronuncia n. 28985/2019 della Suprema Corte di Cassazione' (2020) 4 Tanggung Jawab Sipil dan Previdenza 1364-1384. Demikian, baru-baru ini diklarifikasi atas perintah Cass. sipil. – 10 Juni 2006 n. 11112.

²⁵ Tersedia di Kantor Komisarisi Informasi Inggris: <<https://ico.org.uk/>>.

Perwujudan dari kemauan harus bersifat bebas, sadar, dan memberi makan, mengecilkan hati, bukannya meningkatkan apa yang disebut 'kelelahan persetujuan (dan membaca)'.²⁶

Di Orange Romania,²⁷ ECJ melangkah lebih jauh dari apa yang telah dilakukannya dalam kasus Planet49, dengan menganalisis sifat persetujuan yang aktif, diberikan secara cuma-cuma, dan berdasarkan informasi.

Orange România SA, penyedia layanan telekomunikasi seluler di Rumania, dinyatakan bertanggung jawab menggunakan kotak yang telah dicentang sebelumnya untuk mendapatkan persetujuan dari pelanggan untuk menyimpan salinan dokumen identitas mereka, yang bukan merupakan persetujuan aktif. DPA menemukan bahwa penggunaan kotak yang sudah dicentang untuk menandakan persetujuan atas penyimpanan salinan tanda pengenal merupakan pola penipuan yang melanggar prinsip persetujuan 'diberikan secara cuma-cuma'.

Mengenai sifat aktif dari persetujuan, ECJ menyatakan bahwa persetujuan tersebut tidak sah jika kotak yang telah dicentang sebelumnya telah diperiksa oleh pengontrol data sebelum menandatangani kontrak tersebut.

Mengenai sifat persetujuan yang diberikan secara bebas dan diinformasikan, Pengadilan menyatakan persetujuan tidak sah jika ketentuan kontrak mampu menyesatkan subjek data, dengan kemungkinan untuk menyelesaikan kontrak yang dipermasalahkan meskipun dia menolak untuk menyetujuinya. Pemrosesan datanya (Pasal 52). Akibatnya, memaksa pelanggan untuk mengisi formulir lain untuk menentukan penolakan mereka dapat membingungkan subjek data, sehingga mempengaruhi hak mereka atas informasi.

²⁶ Fenomena 'kelelahan izin', yaitu konsumen yang bermain-main dengan pemberitahuan izin tanpa meluangkan waktu untuk memahaminya. Lihat BEUC (n 56) diakses 10 Agustus 2023.

²⁷ Kasus C-61/19 Orange România SA v Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP) EU:C:2020:901. Pada tanggal 11 November 2020, Pengadilan Kehakiman Uni Eropa (CJEU) mengeluarkan keputusan ini dalam kasus Orange Romania SA v. Otoritas Pengawas Nasional Rumania untuk Pemrosesan Data Pribadi (DPA Rumania). Orange România SA adalah penyedia layanan telekomunikasi seluler di pasar Rumania. Pada tanggal 28 Maret 2018, Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (otoritas perlindungan data nasional Rumania; 'ANSPDCP'), berdasarkan Pasal 32 Undang-Undang No 677/2001 (Undang-Undang Perlindungan Data Rumania) menjatuhkan sanksi administratif pada Orange România (penyedia layanan telekomunikasi seluler di pasar Rumania) dengan alasan bahwa salinan dokumen identitas pelanggannya telah diperoleh dan disimpan tanpa persetujuan tertulis dari mereka. DPA juga memerintahkan pengontrol untuk menghancurkan salinan ID yang sudah ada. Orange România telah meminta persetujuan untuk pemrosesan data ini dari pelanggannya dengan memberi mereka kesempatan untuk menolak persetujuan mereka dalam bentuk tulisan tangan. Beberapa kontrak untuk layanan telekomunikasi seluler mempunyai kotak yang telah dicentang sebelumnya yang menandakan persetujuan atas penyimpanan salinan tanda pengenal, sementara kontrak lainnya tidak. Untuk menandatangani bahwa mereka tidak memberikan persetujuan atas penyimpanan salinan ID, pelanggan harus mengisi formulir tambahan sebelum berakhirnya kontrak. Singkatnya, Pengadilan memutuskan bahwa kontrak penyediaan layanan telekomunikasi yang memuat klausul yang menyatakan bahwa subjek data telah diberitahu, dan telah menyetujui, pengumpulan dan penyimpanan salinan dokumen identitasnya untuk tujuan identifikasi tidak dimaksudkan untuk menunjukkan bahwa orang tersebut telah memberikan persetujuannya secara sah, sebagaimana diatur dalam ketentuan tersebut, terhadap pengumpulan dan penyimpanan tersebut, apabila: (i) kotak yang mengacu pada klausul tersebut telah dicentang oleh pengontrol data sebelum kontrak ditandatangani, atau jika (ii) ketentuan kontrak tersebut dapat menyesatkan subjek data mengenai kemungkinan untuk menyelesaikan kontrak yang dipermasalahkan meskipun dia menolak untuk menyetujui pemrosesan datanya, atau jika (iii) kebebasan untuk memilih menolak pengumpulan dan penyimpanan tersebut sangat dipengaruhi oleh pengontrol tersebut yang mengharuskan subjek data, untuk menolak persetujuan, harus melengkapi formulir tambahan yang menjelaskan penolakan tersebut.

Mengingat keputusan tersebut dari perspektif bisnis, mungkin sulit bagi mereka untuk meningkatkan standar persetujuan, memperbarui praktik pengumpulan persetujuan mereka untuk memenuhi persyaratan ECJ terkait persetujuan.

Meskipun Pasal 29 Kelompok Kerja (WP29) telah menunjukkan bahwa persetujuan atas data tidak boleh menjadi syarat wajib untuk menyelesaikan suatu kontrak, Pengadilan Luxemburg melangkah lebih jauh: hal ini menunjukkan bagaimana penyertaan syarat-syarat tambahan, misalnya, penyelesaian formulir tambahan, mengakibatkan batalnya persetujuan. Kesimpulannya, di Orange Romania, Pengadilan mengusulkan visi yang terbatas, dengan memberikan nilai absolut pada persetujuan ketika digunakan sebagai dasar hukum untuk pemrosesan. Akibatnya, pembatasan atau formalitas apa pun, bahkan jika diabaikan, dapat menyebabkan ketidakabsahan persetujuan. Hal ini secara signifikan meningkatkan standar persetujuan dan tidak diragukan lagi akan memberikan pengaruh yang signifikan dalam praktiknya. Hal ini mengundang pengadilan nasional untuk menafsirkan persetujuan dengan standar tertinggi.²⁸

Khususnya, proses interpretasi Eropa yang relevan mengenai isu-isu mendasar tentang persetujuan sudah lama diperkirakan terjadi dalam kasus Facebook di Jerman (sekarang Meta Platforms),²⁹ di mana Bundeskartellamt telah memberlakukan pembatasan yang luas terhadap Facebook dalam pemrosesan data pengguna.³⁰ Keputusan ECJ ini diambil pada tanggal 4 Juli 2023 (C-252-21),³¹ di mana Pengadilan menyelesaikan permasalahan seputar potensi interaksi antara peraturan perlindungan data dan hukum persaingan usaha mengikuti operasi hukum yang dimulai pada tahun 2019 dengan otoritas persaingan usaha Jerman pada kasus Meta.

Sebelum keputusan ini, menurut syarat dan ketentuan Facebook, pengguna hanya dapat menggunakan jejaring sosial dengan syarat bahwa Facebook juga dapat mengumpulkan data pengguna di luar situs web Facebook pada aplikasi ponsel cerdas dan menetapkan data ini ke akun Facebook pengguna. Semua data yang dikumpulkan di situs web Facebook oleh layanan milik Facebook seperti WhatsApp, Instagram, dan situs web pihak ketiga lainnya, telah digabungkan dan ditetapkan ke akun pengguna Facebook. Bagi otoritas Jerman, layanan milik Facebook, seperti WhatsApp dan Instagram, dapat terus mengumpulkan data. Namun, pemberian data ke akun pengguna Facebook hanya dapat dilakukan dengan persetujuan sukarela dari pengguna. Apabila persetujuan tidak diberikan, data harus tetap berada dalam layanan masing-masing, dan tidak dapat diproses bersama dengan data Facebook. Selain itu, jika persetujuan tidak diberikan untuk data dari layanan milik Facebook dan situs web pihak ketiga, Facebook harus membatasi pengumpulan dan penggabungan data secara signifikan.

²⁸ Lihat misalnya Cass. Sipil. Pesan 14381/2021. Pengadilan Kasasi Italia telah melangkah lebih jauh dengan menilai konten informasi dalam kasus keputusan otomatis (misalnya Pasal 22 GDPR), sehubungan dengan penerapan Pasal 13(2)(f) dan 14(2)(g) dari GDPR. Pengadilan, dalam situasi ini, telah mengklarifikasi bahwa jika terjadi proses otomatis, penting bagi pengguna untuk diberi tahu tentang logika yang digunakan oleh algoritme jika hal tersebut berdampak signifikan pada orangnya.

²⁹ Facebook berganti nama di Meta Platforms pada 28 Oktober 2021.

³⁰ Bundeskartellamt, 6 Februari 2019, B6–22/16 – Facebook.

³¹ Kasus C-252-21 Meta Platform dan Lainnya (Ketentuan umum penggunaan jejaring sosial). [2023] UE:C:2023:537

Dengan adanya banding atas keputusan Facebook,³² Pengadilan Tinggi Regional Düsseldorf mengajukan pertanyaan ke ECJ sebagai, bagi Pengadilan Jerman, pertanyaan apakah Facebook menyalahgunakan posisi dominannya,³³ sebagai penyedia jaringan sosial di pasar Jerman (karena mengumpulkan dan menggunakan data penggunanya yang melanggar GDPR) tidak dapat diputuskan tanpa keputusan interpretasi ECJ karena Pengadilan bertanggung jawab atas interpretasi hukum Eropa.³⁴

Dengan membiarkan aspek hukum persaingan usaha pada bagian 6, analisis ini berfokus pada kemampuan Facebook untuk mengumpulkan data pengguna melalui situs pihak ketiga (tempat Facebook menerapkan plug-in dan piksel pelacakan) dan di seluruh rangkaian produknya (Facebook, Instagram, WhatsApp, Oculus), berdasarkan kekuatan pasarnya – dengan menegaskan data ini – pengumpulan data tidak sah berdasarkan undang-undang privasi UE karena pengguna tidak diberi pilihan. Hal ini diharapkan agar ECJ dapat mengklarifikasi secara pasti keabsahan persetujuan ketika hal tersebut merupakan syarat penting untuk menyelesaikan suatu kontrak.³⁵

Sementara keputusan ECJ masih tertunda, pada tanggal 20 September 2022, Pendapat Advokat Jenderal Rantos yang relevan telah disampaikan,³⁶ menunjukkan posisinya, memberikan nilai yang luar biasa pada analisis kasus per kasus yang terperinci dari berbagai klausul Meta/ Persyaratan layanan Facebook, karena tidak mungkin untuk menentukan apakah, sehubungan dengan praktik tersebut, 'suatu usaha, seperti [Platform Meta]' dapat secara komprehensif mengandalkan semua (atau sebagian) dasar yang ditetapkan dalam Pasal 6(1) GDPR, meskipun ada kemungkinan bahwa praktik tersebut, atau beberapa komponen kegiatannya, mungkin, dalam beberapa kasus, termasuk dalam cakupan pasal tersebut'.³⁷

³² Meta Platforms Inc., sebelumnya Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, sebelumnya Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt, intervensi: Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. Untuk komentarnya, lihat: Francesco Laviola, 'Il diritto all'autodeterminazione informativa tra concorrenza e data Protection. Riflessioni dan margine della saga Facebook c. Bundeskartellamt nella giurisprudenza delle corti tedesche e in attesa della Corte di Giustizia', dalam Elia Cremona, Francesco Laviola, Valentina Pagnanelli (eds), *Il valore economico dei dati personali* (Giappichelli, 2022) 27. Lihat juga Karin Jackwerth, 'Harapan besar: kasus Facebook dan pendekatan legislatif berikutnya untuk mengatur ulang platform online besar dan pasar digital (2022) 13 JIPITEC 200 paragraf 1.

³³ Lihat bab 6

³⁴ Permintaan putusan awal dari Oberlandesgericht Düsseldorf (Pengadilan Tinggi Daerah, Düsseldorf, Jerman).

³⁵ Tepatnya, dengan pertanyaan ketiga dalam permohonan tersebut, Pengadilan Dusseldorf ingin mengetahui apakah sebuah perusahaan, seperti Facebook, dapat mengandalkan Art. 6 (1) b) dan f) GDPR ketika menggabungkan Data Facebook dan Data di Luar Facebook untuk mempersonalisasi konten dan iklan, keamanan data, meningkatkan layanannya, dan penggunaan produk yang lancar dalam layanan grup Facebook (yaitu Tujuan). Dengan pertanyaan keempat atas permintaan tersebut, Pengadilan Dusseldorf menanyakan apakah perusahaan seperti Facebook dapat mengandalkan Art. 6 (1) f) GDPR ketika menghubungkan data dari layanannya sendiri atau situs web dan aplikasi pihak ketiga, seperti Data Facebook dan di luar Data Facebook untuk (1) memproses data pribadi anak di bawah umur untuk tujuan tersebut (relevan ketika anak di bawah umur mendaftar ke Facebook tanpa persetujuan wali yang sah, yang dianggap perlu untuk suatu kontrak yang sah menurut para sarjana hukum Jerman); (2) memberikan statistik dan analisis kepada perusahaan lain untuk kepentingan mereka (misalnya menganalisis kampanye yang dijalankan perusahaan di Facebook); (3) berkomunikasi dengan pengguna untuk tujuan pemasaran langsung; (4) menggunakan data untuk tujuan penelitian (misalnya memahami topik sosial yang penting seperti persepsi tentang perubahan iklim); (5) memberi tahu otoritas publik tentang tindak pidana, penggunaan layanan ilegal, pelanggaran pedoman, dll.

³⁶ Pendapat Advokat Jenderal Rantos, disampaikan pada tanggal 20 September 2022, Perkara C-252/21 Meta Platforms Inc., sebelumnya Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, sebelumnya Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt, intervensi: Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

³⁷ *ibid*

Lebih jauh lagi, dalam kata-kata Rantos, pemrosesan yang diatur oleh ketentuan-ketentuan yang dikutip dilakukan berdasarkan ketentuan umum kontrak yang diberlakukan oleh pengontrol, jika tidak ada persetujuan subjek data, atau bahkan bertentangan dengan keinginannya, akan memerlukan interpretasi yang ketat, khususnya untuk menghindari pengelakan persyaratan persetujuan.

Perhatian juga diberikan pada peran pengontrol karena berdasarkan Pasal 5(2) GDPR, ia bertanggung jawab untuk menunjukkan bahwa data pribadi diproses sesuai dengan peraturan. Selain itu, berdasarkan Pasal 13(1)(c) peraturan tersebut, pengontrol harus menentukan tujuan pemrosesan data pribadi, serta dasar hukum untuk bertindak.

Sejauh menyangkut penafsiran Pasal 6(1)(b) GDPR (pertanyaan ketiga Pengadilan Dusseldorf yang ditujukan kepada ECJ), Advokat jenderal mempertimbangkan pertanyaan tentang keabsahan pemrosesan data sejauh hal tersebut diperlukan untuk 'pelaksanaan' kontrak yang subjek datanya menjadi salah satu pihak (harus ada alternatif yang realistis dan tidak terlalu mengganggu, dengan mempertimbangkan ekspektasi wajar dari subjek data. Jika kontrak terdiri dari beberapa layanan atau elemen terpisah dari suatu layanan yang dapat dilakukan secara independen satu sama lain, penerapan Pasal 6(1)(b) GDPR harus dinilai dalam konteks masing-masing layanan tersebut secara terpisah).

Sejauh menyangkut konten yang dipersonalisasi,³⁸ dan menurut kasus hukum Pengadilan, Pendapat tersebut menggarisbawahi bahwa ketentuan yang dipermasalahkan (Pasal 6 GDPR) menetapkan tiga kondisi kumulatif yang menjadi dasar pemrosesan data pribadi: pertama, mengejar kepentingan sah milik pengontrol data, atau pihak ketiga atau pihak-pihak yang kepadanya data tersebut diungkapkan; kedua, kebutuhan untuk memproses data pribadi untuk tujuan kepentingan sah; dan ketiga, hak-hak dasar dan kebebasan subjek data tidak diutamakan.

Pada akhirnya, Advokat Jenderal mencatat bahwa tidak jelas apakah, dan sejauh mana, Meta Platforms Ireland telah menjelaskan – untuk setiap tujuan pemrosesan, dan jenis data yang diproses – kepentingan sah sebenarnya yang dilakukan, atau pembenaran lain yang mungkin relevan. Oleh karena itu, ECJ memeriksa sejauh mana, dalam keadaan yang dijelaskan, praktik tersebut dibenarkan oleh adanya kepentingan sah Meta Platforms Ireland dalam pemrosesan data sesuai dengan pengertian Pasal 6(1)(f) GDPR atau oleh syarat lain yang ditetapkan dalam Pasal 6(1)(c), (d) dan (e) peraturan itu.

Solusi yang diusulkan terdiri dari penafsiran Pasal 6(1)(b), (c), (d), (e) dan (f) GDPR yang berarti bahwa praktik yang dipermasalahkan, atau beberapa aktivitas yang mencakup praktik tersebut, dapat tercakup dalam pengecualian yang ditetapkan dalam ketentuan tersebut, selama setiap metode pemrosesan data yang diperiksa memenuhi ketentuan ditentukan, berdasarkan pembenaran yang secara khusus dikemukakan oleh pengontrol, oleh karena itu: (i) pemrosesan secara obyektif diperlukan untuk layanan yang berkaitan dengan akun

³⁸ Untuk pemeriksaan tersebut, pertimbangan juga harus diberikan pada fakta bahwa praktik yang dipermasalahkan bukan mengenai pemrosesan data yang berkaitan dengan aktivitas pengguna di situs atau aplikasi Facebook, namun data yang berasal dari sumber eksternal dan oleh karena itu berpotensi tidak terbatas. Para advokat tersebut mempertanyakan secara umum sejauh mana pemrosesan tersebut dapat sesuai dengan harapan rata-rata pengguna dan, secara lebih umum, 'tingkat personalisasi' apa yang dapat diharapkan pengguna dari layanan yang ia ikuti. Lihat Opini, (n 112).

Facebook; (ii) pemrosesan diperlukan untuk kepentingan sah yang dilakukan oleh pengontrol data, atau oleh pihak ketiga kepada siapa data tersebut diungkapkan dan tidak memiliki dampak yang tidak proporsional terhadap hak-hak dasar dan kebebasan subjek data; (iii) pemrosesan tersebut diperlukan untuk menanggapi permintaan sah atas data tertentu, untuk memerangi perilaku berbahaya dan meningkatkan keamanan, untuk melakukan penelitian dan untuk meningkatkan keselamatan, integritas, dan keamanan.

Dengan putusan tanggal 4 Juli 2023, Mahkamah mengikuti kata demi kata Pendapat AG Rantos. Pengadilan menyatakan bahwa meskipun kepatuhan terhadap GDPR tidak mencegah ditemukannya pelanggaran, hal ini dapat dipertimbangkan dalam analisis 'semua keadaan' dan, dalam konteks ini, bahkan mungkin merupakan hal yang sangat penting. petunjuk untuk menilai apakah tindakan tersebut memerlukan penggunaan metode yang berlaku dalam kompetisi berbasis prestasi (AG Rantos Opinion, paragraf 23). Namun Mahkamah menambahkan bahwa elemen ini juga dapat dinilai untuk menggambarkan konsekuensi dari praktik tertentu di pasar atau bagi konsumen (paragraf 47). Namun, dengan melakukan hal tersebut, Mahkamah Agung berpendapat bahwa NCA tidak menggantikan peran otoritas pengawas perlindungan data karena mereka tidak bertindak sesuai kewenangan dan tugas yang diberikan kepada mereka berdasarkan Pasal 51(1) dan 57 GDPR (paragraf 49).³⁹

Terakhir, dengan melihat jumlah penilaian yang konsisten, ECJ memberikan hak kepada konsumen untuk memberikan persetujuan *ex post factum* terhadap persyaratan standar yang tidak mematuhi hukum UE. Persetujuan mungkin melegitimasi ketidakadilan abstrak dari istilah standar. Asumsinya adalah bahwa persetujuan membuktikan bahwa konsumen mengetahui dan memahami apa yang mereka setujui.

'Harus ditunjukkan bahwa persetujuan hanya dapat membenarkan ketidakadilan yang abstrak jika serangkaian tindakan pengamanan ditetapkan untuk menjamin otonomi konsumen'.⁴⁰

Hal ini terutama terlihat ketika konsumen adalah anak di bawah umur. Keputusan EDPB 2/2022, misalnya, mendenda Meta Platforms Ireland Ltd karena gagal menyediakan pemrosesan informasi kontak pada akun bisnis anak-anak dan menggunakan pengaturan 'publik secara default' untuk pengguna anak-anak melalui pola pemilihan awal dan penyelundupan.⁴¹

³⁹ Dengan kata-kata ini Alba Ribera Martínez mengomentari keputusan baru tersebut pada tanggal 5 Juli 2023, tersedia

⁴⁰ BEUC, 'EU Consumer Protection 2.0 - Melindungi keadilan dan pilihan konsumen dalam ekonomi digital' (2022)

⁴¹ Dewan Perlindungan Data Eropa (Edpb), Keputusan mengikat 2/2022 tentang perselisihan yang timbul pada rancangan keputusan Otoritas Pengawas Irlandia mengenai Meta Platforms Ireland Limited (Instagram) berdasarkan Pasal 65(1)(a) Gdpr, diadopsi pada 22 Juli 2022. Komisi Perlindungan Data Irlandia (DPC) menemukan bahwa pengaturan akun default Instagram untuk pengguna anak-anak ditetapkan ke publik, artinya siapa pun di aplikasi atau situs web, terlepas dari apakah mereka pengguna terdaftar atau tidak, dapat melihat konten akun tersebut. Hal ini melanggar Pasal 12(1) GDPR, karena Instagram tidak secara jelas dan transparan memberi tahu pengguna anak-anak tentang tujuan pemrosesan publik secara default. Meskipun Meta (perusahaan induk Instagram) telah memberi tahu pengguna anak-anak tentang pengaturan ini dalam Kebijakan Data tahun 2018 dan 2020, DPC menganggap hal ini tidak cukup. EDPB setuju dengan penilaian DPC bahwa kepentingan yang dikejar oleh Instagram tidak cukup spesifik, karena pengontrol menyebutkannya dengan bahasa yang tidak jelas. EDPB juga mengkritik DPC karena tidak melakukan evaluasi yang lebih baik terhadap keberadaan kepentingan sah yang dikejar oleh Instagram. Selain itu, Instagram gagal memberikan informasi

5.3 KEHILANGAN DATA PRIBADI MELALUI WEB DI PLATFORM ONLINE

Meskipun banyak kasus masih bermasalah, baik pada tingkat interpretasi regulasi dan yurisprudensi, ada tren baru-baru ini di AS yang bertujuan untuk membatasi sanksi terhadap situasi web scraping.

Kasus penting ini diputuskan pada tanggal 18 April 2022; Pengadilan Banding AS untuk Sirkuit Kesembilan mengakhiri pertarungan hukum panjang yang dipimpin oleh LinkedIn untuk mencegah perusahaan saingannya,⁴² HiQ Labs, menggunakan data profil publik penggunanya (web scraping) untuk mendeteksi dan menganalisis hubungan profesional.⁴³

Berbeda dengan kasus *Power.com*, Pengadilan Sirkuit Kesembilan menegaskan kembali keputusan aslinya, menyangkal bahwa ekstraksi data tentang pengguna LinkedIn, yang tersedia untuk akses publik oleh perusahaan HiQ Labs, melanggar Undang-Undang Penipuan dan Penyalahgunaan Komputer, CFAA.

Sirkuit ke-9 menemukan bahwa model bisnis HiQ bergantung pada data LinkedIn yang dapat diakses publik dan menolak argumen LinkedIn yang menganggap HiQ dapat mengumpulkan data tenaga kerja dari cara lain. Mereka juga menolak argumen LinkedIn yang mengizinkan HiQ untuk mengikis situs LinkedIn yang mengancam privasi penggunanya dan membahayakan niat baik LinkedIn dengan anggotanya.

kepada pengguna anak-anak mengenai tujuan pemrosesan dan kategori penerima data pribadi dengan menggunakan bahasa yang jelas dan lugas, yang diwajibkan berdasarkan Pasal 13(1)(c) dan (e) GDPR. Menyusul adopsi keputusan yang mengikat oleh EDPB, DPC Irlandia mendenda Meta €405.000.000 karena memproses informasi kontak pada akun bisnis anak-anak tanpa dasar hukum dan karena pengaturan default disetel ke 'publik' untuk pengguna anak-anak.

⁴² Secara umum, banyak kasus di AS mengenai pola gelap. Antara lain, penting untuk menyebutkan kasus yang mengidentifikasi pola gelap berikut: langganan tersembunyi; sulit untuk dibatalkan; curiga. Kasus ini diputuskan oleh Pengadilan Distrik AS di California, *Komisi Perdagangan Federal v. Age of Learning inc. (ABCmouse.com)*, Kasus No. 2:20-cv-7996. Age of Learning mengoperasikan alat pembelajaran online berbasis keanggotaan yang disebut ABCmouse Early Learning Academy untuk anak-anak berusia antara dua dan delapan tahun. ABCmouse gagal mengungkapkan dengan jelas kepada konsumen bahwa langganan mereka akan diperpanjang secara otomatis, sehingga menimbulkan biaya tambahan dan mempersulit mereka untuk membatalkan keanggotaan. Perusahaan juga gagal mengungkapkan informasi penting terkait rencana opsi negatif, termasuk jumlah total yang akan dikenakan kepada konsumen jika mereka tidak bertindak untuk membatalkan tenggat waktu yang harus mereka batalkan untuk menghindari biaya yang tidak diinginkan.

⁴³ Singkatnya, LinkedIn memberikan tindakan gencatan dan penghentian kepada HiQ, menuntut agar HiQ menghentikan aktivitasnya mengakses dan menyalin data dari server LinkedIn. HiQ mengajukan gugatan terhadap LinkedIn, meminta ganti rugi berdasarkan undang-undang California dan keputusan deklaratif untuk mencegah LinkedIn secara sah menerapkan Computer Fraud and Abuse Act (CFAA), Digital Millennium Copyright Act (DMCA), California Penal Code § 502(c), atau hukum umum pelanggaran terhadap HiQ. Sirkuit Kesembilan menyatakan bahwa tidak ada penyalahgunaan kebijaksanaan oleh pengadilan distrik di mana pengadilan menemukan bahwa meskipun beberapa pengguna LinkedIn tetap mempertahankan privasi mereka meskipun berstatus publik, karena mereka tidak dicoret, kepentingan privasi tersebut tidak melebihi kepentingan HiQ dalam menjaga privasi mereka. bisnisnya. Dalam menyeimbangkan kesulitan, Sirkuit Kesembilan mempertimbangkan HiQ. Lebih lanjut, Ninth Circuit mencatat bahwa HiQ menimbulkan kekhawatiran serius sehubungan dengan 'alasan klaimnya atas campur tangan yang merugikan terhadap kontrak, tuduhan bahwa LinkedIn dengan sengaja mengganggu kontraknya dengan pihak ketiga, dan manfaat dari pembelaan tujuan bisnis LinkedIn yang sah'. Sirkuit Kesembilan Amerika Serikat, *hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.*, 938 F.3d 985 (9th Cir. 2019). LinkedIn mengajukan petisi kepada Mahkamah Agung untuk meninjau keputusan Ninth Circuit dan dalam putusan kedua, pada bulan April 2022, Ninth Circuit menegaskan keputusannya (*hiQ Labs v. LinkedIn Corp.*, 31 F.4th 1180 (9th Cir. 2022)). Lalu, pengadilan rendah pada bulan Agustus 2022 mengeluarkan perintah pembubaran putusan pendahuluan, dan putusan campuran terakhir pada tanggal 4 November 2022.

Dalam istilah lain, mengenai kepentingan ekonomi LinkedIn – menghindari persaingan dari pihak ketiga yang juga ingin mengambil keuntungan dari penjualan data penggunanya – Pengadilan menyatakan bahwa LinkedIn:

'tidak memiliki kepentingan properti yang dilindungi atas data yang disumbangkan oleh penggunanya, karena pengguna tetap memiliki kepemilikan atas profil mereka'. Terlebih lagi, para pengguna jelas-jelas bermaksud agar data profil mereka diakses oleh orang lain "termasuk untuk tujuan komersial".

Perbedaan signifikan dari pendahulunya Power.com terletak pada sifat publik dari data pengguna: HiQ, misalnya, tidak perlu mengakses LinkedIn melalui proses log-in untuk membuang data pengguna.

Perlu dipertimbangkan bahwa keputusan Pengadilan Banding diambil setelah keputusan Mahkamah Agung HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp, yang meminta peninjauan kembali kasus tersebut sehubungan dengan keputusan Van Buren yang terkenal. Kasus ini terjadi pada tahun sebelumnya, ketika Pengadilan telah melakukan tindakan pencegahan terhadap perbedaan penafsiran dengan undang-undang federal, Computer Fraud and Abuse Act, 18 U.S.C. Pasal 1030 (CFAA) bertujuan, antara lain, untuk melindungi komputer tempat kerja, dan informasi yang tersimpan di dalamnya, dari berbagai jenis akses tidak sah, baik oleh karyawan, seperti yang terjadi dalam kasus penggugat Nathan Van Buren (suatu perselingkuhan yang dikenal sebagai 'Van Buren's ' penyelidikan gerbang-atas-atau-bawah'), atau oleh mantan karyawan atau pesaing.

Singkatnya, kasus Mahkamah Agung AS ini berkaitan dengan Computer Fraud and Abuse Act (CFAA) dan definisinya tentang 'akses resmi'. Pada bulan Juni 2021, Mahkamah Agung memutuskan tentang 'melebihi akses resmi' terhadap file dan informasi lainnya sehubungan dengan akses yang disengaja ke sistem komputer yang seharusnya dapat diakses oleh seseorang. Bahasa CFAA telah lama menimbulkan keretakan dalam kasus hukum, dan keputusan Pengadilan mempersempit penerapan CFAA dalam menuntut kejahatan keamanan siber dan komputer.

Oleh karena itu, mengikuti preseden Van Buren,⁴⁴ dalam LinkedIn v. HiQ, Pengadilan Banding Ninth Circuit menolak interpretasi LinkedIn, dengan menyatakan bahwa CFAA paling baik dipahami sebagai undang-undang 'anti-intrusi' dan bukan sebagai Undang-undang yang didasarkan pada konsep 'penyalahgunaan', jadi jika kasusnya melibatkan situs dengan akses publik, CFAA tidak dilanggar.

Pengadilan mencatat bahwa CFAA mempertimbangkan adanya tiga jenis 'skenario' komputasi: (1) komputer yang aksesnya terbuka untuk masyarakat umum dan tidak diperlukan otorisasi; (2) komputer yang memerlukan otorisasi dan telah diberikan, dan (3) komputer yang memerlukan otorisasi tetapi belum diberikan (atau, dalam hal larangan untuk melampaui akses resmi, belum diberikan untuk bagian tersebut dari sistem yang sedang diakses).

⁴⁴ Van Buren v. Amerika Serikat 940 F.3d 1192 No.19-783 (2021).

Profil publik di LinkedIn tersedia bagi siapa saja yang memiliki koneksi Internet, dan termasuk dalam kategori pertama. Sedangkan untuk situs web yang dapat diakses secara bebas di Internet, analogi 'pelanggaran' yang sering digunakan dalam pertimbangan kongres tidak berlaku, dan persyaratan otorisasi tidak memadai.

Kasus ini mempunyai implikasi privasi yang signifikan. Hal ini menjadi preseden tentang fakta bahwa data yang dimasukkan oleh pengguna ke situs media sosial bukan milik (melainkan hanya dilisensikan kepada) pemilik situs. Hal ini melemahkan pentingnya perjanjian pengguna untuk menetapkan ketentuan bagi non-pengguna yang mungkin mengumpulkan dan menggunakan data yang tersedia di situs tersebut, yang bertentangan dengan ketentuan perjanjian. Hal ini juga mempersempit definisi 'otorisasi', dalam konteks situs web yang mengumpulkan dan menampung data pribadi, menjadi situs-situs yang memerlukan nama pengguna dan kata sandi dan meningkatkan tanggung jawab situs web tersebut untuk memberi tahu pengguna tentang manfaat pengaturan privasi.

Kasus tersebut dikembalikan ke pengadilan negeri untuk disidangkan, sementara itu, pada November 2022, tercapai kesepakatan penyelesaian antara kedua pihak.

5.4 PERATURAN BERDASARKAN DESAIN kontribusi GDPR

-undang perlindungan data memiliki manfaat dalam mengintegrasikan hak-hak individu ke dalam operasi sistem data karena konsep 'perlindungan data berdasarkan desain' diabadikan dalam GDPR: ini merupakan cara paling langsung untuk mendisiplinkan desain, menghindari penggunaan teknik pengelakan yang membahayakan efektivitas tindakan regulasi teknologi.

Gagasan untuk membentuk kebijakan hukum dimulai dengan tahap perancangan teknologi, terutama melalui fungsi algoritme, menyangkut beberapa profil spesifik seperti transparansi berdasarkan rancangan, keselamatan berdasarkan rancangan, dan persaingan berdasarkan rancangan,⁴⁵ semuanya secara umum berasal dari konsep 'data'. perlindungan berdasarkan desain' (PbD). Konsep terakhir ini secara eksplisit diakui dalam Art. 25(1) GDPR⁴⁶, yang menyatakan bahwa perancang sistem perlu mempertimbangkan risiko privasi arsitektur digital mereka sedini mungkin dan selama keseluruhan proses.⁴⁷

⁴⁵ Margrethe Vestager, 'Algoritma dan kompetisi', Pidato pada Konferensi Kompetisi Bundeskartellamt ke-18 (Berlin, 16 Maret 2017).

⁴⁶ Seni. 25 GDPR menyatakan: «dengan mempertimbangkan kecanggihan, biaya implementasi dan sifat, ruang lingkup, konteks dan tujuan pemrosesan serta risiko dengan berbagai kemungkinan dan tingkat keparahan terhadap hak dan kebebasan individu yang ditimbulkan oleh pemrosesan, pengontrol harus, baik pada saat penentuan sarana pemrosesan maupun pada saat pemrosesan itu sendiri, menerapkan tindakan teknis dan organisasi yang sesuai, seperti nama samaran, yang dirancang untuk menerapkan prinsip-prinsip perlindungan data, seperti data minimalisasi, dengan cara yang efektif dan untuk mengintegrasikan perlindungan yang diperlukan ke dalam pemrosesan untuk memenuhi persyaratan Peraturan ini dan melindungi hak-hak subjek data. Pengendali harus menerapkan langkah-langkah teknis dan organisasi yang sesuai untuk memastikan bahwa, secara default, hanya data pribadi yang diperlukan untuk setiap tujuan pemrosesan tertentu yang diproses. Kewajiban tersebut berlaku pada jumlah data pribadi yang dikumpulkan, sejauh mana pemrosesannya, periode penyimpanan, dan aksesibilitas. Langkah-langkah tersebut harus memastikan bahwa data pribadi secara default tidak dapat diakses tanpa intervensi individu terhadap orang perseorangan dalam jumlah yang tidak terbatas. Mekanisme sertifikasi yang disetujui berdasarkan Pasal 42 dapat digunakan untuk menunjukkan kepatuhan terhadap persyaratan yang ditetapkan dalam ayat 1 dan 2 Pasal ini».

⁴⁷ Ann Cavoukian, 'Privacy by Design - 7 Prinsip Dasar, Komisararis Informasi dan Privasi Ontario' (2009)

Berdasarkan PbD, pengontrol menerapkan prinsip perlindungan data, akuntabilitas, dan keadilan ke dalam desain pemrosesan data. Secara praktis, melalui mekanisme ini, perlindungan data menjadi bagian dari pemrosesan data, bahkan ketika teknik pemrosesan data pribadi yang rumit tidak sepenuhnya dipahami oleh pengguna. Terkait dengan pendekatan perlindungan data yang lebih tradisional berdasarkan pemulihan *ex post*, pendekatan desainnya beralih ke perspektif proaktif dan preventif.⁴⁸

Dewan Perlindungan Data Eropa (EDPB) mengadopsi Pedoman 4/2019 tentang Pasal 25 Perlindungan Data Berdasarkan Desain dan Default (versi 2.0), yang menggarisbawahi perlunya pengontrol data untuk menerapkan kewajiban GDPR saat merancang operasi pemrosesan. Selain itu, EDPB memberikan panduan mengenai langkah-langkah yang tepat untuk memastikan penerapan Art. 25 kewajiban. Oleh karena itu, pengontrol harus memahami prinsip-prinsip perlindungan data serta hak dan kebebasan subjek data untuk menerapkan persyaratan hukum dengan benar sedini mungkin. Elemen kunci yang berkaitan dengan karakteristik konten terinspirasi oleh kejelasan, semantik, aksesibilitas, relevansi, pemahaman, dan desain multi-saluran universal. Hal terakhir ini relevan untuk memfasilitasi penegakan hak, serta menghindari diskriminasi.⁴⁹ Faktanya, sering kali perusahaan, seperti Tinder atau Facebook, mengakui hak pengguna GDPR, namun mereka tidak cukup menerapkan arsitektur desain secara pragmatis. dengan mempertimbangkan hak GDPR.

Komentar mengenai pedoman ini menggarisbawahi praktik penipuan yang bertentangan dengan perlindungan data yang dirancang dan diwajibkan secara default.⁵⁰ Dengan mengadopsi pola desain yang terlalu menghambat kebebasan memilih subjek data, pengontrol data akan gagal memenuhi tugasnya untuk menerapkan kebijakan yang sesuai. langkah-langkah teknis dan organisasi secara efektif. Dalam beberapa kasus, hal ini bahkan mungkin merupakan pelanggaran terhadap prinsip transparansi, dan prinsip keabsahan, dan persetujuan yang diberikan melalui pola manipulatif tidak dapat dianggap 'diberikan secara cuma-cuma' sehingga tidak dapat dijadikan sebagai dasar hukum yang sah untuk pemrosesan data yang dimaksud.

Komunikasi yang jelas dan jelas dengan subjek data mengenai data yang diproses merupakan syarat penting dengan prinsip-prinsip Eropa lainnya yang saling terkait: keadilan dan keabsahan. Inilah sebabnya isu terkait perlindungan data adalah transparansi, yang,

⁴⁸ Ide untuk menerapkan perlindungan privasi dalam sistem informasi dan jenis teknologi lainnya sudah ada sejak tahun 90an. Petunjuk Perlindungan Data UE telah memuat beberapa ketentuan yang secara tegas menyerukan penerapan perlindungan teknologi dalam desain dan pengoperasian sistem informasi. Pasal 17 mencantumkan kewajiban pengontrol data untuk menerapkan tindakan teknis dan organisasi yang sesuai untuk melindungi data pribadi. Namun, Petunjuk ini belum cukup untuk memastikan bahwa privasi tertanam secara memadai dalam sistem informasi.

⁴⁹ EDPB, 'Pedoman 4/2019 tentang Pasal 25 Perlindungan Data Karena Desain dan Cedera Janji, diadopsi pada tanggal 20 Oktober 2020':

⁵⁰ Jiahong Chen, Derek McAuley, Ansgar Koene, 'Komentar pada Pedoman Dewan Perlindungan Data Eropa 4/2019 tentang Pasal 25 Perlindungan Data Berdasarkan Desain dan Default' (2020)

meskipun memiliki banyak kelemahan, merupakan konsep inti GDPR,⁵¹ dan penegakannya secara sengaja dapat berkontribusi lebih baik dalam menghindari pola gelap.⁵²

Lebih tepatnya, transparansi, di satu sisi, terkait dengan akuntabilitas pengontrol atas informasi wajib (Pasal 12, 13, dan 14 GDPR) dan, di sisi lain, dengan aksesibilitas informasi, penyediaan pilihan yang bermakna, dan pengurangan kerentanan informasi. Struktur ganda dari prinsip transparansi (persyaratan sementara dan formal), serupa dengan yang dijelaskan di bidang konsumen, juga dapat ditemukan dalam undang-undang perlindungan data: Peraturan Perlindungan Data Umum (GDPR) mensyaratkan pengungkapan yang diamanatkan tercantum dalam Pasal 13 GDPR (yaitu informasi penting tentang pemrosesan yang harus diberikan kepada subjek data ketika data pribadi diperoleh langsung darinya) harus diberikan pada saat pengumpulan data pribadi.⁵³

Sejauh menyangkut persyaratan formal, GDPR serupa dengan aturan perlindungan konsumen: pengontrol data harus mengambil tindakan yang tepat untuk memberikan informasi yang diwajibkan oleh hukum (Pasal 13-14 GDPR) dan komunikasi apa pun mengenai hak akses, penggunaan teknologi otomatis, pengambilan keputusan individu, dan pelanggaran data pribadi, serta menyampaikan permintaan persetujuan: 1) dalam bentuk yang ringkas, transparan, mudah dipahami, dan mudah diakses; 2) menggunakan bahasa yang jelas dan lugas; 3) diberikan secara tertulis atau dengan cara lain, termasuk, bila perlu, melalui sarana elektronik; 4) diberikan secara lisan, jika diminta oleh subjek data.

Tujuan utama dari 'transparansi berdasarkan desain' adalah bahwa subjek data akan disajikan dengan informasi yang bermakna dan dapat ditindaklanjuti, bukan berupa blok teks standar yang bertindak sebagai dokumen pertanggungjawaban untuk misi pengontrol. Subjek data rentan dan dapat dimanipulasi serta memerlukan tindakan perlindungan agar tidak dieksploitasi oleh pengontrol. Oleh karena itu, transparansi dirancang untuk menetapkan bahwa (a) pengontrol harus mengirimkan serangkaian informasi kepada subjek data dan memfasilitasi pelaksanaan hak perlindungan data ('akuntabilitas') dan (b) hal ini harus dilakukan secara tepat waktu dan memadai, dan cara yang dapat diakses dan melalui promosi pilihan privasi yang bermakna, untuk mengurangi kerentanan informasi yang memungkinkan terjadinya pola gelap dan kebijakan privasi yang tidak adil ("keadilan").

⁵¹ Terdapat kewajiban transparansi kepada pengawas dalam beberapa Pasal: Pasal 5, 12, 13, 14, 26, 40, 41, 42, 43, 53 dan 88 dan dalam Resital 13, 39, 58, 60, 71, 78, 100 dan 121 GDPR. Pasal 29 Kelompok Kerja Perlindungan Data, Pedoman transparansi berdasarkan Peraturan 2016/679 (2017).

⁵² Kemungkinan solusi ini juga disampaikan oleh Luiza Jarovsky, 'Transparency by Design: Reducing Informational Vulnerabilities Through UX Design' (25 Mei 2022) <DOI:10.2139/ssrn.4119284>. Penulis membahas ketidaksesuaian antara apa yang disyaratkan oleh undang-undang, apa yang ditawarkan oleh pengontrol data, dan apa yang dibutuhkan oleh subjek data, yaitu bahwa subjek data menjadi rentan. Subjek data tidak memiliki informasi yang sesuai dan dapat diakses atau pilihan yang bermakna, dan mereka tidak mengetahui hak perlindungan datanya. Mereka tidak menyadari apa yang terjadi pada data pribadi mereka dan apa yang dapat mereka lakukan untuk mengubahnya.

⁵³ Jika informasi berasal dari sumber pihak ketiga (seperti yang tercantum dalam Pasal 14 GDPR), kewajiban informasi harus dipenuhi: 1) dalam jangka waktu yang wajar, tergantung pada keadaan spesifik pemrosesan, yang tidak boleh melebihi bagaimanapun juga satu bulan; 2) apabila data pribadi dimaksudkan untuk berkomunikasi dengan subjek data, selambat-lambatnya pada saat terjadinya komunikasi pertama; jika pengontrol data berencana mengungkapkan data pribadi, paling lambat pada saat pengungkapan pertama (Pasal 14.3 GDPR).

Untuk mendorong keadilan, salah satu aspek yang terkait dengan kewajiban transparansi dalam GDPR, pengontrol harus menyadari elemen desain utama yang membentuk pilihan privasi, memilih mekanisme yang dapat memitigasi kerentanan informasi subjek data.

Memang benar, jika menghipotesiskan penerapan transparansi berdasarkan desain, hal ini berarti berfokus pada akuntabilitas dan keadilan (lihat lebih lanjut di Bab III).⁵⁴ Desain sangat diperlukan untuk mematuhi kewajiban transparansi, karena desain tersebut harus menanamkan nilai-nilai dan premis serta memberdayakan subjek data di seluruh proses mereka. interaksi dengan pengontrol.

Transparansi yang dirancang akan mencakup privasi yang dirancang dengan berbagai prinsip yang sama. Perlu dicatat bahwa transparansi bergerak maju dari masalah privasi dalam arti bahwa ini bukan hanya masalah perlindungan data tetapi juga masalah hukum konsumen mengenai pandangannya terhadap individu dan model pengambilan keputusannya. Untuk memenuhi kewajiban keadilan dalam hal ketentuan, platform online harus merancang, mengatur, dan mengoperasikan antarmukanya untuk menghindari penipuan, manipulasi, dan distorsi material lainnya atau gangguan terhadap kemampuan penggunaannya untuk membuat keputusan yang bebas dan terinformasi (lihat lebih lanjut bagian 4.1).

Bagi GDPR, visualisasi dan ikonografi (Pasal 12.8 GDPR) memang merupakan sarana untuk menjamin transparansi, serupa dengan peraturan pelabelan pangan. Kepentingan literal dan formal yang diberikan pada aspek-aspek tersebut tidak disertai dengan indikasi pragmatis yang memadai berbeda dengan apa yang terjadi dalam prinsip transparansi dengan WP29.

Perlu dicatat bahwa belakangan ini, bentuk peraturan swasta, seperti standar sukarela swasta dan hukum lunak (*soft law*) telah memberikan kontribusi yang signifikan dalam memperkaya isi prinsip transparansi.

WP29, yang menerbitkan versi final pedoman transparansi berdasarkan Peraturan 2016/679 pada bulan April 2018, sangat memengaruhi interpretasi dan penerapan GDPR. Secara konkret, kelompok kerja WP29 menggambarkan prinsip-prinsip umum, klausul, dan indikasi praktis sebagai cara yang ringkas dan efisien untuk menyajikan informasi dan menerapkan transparansi sebagai '[konsep] yang berpusat pada pengguna dan bukan legalistik'.⁵⁵

WP29 berupaya untuk menjamin bahwa konsumen memiliki alat yang sesuai untuk memperkirakan cakupan, potensi risiko, dan konsekuensi dari proses data, juga sejalan dengan keputusan pengadilan mengenai hukum konsumen. Secara keseluruhan, pedoman ini juga bermanfaat bagi wawasan empiris perilaku yang diungkapkan oleh ekonomi perilaku.⁵⁶

⁵⁴ Gianclaudio Malgieri, 'Konsep Keadilan dalam GDPR: Interpretasi Linguistik dan Kontekstual' (2020) 20 *Prosiding Fat* 27.

⁵⁵ Poin 4 dokumen tersebut (Pedoman transparansi berdasarkan Peraturan 2016/679).

⁵⁶ Tepatnya, Pedoman transparansi berdasarkan Peraturan 2016/679 menekankan fakta bahwa pengawas tidak yakin tentang tingkat kejelasan dan transparansi informasi dan efektivitas antarmuka pengguna/pemberitahuan/kebijakan, dll., mereka dapat mengujinya, misalnya melalui mekanisme seperti panel pengguna, pengujian keterbacaan, interaksi formal dan informal, serta dialog dengan kelompok industri, kelompok advokasi konsumen, dan badan pengatur, jika diperlukan, antara lain (*ibid*, poin 9 dokumen).

Kunci interdisipliner untuk memahami keterbukaan dan transparansi yang diamanatkan menjadi penting: temuan empiris dari linguistik, desain informasi, interaksi manusia-komputer, dan ilmu perilaku (tidak peduli ilmu spesifik mana yang berasal: psikologi, ilmu saraf, sosiologi) dapat berkontribusi secara efisien dalam membentuk isi dari prinsip transparansi, yang tidak hanya memberikan panduan *ex ante* kepada pedagang dan pengontrol data, namun juga merupakan perangkat bagi otoritas penegak hukum dan pengadilan untuk menilai penghormatan *ex post* terhadap kewajiban hukum.⁵⁷

Berdasarkan pengamatan tajam para pakar ini, pendekatan desain, sebagai cara berpikir proaktif, menunjukkan dirinya sebagai alat yang efektif untuk menerapkan arahan baru ini secara koheren dalam memenuhi transparansi. Akibatnya, pola-pola tersebut secara operasional menerjemahkan prinsip hukum transparansi ke dalam praktik melalui sudut pandang perilaku dan desain.⁵⁸

⁵⁷ Arianna Rossi, Rossana Ducato, Helena Haapio, Stefania Passera, 'When Design Met Law: Design Patterns for Information Transparency' (2019) vol. 122-123 (5) *Droit de la consommation* 79-121,

⁵⁸ *ibid*

BAB 6

PERSPEKTIF HUKUM KONSUMEN

Bagian ini mengeksplorasi sejauh mana undang-undang konsumen bersinergi dengan undang-undang perlindungan data ketika undang-undang tersebut melindungi transparansi dan menilai keadilan dan keabsahan pilihan konsumsi. Untuk mencapai tujuan ini, paragraf ini berfokus pada implementasi dan penerapan klausul utama transparansi, dan uji kewajiban, dengan perhatian khusus pada dampak UCPD dan Paket Pasar Digital yang baru. Persyaratan ini secara formal penting untuk komunikasi yang adil dan konten substansial yang sah.

Pola gelap mengubah konsumen 'dari penerima layanan menjadi pelayan perusahaan industri data'.¹ Perubahan penting ini muncul dalam diskusi publik dan politik. Selama Konferensi Meja Bundar mengenai pola komersial gelap digital yang diadakan pada tahun 2021, OECD menganalisis semakin banyaknya 'pola komersial gelap' dan menyoroti kesulitan dalam membedakannya dari teknik pemasaran lainnya.² Namun demikian, kemajuan dalam literatur hukum belum siap untuk mengidentifikasi pola komersial gelap digital. Pola gelap secara individual, OECD telah menguraikan cara untuk membedakan pola komersial gelap dari teknik pemasaran persuasif lainnya: pola komersial dapat memodifikasi arsitektur pilihan untuk menghambat pengambilan keputusan konsumen, melalui perubahan pada ruang keputusan atau manipulasi arus informasi, serta perubahan pola gelap komersial. Potensi kerugian kesejahteraan konsumen individu dan kolektif.

Dokumen akhir OECD sejalan dengan beberapa pengalaman Nasional, misalnya di Norwegia, di mana mulai tahun 2018, Dewan Konsumen, sebuah kelompok konsumen yang sangat aktif di bidang hak digital, menerbitkan laporan tentang bagaimana pengaturan default dan pengaturan gelap pola ini digunakan oleh perusahaan teknologi seperti Facebook, Google, dan Microsoft untuk mendorong pengguna ke opsi yang mengganggu privasi.³

Menggambarkan banyak taktik yang nantinya akan diklasifikasikan sebagai pola gelap, OECD membingkai kekhawatiran terkait ke dalam hukum konsumen. Laporan ini menggarisbawahi bahwa ada beberapa pilihan untuk menanggapi sejumlah besar praktik yang dianggap sebagai pola komersial gelap: misalnya, pihak berwenang mungkin memperlakukan

¹ Pidato oleh Giovanni Buttarelli, 'Pola gelap dalam perlindungan data: hukum, dorongan, desain dan peran teknologi' di Legal Design Roundtable, 29 April 2019, Brussels, Belgia.

² OECD (2021), Roundtable on Dark Commercial Patterns Online: Ringkasan diskusi, tersedia di [https://one.oecd.org/document/DSTI/CP/CPS\(2020\)23/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CP/CPS(2020)23/FINAL/en/pdf). Dokumen tersebut melaporkan bahwa dalam penyisiran yang dilakukan pada tahun 2019 oleh Jaringan Penegakan Perlindungan Konsumen Internasional (ICPEN) terhadap 1.760 situs web/aplikasi bisnis ritel di berbagai sektor, 429 (24%) ditandai sebagai potensi 'dorongan perilaku gelap'. Tiga praktik dark nudge yang paling banyak diidentifikasi adalah: penjualan bertekanan (misalnya menggunakan klaim kelangkaan), penetapan harga tetes, dan masalah desain seperti mengaburkan syarat dan ketentuan. Studi lain yang dilakukan pada tahun 2019 oleh peneliti akademis dari Universitas Princeton di Amerika Serikat mengidentifikasi 1.818 contoh pola komersial gelap (yang terbagi dalam 15 kategori) di sekitar 11.000 bisnis ritel dan situs pasar online. Pola seperti ini juga telah diidentifikasi pada platform media sosial dan situs web lain yang mempromosikan iklan palsu yang mengarahkan konsumen ke produk palsu dan produk terlarang lainnya.

³ Dewan Konsumen 'Tertipu oleh Desain: Bagaimana perusahaan teknologi menggunakan pola gelap untuk menghalangi kita menggunakan hak privasi' (2018)

'iklan terselubung', yang secara umum dianggap menipu menurut undang-undang konsumen di sebagian besar yurisdiksi OECD, dengan cara yang berbeda dari 'iklan tersamar'. *konfirmasishaming*', yang mungkin menimbulkan lebih banyak masalah hukum baru.

Memang benar, pengamatan OECD ini menyiratkan pengakuan bahwa pola gelap mencerminkan tantangan dan perubahan yang sedang berlangsung dalam undang-undang konsumen. Demikian pula dengan kendala yang ditunjukkan oleh paradigma normatif informasi yang telah dibahas,⁴ para politisi menggali lebih dalam mengenai 'arsitektur pilihan dan pengaturan standar seputar keputusan pribadi yang mungkin menyebabkan konsumen memilih dengan cara yang berbeda dan lebih baik'.⁵ Praktik komersial yang dipersonalisasi, seperti iklan yang dipersonalisasi dan penetapan harga, sudah menunjukkan mekanisme ini.⁶ Secara umum, asimetri struktural dan digital akan dibahas secara luas di Bab III.⁷

Perdebatan paling sengit berkisar pada kontrak digital konsumen: prinsip transparansi menyiratkan bahwa informasi pra-kontrak harus disediakan terlebih dahulu dan disajikan sesuai dengan persyaratan substansial dan formal. Informasi waktu mensyaratkan bahwa konsumen harus dapat memperoleh pengetahuan tentang persyaratan sebelum menandatangani kontrak. Dalam beberapa bidang hukum kontrak tertentu, pembuat undang-undang menetapkan beberapa persyaratan desain informasi: misalnya, dalam kontrak jarak jauh, elemen utama kontrak harus 'ditampilkan di sekitar konfirmasi yang diminta untuk melakukan pemesanan' (recital 39, CRD), untuk memastikan bahwa penyajian informasi memungkinkan pengguna untuk mengenal istilah-istilah tersebut secara efektif.

Dasar pemikiran UCTD berfokus pada transparansi berdasarkan pandangan tradisional bahwa konsumen yang terinformasi akan mengambil keputusan untuk memaksimalkan kesejahteraan mereka. ECJ telah menegaskan bahwa kurangnya transparansi merupakan faktor yang harus dipertimbangkan ketika menilai keadilan ketentuan berdasarkan Art. 3 UCTP.⁸ Terdapat kesenjangan dalam UCTD mengenai konsekuensi pelanggaran terhadap persyaratan transparansi yang mengakibatkan ketidakpastian hukum yang cukup besar (aturan hanya berlaku jika klausulnya kontra proferentem). Memang benar bahwa prinsip transparansi berdasarkan UCTP hanya dapat diterapkan pada istilah-istilah yang ambigu, namun berdasarkan juga pada Study for the Fitness Check of EU Consumer and Marketing Law, masih belum jelas istilah-istilah apa yang dapat dianggap tidak adil mengenai kontrak online yang dihasilkan dari praktik komersial awal (misalnya penggunaan hyperlink yang berlebihan yang dapat mengarah pada apa yang disebut 'kontrak kontrak') yang dapat berperan berlawanan dengan tujuan mencapai transparansi pasar.⁹

Modalitas untuk mengungkapkan informasi misalnya, sangatlah penting karena dapat mengungkapkan semacam manipulasi tidak langsung: transparansi berarti memberikan

⁴ Lihat implikasi yang didorong oleh studi sosiologi konsumsi: Lois W. Hofman, Psikologi perkembangan saat ini (McGraw-Hill, 1994).

⁵ Hans W. Micklitz, Lucia Reisch, Kormelia Hagen dkk., Pengantar Edisi Khusus tentang 'Behavioural Economics, Consumer Policy, and Consumer Law' (2011) 34 J Kebijakan Konsumsi 271-276.

⁶ Pasal 29 Pedoman Kelompok Kerja Perlindungan Data mengenai pengambilan keputusan dan pembuatan profil individu secara otomatis untuk tujuan Peraturan 2016/679 (2017)

⁷ BEUC (n 102).

⁸ Kasus C-472/10 Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Távközlési Zrt [2012] EU:C:2012:242.

⁹ Lihat Caterina Gardiner, Ketentuan Kontrak yang Tidak Adil di Era Digital. Tantangan Melindungi Konsumen Eropa di Pasar online (EE Elgar, 2022) 100.

informasi dengan cara yang jelas dan dapat dipahami, sehingga 'konsumen rata-rata' dapat memahaminya tanpa nasihat hukum.¹⁰

Persyaratan seperti ini sulit untuk dipahami karena baik UTD maupun CRD biasanya memberikan pernyataan yang komprehensif, yang mendasari perlunya 'bahasa yang jelas dan mudah dipahami', dimana kejelasan juga berarti keterbacaan informasi tersebut.

Instrumen hukum lunak menawarkan pedoman yang lebih rinci tentang penyajian informasi. Misalnya, dokumen Pedoman CRD tahun 2021 berisi model untuk menampilkan informasi konsumen tentang produk digital.¹¹

Menariknya, dokumen Pedoman ini mendorong penggunaan ikon, tabel, tata letak terstruktur, dan elemen grafis lainnya untuk mengilustrasikan isi kontrak. Namun, model ini tidak mengikat, hanya mengacu pada produk online, dan hanya berfungsi sebagai contoh untuk menyarankan cara alternatif dan lebih ramah pengguna dalam menyajikan informasi kepada pedagang tanpa menetapkan kriteria tertentu.

Bahasa yang jelas dan mudah dipahami telah ditafsirkan secara luas oleh Pengadilan Eropa.¹⁴⁶ Sebagai prasyarat, informasi harus dapat dipahami secara formal dan tata bahasa. Konsumen harus mampu mengevaluasi konsekuensi hukum dan ekonomi dari pilihannya dengan mempertimbangkan seluruh elemen transaksi, termasuk proses pemasaran, dan harapan yang wajar atas perhatian dari rata-rata konsumen.¹²

Di wilayah tertentu, Negara Anggota diminta untuk menegakkan hak-hak konsumen. Misalnya, salah satu bidang yang memerlukan peraturan hukum lebih lanjut adalah video game online. Pola gelap disebutkan dalam resolusi Parlemen Eropa tanggal 18 Januari 2023 tentang perlindungan konsumen dalam video game online.¹³ Resolusi tersebut menunjukkan perlunya memperkuat perlindungan konsumen terhadap ketersediaan video game yang dapat dijual menggunakan desain game, yang biasa dikenal dengan pola gelap, yang dapat menimbulkan konsekuensi psikologis dan finansial yang berbahaya melalui pembelian yang tidak diinginkan atau tidak terkendali, terutama untuk anak di bawah umur dan anak kecil (ada kasus pengadilan yang sedang berlangsung di Belanda mengenai tindakan yang diterapkan pada kotak penjarahan; Slovakia juga sedang menyelidiki tindakan yang tepat untuk diambil). Kurangnya pendekatan yang harmonis menyebabkan fragmentasi pasar video game di UE, dan tidak ada mekanisme perlindungan konsumen khusus di tingkat Eropa yang menjamin perlindungan semua pemain, khususnya anak di bawah umur dan anak-anak, sehubungan dengan kotak jarahan berbayar.¹⁴

¹⁰ Konsep 'konsumen rata-rata'

¹¹ Komisi, 'Pedoman tanggal 29 Desember 2021 tentang interpretasi dan penerapan Petunjuk 2011/83/EU Parlemen Eropa dan Dewan Hak Konsumen' [2021] OJ C 525, 1-85. Pemberitahuan ini menggantikan dokumen Panduan mengenai Pedoman Hak Konsumen yang dikeluarkan pada tahun 2014.

¹² Untuk rincian lebih lanjut mengenai topik ini lihat Rossi, Ducato, Haapio, Passera (n 133).

¹³ Parlemen, Laporan 19 Desember 2022 tentang perlindungan konsumen dalam video game online: pendekatan pasar tunggal Eropa, A9-0300/2022.

¹⁴ Parlemen, 'Resolusi 18 Januari 2023 tentang perlindungan konsumen dalam video game online: pendekatan pasar tunggal Eropa' [2023] 2022/2014(INI), Resolusi tersebut menyatakan pada poin 16: 'mencatat bahwa, di luar sistem pembelian dalam game dan item berbayar acak, desain menipu lainnya juga muncul di video game dan dapat mengubah perilaku konsumen; menyerukan kepada otoritas nasional untuk secara efektif menegakkan undang-undang perlindungan konsumen Eropa dan nasional, khususnya Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil, dan panduan terkait yang melarang pola gelap tertentu, praktik pemasaran agresif, dan transparansi informasi yang menyesatkan yang wajib diberikan kepada konsumen; selanjutnya menyerukan

6.1 UNDANG-UNDANG LAYANAN DIGITAL DAN UNDANG-UNDANG PASAR DIGITAL

Keuntungan dan kritik terhadap larangan pola gelap

Berdasarkan studi empiris, perusahaan menggunakan taktik berbeda untuk mencegah pelanggan berhenti dari layanan berlangganan: teknik ini sering kali merupakan bentuk pola gelap.¹⁵ Mencegah pelanggan meninggalkan situs web diyakini akan meningkatkan kemungkinan mereka akan terlibat kembali. Pada saat yang sama, perusahaan tetap dapat memperoleh manfaat dari pelanggan, meskipun mereka bukan lagi pengguna aktif, karena perusahaan memiliki dasar hukum yang lebih kuat untuk tetap menggunakan data yang dikumpulkan melalui akun pengguna. Oleh karena itu, mempertahankan akses terhadap data pengguna yang ada menjadi lebih relevan karena semakin sulit bagi perusahaan untuk mengumpulkan data tentang pengguna karena inisiatif privasi yang baru lahir.

Data empiris ini perlu dianalisis dari perspektif tata kelola umum pasar digital yang diperkenalkan oleh Lembaga Eropa dengan paket perundang-undangan yang terdiri dari Digital Services Act (DSA) dan Digital Markets Act (DMA). Pada tanggal 20 Januari 2022, Komisi Eropa mengesahkan amandemen terakhir, dan Undang-undang tersebut merupakan reformasi paling signifikan dalam undang-undang platform internet dalam beberapa waktu terakhir. Terutama, DSA secara eksplisit membahas desain, yang menunjukkan bahwa hal itu dapat merupakan praktik yang melanggar hukum.

Sebagai gambaran umum, DMA bertujuan untuk memastikan persaingan yang adil antara bisnis online, membatasi perilaku pasar dari apa yang disebut sebagai perusahaan penjaga gerbang untuk memastikan pasar digital yang adil. Sebaliknya, DSA memastikan kondisi layanan digital inovatif di pasar internal. Hal ini juga berkontribusi terhadap keamanan online dan perlindungan hak-hak dasar, menetapkan struktur tata kelola yang kuat dan tahan lama untuk mengawasi penyedia layanan perantara secara efektif.

Meskipun DSA tidak secara tegas disusun untuk melindungi konsumen,¹⁶ beberapa ketentuan secara tidak langsung mewujudkan tujuan ini (misalnya penanganan konten online yang berbahaya, perlindungan hak-hak dasar pengguna online, dan pembatasan pengumpulan data pribadi untuk tujuan periklanan dan pembatasan pada periklanan perilaku online).¹⁷ Untuk memenuhi kewajiban universal terhadap keadilan, platform online harus merancang organisasi dan pengoperasian antarmuka mereka sedemikian rupa sehingga menghindari distorsi material atau penurunan kemampuan penggunaannya untuk membuat keputusan yang bebas dan terinformasi.

kepada Komisi untuk terus mengkaji isu-isu ini, khususnya pola-pola gelap, sebagai bagian dari pemeriksaan kesesuaian undang-undang konsumen UE mengenai keadilan digital dan untuk memberikan inisiatif yang memadai jika dianggap perlu’.

¹⁵ Temuan empiris dikemukakan oleh Runge, Wentzel, Huh, dkk (n. 5 Pendahuluan).

¹⁶ Pengguna dapat berupa konsumen dan perusahaan. DSA bertujuan untuk menyelaraskan kondisi agar layanan lintas batas yang inovatif dapat berkembang di UE, mengatasi dan mencegah munculnya hambatan terhadap kegiatan ini, dan memberikan pengawasan yang memadai terhadap layanan yang diberikan. Hal ini memastikan bahwa penyedia layanan digital tidak disalahgunakan untuk kegiatan ilegal dan operator bertindak secara bertanggung jawab. Lihat Morais Carvalho, Jorge, Arga, Lima, Francisco, Farinha, Martim, ‘Introduction to the Digital Services Act, Content Moderation and Consumer Protection’ (2021) 3(1) *Revista de Direito e Tecnologia* 71-104.

¹⁷ Aina Turillazzi, Federico Casolari, Mariarosa Taddeo, Luciano Floridi, ‘The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications’ (2022)

DSA memenuhi syarat sebagai *lex specialis* yang melengkapi instrumen sektoral tertentu.¹⁸ Sifat saling melengkapi dari GDPR terlihat jelas dalam hal hak atas informasi, khususnya dalam bidang Seni. 12-1 mengintegrasikan pasal 12 hingga 14 GDPR, juga mengenai transparansi dan akuntabilitas tambahan terhadap iklan bertarget yang diatur dalam pasal 24 dan 30 Undang-undang tanpa mengurangi hak dan upaya hukum yang tersedia bagi subjek data. Di sisi lain, saling melengkapi DSA dengan akuisisi konsumen UE terlihat jelas dengan referensi yang diungkapkan pada Directive 93/13/EEC, Directive 98/6/EC, Directive 2005/29/EC dan Directive 2011/83/EU, semuanya diubah berdasarkan Directive (EU) 2019/21, dan mempertahankan pendekatan yang telah diambil oleh e-Commerce Directive.

Meskipun peraturan khusus mengenai praktik yang berhubungan dengan konsumen tetap berlaku (misalnya Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil), DSA secara efektif menetapkan klausul umum yang melarang praktik keliru dan agresif dalam semua hubungan horizontal yang tidak tercakup dalam undang-undang khusus sektor mana pun. Satu-satunya persyaratan adalah bahwa praktik tersebut harus dilakukan melalui aplikasi, situs web, atau platform lain yang dioperasikan oleh platform online yang tidak kecil atau mikro.¹⁹

Mengingat penerapannya yang lebih luas pada semua 'perantara' online (mulai dari penyedia layanan internet dan layanan hosting hingga aplikasi perpesanan, penyedia email, dan pasar bergaya Amazon), DSA telah menarik lebih banyak perhatian pada pola-pola gelap.²⁰

Menurut resital 67, pola gelap bertujuan untuk mencegah pengguna membuat pilihan atau keputusan yang mandiri dan terinformasi. Berbeda dengan UCPD, niat pedagang mungkin – menurut kata-kata dalam laporan tersebut – juga berperan. Namun, niat pedagang biasanya lebih sulit ditentukan dibandingkan arsitektur dan reaksi umum rata-rata pengguna. Recital 67 tidak membahas tentang isi pernyataan (misalnya iklan), namun terutama tentang 'struktur, desain, atau fungsi' antarmuka online (misalnya situs web atau aplikasi), misalnya, karena pilihan tidak disajikan secara netral, dalam hal tertentu pilihan lebih diutamakan melalui 'visual, auditori, atau komponen lainnya' – sebuah topik yang baru-baru ini dibahas terutama oleh otoritas pengawas perlindungan data sehubungan dengan spanduk cookie. Disebutkan juga praktik berulang kali meminta pengguna untuk mengirimkan ulang pilihan yang telah mereka buat atau membuatnya lebih sulit untuk membatalkan daripada login, membuat pengaturan default sulit diubah, dan menyesatkan pengguna dengan membujuk mereka untuk melakukan transaksi tertentu. Selain itu, pembacaan 51(b) secara tegas merujuk pada istilah 'pola gelap' sebanyak empat kali.

Oleh karena itu, sejalan dengan tujuannya untuk melindungi hak-hak dasar UE (kebebasan berekspresi dan informasi), area utama reformasi di bawah DSA adalah terkait

¹⁸ Edpb, 'Opini 1/2021 tanggal 10 Februari 2021 tentang Proposal Undang-Undang Layanan Digital',

¹⁹ Platform online juga wajib memastikan tingkat privasi, keselamatan, dan keamanan tingkat tinggi bagi anak di bawah umur dalam layanan mereka. Martin Husovec, Irene Roche Laguna, Prinsip Undang-Undang Layanan Digital (Oxford University Press, Akan Datang 2023),

²⁰ Dalam amandemennya terhadap DSA (yang kemudian diusulkan), Komite Parlemen Eropa untuk Pasar Internal dan Perlindungan Konsumen (IMCO) menambahkan pernyataan (39a), yang di dalamnya kita membaca: 'Namun, praktik-praktik tertentu biasanya mengeksploitasi bias kognitif dan penerima manfaat yang cepat layanan untuk membeli barang dan jasa yang mereka tidak ingin mengungkapkan informasi pribadi yang mereka pilih untuk tidak diungkapkan.' Parlemen, 'Laporan usulan peraturan Parlemen Eropa dan Dewan Pasar Tunggal untuk Layanan Digital (Digital Services Act) dan amandemen Directive 2000/31/EC' [2021] A9-0356/2021

dengan praktik-praktik gelap, yang digunakan oleh penyedia layanan online untuk mendorong, atau menekan, pengguna agar melakukan tindakan ilegal. pengambilan keputusan.²¹ DSA telah melarang penyedia layanan perantara menggunakan teknik menipu atau menyenggol penerima layanan mereka; dan dari penggunaan pola gelap untuk mendistorsi atau mengganggu otonomi pengguna.

DSA tampaknya membuat terobosan hukum baru dengan larangan eksplisit terhadap pola gelap dalam Pasal 25, berjudul 'Desain dan Organisasi Antarmuka Online' dan 31 DSA, berjudul 'Kepatuhan berdasarkan desain': keduanya menetapkan kriteria yang menentukan untuk menyatakan kebebasan memilih pengguna adalah terdistorsi atau terganggu oleh pola gelap. Memang benar, Pasal 25 (paragraf 1) melarang penyedia platform online untuk merancang, mengoperasikan, atau mengatur antarmuka online mereka dengan cara yang menipu atau memanipulasi pengguna atau mengganggu kemampuan mereka untuk membuat keputusan yang bebas dan terinformasi.²²

Saat pertama kali dibaca, bahasa ini mungkin tampak ambisius dan memiliki jangkauan yang luas, namun hal ini patut diperhatikan sejauh mana bahasa ini ditinggalkan. Larangan yang tampaknya luas terhadap upaya mengganggu otonomi dan pilihan pengguna diatur dalam Pasal ini. Berdasarkan hal ini, Komisi dapat mengeluarkan panduan penerapan ayat 1 pada praktik-praktik tertentu, khususnya:

- (a) lebih mengutamakan pilihan-pilihan tertentu ketika meminta keputusan kepada penerima jasa;
- (b) berulang kali meminta penerima layanan untuk menentukan pilihan padahal pilihan tersebut sudah dilakukan, terutama dengan menampilkan pop-up yang mengganggu pengalaman pengguna;
- (c) mempersulit prosedur penghentian suatu layanan dibandingkan dengan berlangganan layanan tersebut.²³

Para peneliti memiliki konsensus yang sama: ketiga pola tersebut umumnya disebut 'pilihan asimetris', 'omelan', dan 'sulit untuk berhenti berlangganan'. Meskipun ketiga pola ini lazim dan dapat menyebabkan kerugian langsung bagi konsumen, ketiga pola tersebut tidak mencakup banyak praktik penipuan umum yang saat ini dilakukan oleh platform online. DSA secara eksplisit berfokus pada ketiga pola ini, yang menunjukkan bahwa fokus awal pada pelarangan pola gelap akan berpusat pada praktik manipulatif yang relatif sempit.

Dengan menetapkan bahwa larangan taktik desain yang menipu tersebut hanya berlaku pada platform online, para perancang DSA memilih untuk mengurangi potensi

²¹ Franz Hofmann, Benjamin Raue (eds.), *Undang-Undang Layanan Digital. Gesets über digitale Dienste (Nomos, 2023)* 434.

²² Pasal. 25 (1) negara penyedia platform online tidak boleh merancang, mengatur, atau mengoperasikan antarmuka online mereka dengan cara yang menipu, atau memanipulasi, penerima layanan mereka atau dengan cara yang secara material mendistorsi atau mengganggu kemampuan penerima layanan. layanan mereka untuk membuat keputusan yang bebas dan terinformasi. Seni. 25 (2) memperkenalkan pengecualian untuk praktik yang tercakup dalam Directive 2005/29/EC dan Regulation (EU) 2016/679. Seni. Pasal 25 (3) memberikan kemungkinan kepada Komisi untuk mengeluarkan pedoman tentang bagaimana ayat 1 diterapkan pada praktik-praktik tertentu, khususnya: (a) lebih mengutamakan pilihan-pilihan tertentu ketika meminta keputusan kepada penerima layanan; berulang kali meminta penerima layanan untuk menentukan pilihan padahal pilihan tersebut telah diambil, terutama dengan menghadirkan pop-up yang mengganggu pengalaman pengguna; membuat prosedur untuk menghentikan suatu layanan lebih sulit daripada berlangganannya.

²³ Pasal. 25 ayat (2) sub a); B); C).

dampak hukum terhadap penggunaan pola gelap. Akibatnya, hal ini tidak berdampak pada berbagai layanan perantara, termasuk bisnis yang mendasari perdagangan online, seperti ISP, layanan hosting web, dan pendaftar nama domain. Keprihatinan lain dari pelarangan ini adalah mengenai praktik apa saja yang terkena dampaknya.

Terakhir, banyak pola gelap paling produktif saat ini tidak muncul dalam bentuk pop-up yang mengganggu atau bahkan dalam antarmuka pengguna statis. Sebaliknya, hal tersebut dapat diwujudkan dalam antarmuka yang dinamis dan dipersonalisasi yang didorong oleh algoritma pembelajaran mesin yang disempurnakan melalui pengumpulan data yang berkelanjutan. Dalam hal memerangi algoritme manipulatif, DSA melakukan hal yang sejauh ini belum dilakukan oleh regulator AS. Pasal 26, misalnya, mengharuskan platform online yang besar untuk secara cermat mengidentifikasi, menganalisis, dan menilai risiko sistemik yang timbul dari desain, termasuk sistem algoritmik, fungsi, dan penggunaan layanan mereka, serta melakukan penilaian risiko.

DSA telah dikritik dalam beberapa aspek. Ada yang menganggap pembacaan 67 terlalu optimistis mengingat kata-kata dalam Pasal 25.²⁴ Ada pula yang menekankan bahwa Pasal tersebut di atas. 25 mempunyai dampak yang signifikan terhadap peraturan pola gelap, karena undang-undang tersebut menetapkan bahwa larangan pola gelap tidak berlaku pada praktik yang tercakup dalam UCPD dan GDPR: DSA hanyalah larangan tambahan di samping definisi luas tentang pola gelap.²⁵ Memang benar, menjadi *lex specialis* yang melengkapi instrumen spesifik sektor berarti, misalnya, mengintegrasikan GDPR, tepatnya ketika Pasal. 12-1 mengintegrasikan pasal 12 hingga 14 GDPR, juga mengenai transparansi dan akuntabilitas tambahan pada iklan bertarget yang disediakan oleh Pasal 24 dan 30 Undang-Undang tanpa mengurangi hak dan upaya hukum yang tersedia bagi subjek data. DSA gagal menetapkan kriteria yang jelas untuk membedakan praktik ilegal dari praktik sah (walaupun hal ini menjadi perhatian dalam laporan 51b) dan membuat peraturan konkrit mengenai pola gelap bergantung pada pedoman UE.

Pada dasarnya, baik GDPR maupun Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil tidak berhasil mengekang pola gelap secara luas. Karena kedua undang-undang ini memberikan ruang untuk mengatur pola-pola gelap, penegakan hukum relatif lemah dan terbatas pada konteks yang sempit, seperti izin cookie. Bergantung pada bagaimana regulator menafsirkan DSA, kerangka ini dapat memiliki, atau tidak memiliki, implikasi besar terhadap bagaimana arsitektur masa depan gatekeeper disajikan kepada konsumen. Sebuah desain yang secara asimetris menekankan satu pilihan dibandingkan yang lain, misalnya, dengan menyorot tombol pengambilan keputusan melalui ukuran, warna, atau keduanya dan membiarkan tombol lainnya tidak diberi penekanan atau berwarna abu-abu, kemungkinan besar akan dianggap 'tidak netral', terutama jika desain tersebut menekankan pada pilihan. dengan dampak ekonomi atau pengungkapan data bagi pengguna.

²⁴ Menurut Jan Trzaskowski, resital harus memberikan alasan pada ketentuan pokok dan tidak memuat ketentuan normatif atau imbauan politik. Trzaskowski (n 51 Bab I).

²⁵ ELI (penyusun: Marie Jull Sørensen, Peter Rott dan Karin Sein), Response (n 11), halaman 9 dokumen. Secara kebetulan, dokumen tersebut mengingatkan fakta bahwa Pengadilan telah mengakui potensi penerapan sanksi yang berbeda dan ganda terhadap tindakan yang sama, misalnya. Kasus C-453/10 Pereničová dan Perenič, 15 Maret 2012, ECLI:EU:C:2012:144, para. 47. Intinya berkaitan dengan penggunaan istilah-istilah yang tidak adil yang sekaligus dapat merupakan praktik komersial yang tidak adil.

Sehubungan dengan Paket Pasar Digital, resital 63 memberikan fokus khusus pada satu pola gelap yang terkenal yang melarang para penjaga gerbang untuk mempersulit atau memperumit pengguna bisnis atau pengguna akhir untuk berhenti berlangganan layanan platform inti'.²⁶ Pasal 13(6) DMA melarang, sebagai bentuk anti-pengelakan, menjadikan pelaksanaan hak atau pilihan tertentu 'terlalu sulit, termasuk dengan menawarkan pilihan kepada pengguna akhir dengan cara yang tidak netral, atau dengan menumbangkan pengguna akhir atau pengguna bisnis' otonomi, pengambilan keputusan, atau pilihan bebas melalui struktur, desain, fungsi atau cara pengoperasian antarmuka pengguna atau bagiannya.' Terakhir, larangan pola gelap juga diatur oleh Art. 70 dari DMA,²⁷ yang ditujukan hanya kepada penjaga gerbang dan hanya dalam konteks upaya untuk menghindari kewajiban lain yang ditetapkan oleh hukum. Namun, banyak perusahaan kecil yang juga bersalah karena mengeksploitasi pola gelap yang berbahaya, sering kali mengandalkan penipuan berbasis antarmuka sebagai aspek inti model bisnis mereka.

Kesimpulannya, jika Paket Pasar Digital mewakili sebuah langkah maju dari larangan yang dinyatakan, perluasan perlindungan masih terbatas. Ketentuan ini hanya berlaku bagi perusahaan 'penjaga gerbang', dan hanya dalam konteks di mana pola-pola gelap tersebut berhubungan langsung dengan ketentuan lainnya. Misalnya, penjaga gerbang tidak dapat menggunakan pola gelap untuk meminta izin pengguna agar menerima iklan bertarget. Ketika pelaku besar seperti Amazon memanfaatkan pola gelap, dampaknya akan dirasakan oleh jutaan pelanggan dalam skala besar.

6.2 PERAN PENTING DARI ARAHAN PRAKTIK KOMERSIAL YANG TIDAK ADIL

eksploitasi data dapat dianggap sebagai praktik yang berpotensi agresif atau menyesatkan dan akibatnya tidak adil. Hal ini dapat dicontohkan dengan meluasnya masalah yang terutama berdampak pada sektor penerbangan²⁸, di mana platform sering kali melibatkan konsumen dalam praktik penipuan dengan menyembunyikan biaya tambahan dan melanggar undang-undang terkait praktik komersial (biaya tambahan hanya ditambahkan setelah konsumen melanjutkan ke halaman pemesanan dan tidak diungkapkan di muka).

Saat memperdebatkan hipotesis ini, para pemangku kepentingan mempertimbangkan skenario di mana pelarangan strategi ini mengakhiri praktik komersial yang bertujuan mengumpulkan data dan memprosesnya untuk tujuan yang tidak dapat dipahami oleh konsumen.²⁹

²⁶ Pernyataan ini kemungkinan besar ditujukan terutama pada Amazon, mengingat temuan Dewan Konsumen Norwegia dan keluhan terhadap Amazon mengenai tantangan berhenti berlangganan Amazon Prime.

²⁷ Penjaga gerbang tidak boleh melakukan perilaku yang akan melemahkan efektivitas larangan dan kewajiban yang ditetapkan dalam Peraturan ini. Perilaku tersebut mencakup desain yang digunakan oleh penjaga gerbang, penyajian pilihan pengguna akhir dengan cara yang tidak netral, atau penggunaan struktur, fungsi, atau cara pengoperasian antarmuka pengguna, atau bagiannya untuk menumbangkan atau mengganggu otonomi pengguna, pengambilan keputusan, atau pilihan.

²⁸ Kewajiban yang dibebankan pada platform penjaga gerbang oleh Undang-Undang Pasar Digital (relevan dengan pasal 56, Bab I). Lihat juga Komisi, 'Pemberitahuan – Pedoman interpretasi dan penerapan Pasal 6a Petunjuk 98/6/EC Parlemen Eropa dan Dewan perlindungan konsumen dalam indikasi harga produk yang ditawarkan kepada konsumen' C/2021/9328 OJ C 526, 29.12.2021, 130-140.

²⁹ Pemain kunci Airbnb yang dianggap bertanggung jawab atas pelanggaran Pasal 7(4)(c) Directive 2005/29/EC UCPD, yang mewajibkan pedagang untuk memberikan total harga saat konsumen diberikan undangan untuk membeli. Airbnb bertanggung jawab karena tidak mengungkapkan biaya tambahan di muka dan melanggar

Praktik data yang tidak adil mengeksploitasi kerentanan informasi dan kognitif. Banyak dari praktik tersebut sesuai dengan praktik komersial tidak adil yang diatur dalam Directive 2005/29/EC (UCPD), sebagaimana diubah oleh Directive EU 2019/2161. Oleh karena itu, penting untuk menyelidiki apakah dan sejauh mana UCPD berkontribusi dalam menjaga keputusan transaksional individu dalam keadaan manipulasi yang didorong oleh teknologi, menjaga harmonisasi maksimum di mana Negara-negara Anggota tidak boleh memberlakukan aturan yang lebih ketat.³⁰ UCPD memiliki prinsip yang sama: pemberdayaan, proporsionalitas dan transparansi dengan GDPR. Namun, berbeda dengan yang terakhir, hal ini tidak mengacu pada persyaratan legitimasi, akuntabilitas dan keamanan.

Dengan memperluas cakupannya lebih dari sekadar kebijakan informasi,³¹ UCPD memungkinkan pertimbangan atas reaksi rata-rata konsumen yang 'ditargetkan', yang menyebabkan kesulitan ketika mencoba memasukkan wawasan dari ekonomi perilaku: praktik ini dilarang jika hal tersebut 'menyebabkan atau kemungkinan besar menyebabkan' rata-rata konsumen 'mengambil keputusan transaksional yang tidak akan diambilnya jika tidak' (Pasal 6, 7, dan 8). Larangan umum terhadap praktik komersial hanya dilakukan oleh UCPD jika tercantum dalam Lampiran I praktik yang dilarang. Semua praktik lainnya diselidiki berdasarkan kasus per kasus.³²

Praktik komersial yang tidak adil memiliki peran penting dalam menilai keadilan praktik komersial bisnis-ke-konsumen, dan instrumen lain dalam kerangka kerja Eropa, seperti eDirective, GDPR, atau undang-undang khusus sektor yang berlaku pada platform online. Memang benar bahwa UCPD memiliki prinsip pemberdayaan, proporsionalitas, dan transparansi yang sama dengan GDPR, namun UCPD tidak memiliki persyaratan serupa dalam hal legitimasi, akuntabilitas, dan keamanan.

Berdasarkan Pasal 3(1) UCPD, peraturan ini berlaku untuk praktik komersial selama dan setelah transaksi komersial,³³ dan selama fase pra-kontrak, di mana pola-pola gelap biasanya muncul. Artinya mencakup tahap periklanan, penjualan, dan kinerja kontrak,

undang-undang komersial mengenai biaya tersembunyi dan pengungkapan di muka mengenai total harga akomodasi. Sebagai hasil negosiasi antara Komisi UE dan Airbnb, platform ini telah berkembang dan memperjelas sepenuhnya cara mereka menyajikan penawaran akomodasi kepada konsumen, yang kini sejalan dengan standar yang ditetapkan dalam undang-undang konsumen UE. Airbnb berhasil memenuhi tuntutan Komisi Eropa dan otoritas perlindungan konsumen nasional, yang dipimpin oleh Otoritas Konsumen Norwegia, dan menerapkan perubahan untuk mematuhi peraturan konsumen UE. Airbnb dan Jaringan Kerjasama Perlindungan Konsumen di bawah fasilitasi Komisi Eropa dan dipimpin oleh Otoritas Konsumen Norwegia, Siaran pers 11 Juli 2019.

³⁰ Mateja Durovic, *Hukum Eropa tentang Praktik Komersial yang Tidak Adil dan Hukum Kontrak* (Hart Publishing, 2016).

³¹ Catherine Barnard, Steve Peers (eds.), *Hukum Uni Eropa* (Oxford University Press, 2023) 730.

³² Kasus C-13/15, *Proses pidana terhadap Discount SA*, EU:C:2015:560, paragraf 19.

³³ Kasus hukum memberikan interpretasi yang luas mengenai ruang lingkup 'keputusan transaksional', seperti halnya kata-kata dalam Pasal 2(k) itu sendiri. Di *Trento Sviluppo dan Centrale Adriatica v Autorità. Garante della Concorrenza e del Mercato*, Centrale Adriatica meluncurkan promosi khusus di beberapa supermarket COOP Italia. Kasus ini mungkin mempunyai beberapa implikasi. Pertama, interpretasi yang luas terhadap keputusan transaksional memberikan perlindungan yang lebih baik dalam skenario pola gelap; mengklik dan menelusuri web atau berinteraksi dengan antarmuka semuanya harus berada dalam lingkup 'keputusan transaksional' berdasarkan UCPD. Kedua, ini adalah kasus umum menjanjikan atau menunjukkan sesuatu yang dimaksudkan hanya sebagai umpan; praktik-praktik tersebut dapat disamakan dengan pola-pola gelap seperti 'Bait and Switch' atau 'Disguised Advertisement'. 'Bait and Switch' mengacu pada praktik-praktik yang secara manipulatif membuat konsumen menjauh dari niat awal mereka, apa pun keinginan mereka.

termasuk persetujuan terhadap pemrosesan data pribadi, penggunaan data pribadi untuk mengirimkan konten yang dipersonalisasi, dan penghentian hubungan kontrak.

Sebagaimana diklarifikasi dalam Pemberitahuan Komisi dengan Panduan mengenai interpretasi dan penerapan Petunjuk 2005/29/EC,169 yang diterbitkan pada tahun 2021, cakupan arahan ini luas: dapat juga mencakup praktik komersial seperti menarik perhatian konsumen, yang mengakibatkan keputusan transaksional seperti terus menggunakan layanan (misalnya menelusuri feed), melihat konten iklan, atau mengklik link.³⁴

Sudah ada beberapa upaya untuk mengklasifikasikan pola gelap dengan taksonomi yang memanfaatkan struktur klasifikasi yang diusulkan oleh UCPD.³⁵ Upaya tersebut menunjukkan bahwa daftar praktik komersial tidak adil yang ada saat ini perlu diperbarui. Perdebatan mengenai pola-pola gelap bukanlah pertama kalinya pentingnya hal ini ditekankan. Faktanya, UCPD adalah undang-undang yang paling terpengaruh oleh perubahan yang diperkenalkan oleh Petunjuk 2019/2161,³⁶ yang telah disebutkan sebelumnya yang memperluas objek peraturan, tidak hanya mencakup barang dan jasa tetapi juga layanan digital dan konten digital (misalnya praktik berurusan dengan advertorial dan pemeringkatan penawaran, penjualan kembali tiket dan dua praktik yang berkaitan dengan ulasan online), dan akibatnya menyesuaikannya dengan kekhasan pasar digital yang sedang berkembang³⁷. Selain itu, seperti yang disebutkan di atas, DMA dan DSA akan berinteraksi dengan UCPD untuk mengakses pengujian konsumen rata-rata.

Saat ini, terdapat upaya beberapa sarjana untuk mengidentifikasi korespondensi arsitektural antara beberapa jenis pola gelap dan praktik komersial yang tidak adil: misalnya terdapat praktik pola gelap yang termasuk dalam kategori asimetri informasi yang dapat termasuk dalam ketentuan Pasal 6, 7, dan Lampiran I (Daftar Hitam).

Sifat tidak adil yang tersirat dalam asimetri dapat terlihat ketika klausul: (i) memberikan informasi yang tidak benar, (ii) menyembunyikan informasi penting tertentu, dan (iii) memberikan atau menyajikan informasi yang menyesatkan untuk menipu konsumen. Praktik 'represi bebas memilih' dapat dimasukkan dalam Pasal 5, 8, 9, dan Lampiran I; atau tidak adanya transparansi informasi akan menyebabkan ketidakseimbangan yang tidak adil antara konsumen dan pedagang. Ada berbagai tingkat keparahan manipulasi. Pola gelap, seperti konfirmasi rasa malu, dapat dimasukkan dalam Pasal 8 dan 9 UCPD jika (1) pedagang

³⁴ Ibid. Dengan catatan ini Komisi mengklarifikasi pandangannya tentang bagaimana Petunjuk ini berlaku pada praktik digital seperti pola gelap dan personalisasi berbasis data.

³⁵ Mark Leiser, Wen-Ting Yang, 'Desain Manipulatif yang Menerangi: Dari 'Pola Gelap' hingga Asimetri Informasi dan Penindasan Pilihan Bebas di Bawah Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil' (2022) <<https://doi.org/10.31235/osf.io/7dwuq>> diakses pada 21 Juli 2022. Penulis merangkum ketentuan UCPD atau kasus hukum yang terkait untuk empat kategori di bawah kategori 'Represi Pilihan Bebas': 'Memaksakan Tekanan', 'Penerimaan yang Dipaksa', 'Pemberlakuan yang Tidak Diinginkan' dan 'Tidak Diinginkan Pembatasan.' Secara umum, pola gelap yang termasuk dalam kategori ini memiliki karakteristik agresif. Dibandingkan dengan aturan mengenai 'Asimetri Informasi', undang-undang mengenai pola gelap 'Penindasan Pilihan Bebas' nampaknya relatif terfragmentasi. Beberapa peraturan yang teridentifikasi memiliki cakupan yang sempit dan mungkin hanya merujuk pada praktik-praktik spesifik tertentu dan bukan pada kapasitas peraturan umum. Tidak semua pola gelap 'Tekanan yang Memaksakan' dianggap agresif. Hanya pola gelap yang parah seperti keterikatan terus-menerus, penghinaan serius, eksploitasi kemalangan, atau keadaan yang begitu gawat sehingga mengganggu penilaian konsumen, yang boleh dianggap tidak adil.

³⁶ Parlemen, Petunjuk Dewan (UE) 2019/2161 (n 41 Bab I).

³⁷ Durovic (n 3 Bab III).

menggunakan bahasa yang mengancam atau kasar untuk memanipulasi konsumen atau (2) mengeksploitasi kemalangan atau keadaan tertentu untuk mempengaruhi penilaian konsumen. Selain itu, pengaruh yang tidak semestinya terjadi ketika pedagang mengeksploitasi posisi kekuasaannya terhadap konsumen untuk memberikan tekanan jika hal tersebut 'mungkin akan secara signifikan mengganggu kebebasan memilih atau berperilaku rata-rata konsumen' (Pasal 9 UCPD).

Hipotesis baru mengenai praktik komersial yang tidak adil memerlukan pengujian keefektifan uji kewajaran yang ada saat ini, sebagaimana paragraf berikut akan mempertimbangkannya.

Secara pragmatis, dalam bidang pemasaran, personalisasi layanan atau iklan dapat mengarah pada eksploitasi kerentanan pengguna tradisional dan baru: undang-undang konsumen Uni Eropa mengandung hambatan yang signifikan untuk mengatasi penyalahgunaan tersebut secara efektif.³⁸ Komunikasi pemasaran yang dipersonalisasi mencakup berbagai teknik komunikasi, yang semuanya melibatkan interaksi antara perusahaan dan konsumen, pengumpulan dan pemrosesan data oleh perusahaan, dan penyampaian produk pemasaran.³⁹ Inilah alasannya, hingga saat ini, penargetan perilaku konsumen termasuk dalam perlindungan data, persaingan, dan hukum konsumen. Di titik temu undang-undang ini terdapat kekhawatiran normatif mengenai keseimbangan kesejahteraan sosial, pelestarian pilihan konsumen, dan penciptaan kepercayaan dalam pasar internal.⁴⁰ Undang-undang ini menawarkan beberapa manfaat kepada konsumen, seperti peningkatan relevansi dan kredibilitas komunikasi, namun pada saat yang sama, dengan menargetkan karakteristik pribadi, taktik seperti itu membuat individu lebih rentan terhadap persuasi. Mereka mengaburkan batas antara persuasi dan manipulasi: hal ini dapat dilihat sebagai ancaman terhadap otonomi individu dan risiko kerugian ekonomi⁴¹.

Misalnya, periklanan perilaku online, berdasarkan analisis inferensial untuk menargetkan konsumen berdasarkan data tentang perilaku online mereka, dapat dianggap sebagai tindakan yang menyesatkan atau kelalaian yang menyesatkan menurut Pasal 6 (tindakan menyesatkan) dan 7 (penghilangan menyesatkan) UCPD, serta sebagai praktik agresif menurut Pasal 8 (praktik agresif) UCPD.⁴²

Oleh karena itu, jika taktik yang dipersonalisasi ini berkaitan dengan kontrak atau, lebih umum lagi, tujuan komersial, UCPD akan menerapkan dan melarang praktik ini berdasarkan tolok ukur rata-rata konsumen. Ketentuan ini juga menyatakan bahwa ketidakadilan dalam praktik kemungkinan besar hanya akan berdampak pada sekelompok konsumen yang sangat rentan terhadap praktik tersebut, karena kelemahan mental atau fisik, usia, atau sifat mudah

³⁸ Joanne Strycharz, Bram Duivenvoorde, 'Eksplorasi kerentanan melalui komunikasi pemasaran yang dipersonalisasi: apakah konsumen dilindungi?' (2021) 10(4) Tinjauan Kebijakan Internet 1.

³⁹ *ibid*

⁴⁰ Johann Laux, Sandra Wachter, Brent Mittelstadt, 'Netralisasi Periklanan Perilaku Online: Penargetan Algoritmik dengan Kekuatan Pasar sebagai Praktik Komersial yang Tidak Adil' (2021) 58(3) Tinjauan Hukum Pasar Umum.

⁴¹ Federico Galli, 'Periklanan Perilaku Online dan Manipulasi Tidak Adil Antara GDPR dan UCPD' dalam Martin Ebers, M. Cantero Gamito (eds.), *Tata Kelola Algoritma dan Tata Kelola Algoritma* (Springer International Publishing, 2021) 109-135.

⁴² Laux, Wachter, Mittelstadt (n 14 Bab II).

percaya yang dapat diperkirakan oleh pedagang, harus dinilai berdasarkan dampaknya terhadap rata-rata anggota kelompok itu.⁴³

Melalui studi yang dilakukan BEUC mengenai konsep kerentanan digital di UCPD,⁴⁴ peneliti menyarankan bahwa di pasar digital, konsumen yang rentan tidak lagi menjadi pengecualian, dan konsumen rata-rata pun tidak lagi menjadi aturan. Sebaliknya, setiap konsumen dapat dianggap memiliki profil persuasif, sehingga menjadikan mereka lebih atau kurang rentan terhadap praktik tertentu dan pada waktu tertentu (Lihat Bab III). Seperti yang akan ditunjukkan lebih lanjut dalam bab berikut, kasus hukum juga berkontribusi besar dalam menyelidiki 'citra konsumen' sebagai tolok ukur saat ini karena mereka membentuk landasan bagi berbagai kebijakan UE yang berorientasi pada tujuan perlindungan konsumen.⁴⁵

Gambaran realistis mengenai dampak pola gelap pada kerangka UCPD harus dilengkapi dengan mengakui laporan yang telah dikutip baru-baru ini yang diterbitkan oleh Komisi Eropa, berjudul 'Sebuah studi perilaku tentang praktik komersial yang tidak adil dalam lingkungan digital: pola gelap dan personalisasi manipulatif': 182 Tujuan keseluruhan studi ini adalah mengidentifikasi praktik komersial bermasalah antara bisnis dan konsumen yang digunakan dalam lingkungan digital, khususnya personalisasi manipulatif. Hebatnya, laporan tersebut, berdasarkan studi eksperimental, menggarisbawahi bahwa dalam hal tindakan perlindungan terhadap praktik tidak adil:

'solusi berbasis transparansi tidak efektif untuk melawan pola-pola gelap dan praktik personalisasi manipulatif bagi konsumen rata-rata dan rentan. Sebaliknya, solusi yang memiliki potensi lebih besar untuk mengurangi kerugian konsumen mencakup pelarangan praktik-praktik yang paling merugikan, yang belum masuk dalam daftar hitam dalam Lampiran I UCPD atau undang-undang Uni Eropa lainnya, dan penerapan kewajiban desain yang adil/netral terhadap para pedagang. Selain itu, distribusi beban pembuktian atau argumentasi mungkin harus dipikirkan ulang untuk menyeimbangkan kembali asimetri digital yang sistemik. Namun, upaya perbaikan harus melampaui intervensi peraturan dan melibatkan dunia usaha dan komunitas perancang secara langsung, misalnya dengan mengembangkan pedoman dan contoh-contoh praktis, yang memungkinkan mereka untuk menentukan apakah praktik yang mereka pertimbangkan mungkin tidak adil'.⁴⁶

Ringkasnya, laporan penelitian Komisi baru-baru ini dan data empiris memberikan kesaksian bahwa upaya hukum tradisional berdasarkan penilaian transparansi tidak cukup untuk

⁴³ Pasal 5 (3) UCPD.

⁴⁴ Helberger, Lynskey, Micklitz, Rott, Sax, Strycharz (n 159 Bab I). Perlindungan konsumen UE 2.0: Asimetri struktural di pasar konsumen digital [Position Paper]. BEUC. Organisasi Konsumen Eropa.

⁴⁵ Leczykiewicz, Weatherill (n 184 Ch. I), 1. Secara praktis, Penulis mengacu pada visi ganda konsumen: di satu sisi, sebagai orang yang sebenarnya yang ada dalam pikiran lembaga-lembaga UE ketika mereka merancang peraturan dan, di sisi lain, sebagai orang yang diproyeksikan akan muncul sebagai hasil dari upaya regulasi dan deregulasi dari lembaga-lembaga yang sama. 182 Francisco Lupiáñez-Villanueva, Alba Boluda, Francesco Bogliancino, Giovanni Liva, Lechardoy, Lucie, Rodríguez de las Heras Ballell, Teresa, (Komisi Eropa, Direktorat Jenderal Keadilan dan Konsumen), Studi perilaku tentang praktik komersial yang tidak adil di lingkungan digital – Pola gelap dan personalisasi manipulatif: laporan akhir Studi komisi, Kantor Publikasi Uni Eropa, 2022.

⁴⁶ Ibid 7

mengatasi pola-pola gelap, dan hal ini menunjukkan bahwa perlu untuk mengintegrasikannya dengan upaya hukum lain yang berbeda, yang berfungsi untuk menjamin keadilan. dan struktur dan antarmuka desain netral. Lagi pula, di pasar digital konsumen, konsep opacity algoritmik yang sama perlu dianalisis dengan membedakan opacity berbasis teknologi yang melekat pada pilihan desain dari opacity relasional terhadap pengguna.⁴⁷

6.3 KELEMAHAN DALAM UJI KEWAJARAN SAAT INI

Pendekatan yang berorientasi pada keadilan menyangkut semua kebijakan peraturan yang terlibat dalam penelitian ini. Oleh karena itu, karena merupakan mekanisme penilaian yang menyeluruh, uji keadilan ini berfungsi baik untuk menyeimbangkan kepentingan partai politik maupun untuk menjaga efisiensi dan kesejahteraan pasar, dan uji keadilan ini memerlukan perhatian khusus untuk memverifikasi apakah dan bagaimana hal ini dapat memungkinkan kebijakan-kebijakan tersebut lebih mendekati penegakan perlindungan. melawan pola gelap.

Dalam undang-undang perlindungan data, keadilan sangat terkait dengan dua prinsip utama: keabsahan dan transparansi. Beberapa ketentuan GDPR (resital 60, 71; Pasal 5, 6) menyatakan sifat ganda – substansial dan prosedural – dari prinsip tersebut, dan ketentuan tersebut menunjukkan bahwa GDPR bertujuan untuk menilai keseimbangan antara kepentingan berbagai pihak berdasarkan disiplin yang terperinci, sah, dan proses data yang transparan, dengan menempatkan pengendali yang bertanggung jawab atas bagaimana mereka mematuhi dan menyeimbangkan hak dan kepentingan mendasar.⁴⁸ Mengingat Undang-undang DMA dan DSA, bagaimana meningkatnya persaingan antar perantara kemungkinan akan mengalihkan permasalahan yang ditangani dari tahap analisis data ke tahap analisis data. akuisisi data harus dipertimbangkan.⁴⁹

Dalam perlindungan data, keadilan adalah mitigasi ketidakseimbangan yang menciptakan situasi kerentanan. Memang benar, dalam konteks perlindungan konsumen, disiplin ketidakadilan terutama terkandung dalam arahan ketentuan yang tidak adil dan arahan praktik komersial yang tidak adil. Berdasarkan Pasal 5(1) praktik komersial harus dilarang jika ditemukan tidak adil berdasarkan uji kewajaran yang disusun melalui beberapa lapisan. Secara umum, agar suatu praktik dianggap tidak adil, praktik tersebut harus mencakup (a) praktik yang melanggar persyaratan ketekunan profesional dan secara material dapat mengganggu perilaku ekonomi 'konsumen rata-rata' suatu produk atau layanan; atau (b) praktik yang mungkin mendistorsi perilaku ekonomi 'konsumen rentan'; atau (c) suatu praktik yang dianggap menyesatkan atau agresif; dan (d) suatu praktik yang termasuk dalam daftar hitam praktik komersial yang tidak adil (Pasal 5 UCPD).

⁴⁷ Untuk diskusi lebih lanjut mengenai masalah transparansi algoritmik, lihat Mateusz Grochowski, Agnieszka Jabłowska, Francesca Lagioia, Giovanni Sartor, 'Algorithmic Transparency and Expectability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory' (2021) 8(1) *Premises Critical Analysis of Law* 43- 63; lihat juga Erica Palmerini, 'Algoritmi dan pengambilan keputusan secara otomatis. Tutele esistenti e line evolutive della regolazione', dalam Luis Efrén Rios Vega, Lucia Scaffardi, Irene Spigno (eds.), *Saya diritti fondamentali di era pengawasan massal digital* (Editoriale Scientifica, 2021) 209-244.

⁴⁸ Damian Clifford, Jef Ausloos, 'Perlindungan Data dan Peran Keadilan' (2018) 37 YB dari Eur L 137.

⁴⁹ Laux, Wachter, Mittelstadt, Brent (n 14 Bab II).

Terdapat hubungan erat antara Pasal 5, Pasal 9, dan Lampiran I UCPD. Prinsip-prinsip tersebut membentuk 'ujian tiga langkah' untuk menentukan apakah suatu praktik komersial tidak adil: (1) apakah praktik tersebut tercantum dalam Lampiran I, regulator akan menganggap praktik tersebut tidak adil dan dilarang tanpa memerlukan penilaian kasus per kasus; (2) menentukan apakah praktik tersebut menyesatkan (Pasal 6 dan 7) atau agresif (Pasal 8) dengan menggunakan pelecehan, pemaksaan, atau pengaruh yang tidak semestinya (Pasal 9); dan (3) memeriksa apakah praktik tersebut melanggar persyaratan ketekunan profesional atau pedagang telah menargetkan konsumen yang rentan. Praktek ini akan dianggap tidak adil jika salah satu dari tes ini terpenuhi.

Sistem penilaian hukum yang dijelaskan secara formal berlaku untuk klausul atau desain pola gelap, namun tidak semua eksploitasi pedagang akan mengganggu penilaian konsumen. Untuk menentukan apakah suatu praktik penjualan bersifat agresif berdasarkan Pasal 8 dan 9 UCPD, praktik tersebut harus menerapkan pembatasan yang tidak adil terhadap kebebasan rata-rata konsumen dalam memilih atau melakukan tindakan terkait produk atau layanan. Sekali lagi, kasus hukum memainkan peran penting dalam menggabungkan dua konsep Pasal 6 dan 7 mengenai informasi yang menyesatkan dan hilang serta praktik agresif dalam Pasal 8 dan 9.⁵⁰ Namun, kombinasi ini bukannya tanpa masalah karena dianggap tidak dapat diterima mengingat struktur keseluruhan. dari Petunjuk tersebut. Pasal 8 dan 9 mengatur bentuk-bentuk praktik komersial yang dianggap melanggar hukum karena alasan selain 'defisit informasi'.

Namun, mengingat sifat kerugian yang dipicu oleh pola gelap, tampaknya tidak realistis bahwa informasi yang lebih banyak atau lebih baik dapat membantu konsumen mengambil keputusan yang lebih baik. Konsumen terjebak dalam rancangan kelembagaan strategi eksploitasi data. Tidak ada jalan keluar; bahkan jika ada jalan keluar, informasi bukanlah alat yang tepat. Ada yang mungkin berpendapat bahwa konsekuensinya adalah menganggap defisit dalam arsitektur digital sebagai elemen yang bertentangan dengan larangan kelalaian yang menyesatkan.⁵¹

Seringkali, pedagang tidak memberikan informasi yang salah atau menyesatkan atau menyembunyikan informasi yang diperlukan. 'Pengaruh yang tidak semestinya' dapat dilakukan dengan kata-kata, namun dengan mengeksploitasi posisi kekuasaan atas konsumen untuk memberikan tekanan.

Dari perspektif yang berbeda, penafsiran mengenai praktik agresif muncul dalam kasus hukum ECJ, yang akan membantu regulator dan pedagang. Panduan ini mencerminkan kesulitan dalam mendefinisikan praktik-praktik agresif karena praktik-praktik tersebut terkait dengan perilaku manusia, dan panduan ini sangat dibutuhkan, lebih dari sekedar ungkapan dalam Pasal 8-9 UCPD.

Perlu dicatat bahwa meskipun ECJ telah berkontribusi dalam memperjelas gagasan keadilan dalam bidang hukum konsumen, ECJ belum memberikan kontribusi yang baik dalam

⁵⁰ Mis. Kasus C-281/12 Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. mengurung. Arl v Autorità Garante della Concorrenza dan del Mercato, 19 Desember 2013 ECLI:EU:C:2013:859; dan Kasus C-435/11, CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH, 19 September 2013, ECLI:EU:C:2013:574.

⁵¹ Komisi mengembangkan argumen 'Pemeriksaan Kesesuaian undang-undang konsumen UE tentang keadilan digital

mendefinisikan keadilan berdasarkan undang-undang perlindungan data. Khususnya GDPR.⁵² Kelebihan ini terutama harus dikaitkan dengan dokumen kebijakan soft law yang menyelidiki teknik praktis untuk menerapkan keadilan. Memang benar, Pemeriksaan Kelima mengindividualisasikan lima kriteria evaluasi untuk keadilan dan mempromosikan konstruksi 'keadilan berdasarkan desain' yang melibatkan para desainer sekaligus memperluas tugas perlindungan konsumen kepada komunitas desain.

6.4 PERSPEKTIF HUKUM PERSAINGAN USAHA

Sudut pandang hukum persaingan mempunyai tujuan untuk melengkapi kerangka acuan. Insentif bagi perantara, pengiklan, dan konsumen dapat menjadi tidak selaras secara struktural ketika mengungkapkan preferensi konsumen. Dalam undang-undang persaingan Uni Eropa, keadilan diartikan sebagai rujukan pada jaminan luas atas kesetaraan peluang ekonomi dan perlakuan prosedural yang setara.⁵³

Hukum persaingan usaha menghadirkan beberapa keterkaitan dengan hukum konsumen dan hukum perlindungan data, dan oleh karena itu, perlu mendapat perhatian dan upaya yang lebih baik untuk lebih terintegrasi dengan disiplin ilmu lainnya. Pada akhirnya, pasar harus menawarkan pilihan kepada konsumen melalui perangkat hukum (juga perangkat pasar) yang dirancang untuk menjamin pengumpulan dan pemanfaatan data yang sah.⁵⁴

Pada dasarnya, manipulasi digital, dalam banyak hal, harus dilihat sebagai anti persaingan. Namun, undang-undang antimonopoli biasanya memandang upaya untuk membujuk konsumen sebagai bentuk persaingan atau bahkan perilaku prokompetitif.

Sifat antikompetitif telah dikaitkan dengan pola gelap oleh pengadilan dan pakar yang mengakui bahwa manipulasi digital mendorong konsumen untuk meningkatkan pembelian, sehingga mengikis kemampuan pengguna untuk bertindak rasional. Amazon, misalnya, menggunakan data tentang pembelian sebelumnya untuk merekomendasikan item pembelian tambahan kepada pelanggannya.

Kadaan ini memberdayakan platform untuk mengekstraksi data dan membangun kekuatan pasar. Laporan OECD 'Praktik Komersial Gelap' (Oktober, 2022),⁵⁵ menyoroti bahwa, selain merugikan otonomi, beberapa pola gelap (misalnya penetapan harga tetes; perangkat berlangganan) dapat menyebabkan kerugian finansial yang besar.

Contoh terbaru adalah keputusan Otoritas Persaingan Italia (AGCM) yang diterbitkan pada 23 Februari 2023 terhadap perusahaan yang mengoperasikan layanan pemasaran digital, yang mengenakan denda sebesar Rp. 75.000.000, menemukan beberapa pelanggaran GDPR, termasuk penggunaan pola gelap untuk memperoleh persetujuan pengguna.⁵⁶ Perusahaan menjalankan kampanye pemasaran atas nama kliennya, melalui pesan teks, email, dan

⁵² Laux, Wachter, Mittelstadt, Brent (n 14 Bab II).

⁵³ Misal Kasus C-281/12 Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. mengurung. Arl v Autorità Garante della Concorrenza dan del Mercato, 19 Desember 2013 ECLI:EU:C:2013:859; dan Kasus C-435/11, CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH, 19 September 2013, ECLI:EU:C:2013:574.

⁵⁴ Alessia Sofia D'Amico, 'Konseptualisasi keterkaitan antara regulasi perlindungan data dan hukum persaingan usaha', dalam Eleni Kosta, Ronald Leenes Irene Kamara (eds.), *Research Handbook on EU data Protection Law* (Elgar, 2022) 143.

⁵⁵ OECD (2022), 'Pola komersial gelap' (OECD Publishing, Digital Economy (2022) makalah No. 336

⁵⁶ DPA Italia, perintah terhadap Ediscom S.p.A.,

panggilan otomatis. Basis data kontakannya berisi data yang dikumpulkan langsung melalui portal online (menawarkan berita, undian, dan trivia), serta data yang dibeli dari pialang data. Selama proses berlangganan, pengguna dimintai persetujuan khusus terkait dengan tujuan pemasaran dan pembagian data dengan pihak ketiga untuk pemasaran. Jika pengguna tidak memilih salah satu kotak centang, spanduk akan muncul, menunjukkan kurangnya persetujuan dan menampilkan tombol persetujuan yang menonjol. Situs ini juga menampilkan opsi 'lanjutkan tanpa menerima', namun opsi ini ditempatkan di bagian bawah halaman web – di luar spanduk pop-up – dalam bentuk teks sederhana dan ukuran font lebih kecil, sehingga kurang terlihat dibandingkan 'persetujuan' tombol. Garante, kemudian menganalisis 'double opt-in' yang bermasalah, dan opsi 'Undang teman'.

Oleh karena itu, praktik penipuan berpotensi merugikan konsumen secara kolektif dengan melemahkan persaingan dan menyebarkan ketidakpercayaan, dan dapat merugikan konsumen tertentu secara tidak proporsional, seperti konsumen yang kurang berpendidikan atau anak-anak.⁵⁷

Argumen berikut menunjukkan mengapa undang-undang antimonopoli dapat diterapkan.⁵⁸ Di satu sisi, informasi adalah elemen kunci yang menghubungkan undang-undang persaingan usaha dan undang-undang perlindungan data: kemampuan untuk mengumpulkan analisis, dan menyebarkan informasi pribadi, merupakan inti dari nilai ekonomi di perusahaan. Ekstraksi data dan perolehan data yang relevan memungkinkan identifikasi wawasan yang relevan untuk membuat profil dan memengaruhi pengguna. Para ahli mengkualifikasikan privasi konvensional sebagai manfaat persaingan.

Penegakan antimonopoli harus melangkah lebih jauh dalam mendorong privasi keputusan, dan regulator harus berupaya membangun interkoneksi yang lebih kuat antara penegakan antimonopoli dan privasi keputusan.⁵⁹

Seperti yang telah diantisipasi, ECJ akhirnya memutuskan masalah kaburnya batasan antara persaingan dan perlindungan data melalui keputusan C-252/21 tanggal 4 Juli 2023 yang juga dapat mempertimbangkan perlindungan data oleh Kantor Kartel Federal. Peraturan dalam konteks keputusan antimonopoli. Proses di hadapan ECJ kembali ke keputusan Kantor Kartel Federal dalam masalah Meta (Facebook) yang diputuskan oleh Bunderskartellamt (02/2019),⁶⁰ yang melarang kebijakan data Facebook untuk mengumpulkan dan memproses

⁵⁷ Ibid, 6

⁵⁸ Gregory Day, Abbey Stemler, 'Are Dark Patterns Anticompetitive?' (2020) 72 Ala L Rev 1. Para penulis berargumen bahwa kekuatan pasar yang memaksa praktik data dan pola gelap memungkinkan perusahaan mengakumulasi dampak negatif terhadap kesejahteraan konsumen dengan mengurangi persaingan pasar. Kasus hukum dengan pendekatan ini adalah Pengadilan Distrik AS untuk Distrik Maine - 664 F. Supp. 24 Konser Gemini, Inc. v. Asosiasi Klub Bisbol Triple-A., 664 F. Supp. 24, 26 (D.Me. 1987) (D.Me. 1987) 8 Juli 1987.

⁵⁹ Untuk mencapai tujuan ini, pertimbangkan pengamatan OECD (n 157): 'Sejauh perusahaan dominan menggunakan pola gelap, sebagaimana dibahas di Bagian 4, hukum persaingan usaha terkait penyalahgunaan dominasi juga dapat menjadi alat untuk mengatasinya. Misalnya, penggunaan pola gelap yang mengganggu privasi oleh perusahaan dominan untuk mengumpulkan data pribadi di atas tingkat persaingan dapat dilihat sebagai bentuk perilaku eksploitatif yang mungkin bertentangan dengan undang-undang yang melarang penyalahgunaan dominasi di yurisdiksi di mana perilaku eksploitatif merupakan pelanggaran tersebut. (misalnya di UE berdasarkan Pasal 102 Perjanjian tentang Fungsi Uni Eropa dan undang-undang nasional serupa lainnya)' (ibid, 32).

⁶⁰ Lihat Bunderskartellamt, Facebook, Istilah bisnis yang eksploitatif berdasarkan Pasal 19(1) GWB karena pemrosesan data yang tidak memadai, 6 Februari 2019 B6-22/16,

data pengguna melalui Instagram, WhatsApp, Oculus, Masquerade dan Instagram, menggabungkan informasi dengan akun pengguna Facebook.com, tanpa persetujuan pengguna. Dalam praktiknya, Bundeskartellamt melarang Facebook menggabungkan data pengguna dari sumber berbeda. BKA memerintahkan Facebook untuk menyesuaikan kebijakan datanya.

Meta mengajukan keluhan terhadap hal ini ke Pengadilan Regional Tinggi Düsseldorf (OLG Düsseldorf). Hal ini menimbulkan berbagai pertanyaan kepada ECJ untuk memperjelas bagaimana ketentuan tertentu dalam Peraturan Perlindungan Data Umum (GDPR) harus ditafsirkan dan apakah Bundeskartellamt juga dapat mempertimbangkan standar GDPR dalam konteks keputusan antimonopoli.

Dalam kasus tahun 2019, Otoritas Persaingan Usaha Jerman (Bundeskartellamt atau BKA) merupakan Otoritas yang berwenang karena kasus tersebut memenuhi syarat sebagai kasus hukum persaingan di Jerman. ECJ memeriksa apakah Facebook memiliki posisi dominan di pasar jejaring sosial Jerman. Sejauh mana Facebook mengumpulkan, menggabungkan, dan menggunakan data di akun pengguna merupakan penyalahgunaan posisi dominan. Ketentuan layanan Facebook dan sejauh mana Facebook mengumpulkan dan menggunakan data merupakan pelanggaran terhadap aturan perlindungan data Eropa sehingga merugikan pengguna.⁶¹

BKA melakukan langkah-langkah tradisional dalam mendefinisikan pasar relevan, menetapkan posisi dominan Facebook, dan memaparkan teori penyalahgunaan. BKA menyimpulkan Facebook berada pada posisi dominan. Dalam menentukan sifat sebenarnya dari perilaku kasar tersebut, BKA sangat bergantung pada GDPR. Pengadilan menyatakan bahwa NCA tidak menggantikan peran otoritas pengawas perlindungan data karena mereka tidak bertindak sesuai kewenangan dan tugas yang diberikan kepada mereka berdasarkan Pasal 51(1) dan 57 GDPR (pasal 49).

Meskipun demikian, Pengadilan memberikan argumen untuk menerima pertimbangan GDPR dalam konteks antimonopoli yang lebih luas dan memperluasnya hingga mengakui bahwa akses dan penggunaan data pribadi sangatlah penting dalam konteks tersebut. ekonomi digital, khususnya yang berkaitan dengan model bisnis yang menyediakan pembiayaan melalui pemasaran iklan yang dipersonalisasi. Oleh karena itu, menurut argumen tersebut, akses terhadap data pribadi dan fakta bahwa platform digital dapat memproses data tersebut (setelah mengumpulkan dan menghubungkannya ke dalam kumpulan data yang besar) dapat dianggap sebagai parameter persaingan antar perusahaan dalam ekonomi digital.⁶²

⁶¹ Dalam kondisi teknologi yang baru, kolusi diam-diam dapat dengan cepat meluas melampaui kasus duopoli klasik. Tantangan utama dalam hal ini terutama adalah peraturan, karena sebagian besar yurisdiksi tidak melarang kolusi diam-diam, mengingat perusahaan berperilaku rasional dan saling bergantung pada pasar dalam hal ini. Gregory Day, Abbey Stemler, 'Apakah Pola Gelap Antikompetitif?' (2020) 72 *Ala L Rev* 1.

⁶² Kesimpulan sebaliknya akan mengabaikan realitas pembangunan ekonomi digital dan melemahkan efektivitas undang-undang persaingan usaha (paragraf 50 dan 51). Lihat Alba Ribera Martínez (n 115).

Dari perspektif yang berbeda, intervensi antimonopoli juga dapat berfungsi dalam memperkuat perlindungan konsumen.⁶³ Undang-undang persaingan usaha mengatasi ketidakseimbangan yang merugikan konsumen, meskipun dari sudut pandang yang berbeda dibandingkan dengan undang-undang konsumen. Dalam sebuah artikel penting mengenai kedaulatan konsumen, pembagian kerja antara undang-undang persaingan dan konsumen telah dijelaskan, dan pelanggaran antimonopoli telah diidentifikasi sehingga mengganggu 'menu pilihan' yang tersedia bagi konsumen.⁶⁴

Para ahli berpendapat bahwa manipulasi online dapat mengatasi keinginan bebas dan menghasilkan efek anti persaingan,⁶⁵ karena mereka menganggap perhatian konsumen sebagai sumber daya paling berharga di pasar platform untuk mengeksploitasi informasi tentang preferensi konsumen demi kepentingan mereka.

Untuk tujuan ini, desain menjadi mekanisme yang memungkinkan platform untuk menangkap dan mempertahankan apa yang disebut siklus perhatian: desain dapat memperpanjang waktu yang dihabiskan konsumen di situs web, sehingga mempercepat semacam ketergantungan otak konsumen.⁶⁶ Bagaimanapun, terdapat tingkat dampak yang berbeda-beda. arsitektur digital terhadap perhatian konsumen, serta konsekuensi khususnya: perbedaan utama – harus diingat – adalah antara persuasi dan paksaan.

Yurisdiksi yang berbeda telah menetapkan bahwa persuasi melekat dalam persaingan usaha, oleh karena itu, persuasi tidak menentukan pelanggaran undang-undang antimonopoli;⁶⁷ sedangkan pemaksaan menentukan perilaku anti persaingan. Undang-undang persaingan Uni Eropa menjaga fungsi pasar internal, sehingga keadilan tidak menjadi fokusnya, meskipun demikian hal ini disebutkan dalam Pasal 101 dan 102 TFUE, dan secara tidak langsung berkontribusi dalam mengatasi praktik tidak kompetitif.

Melihat masalah kualifikasi desain digital di bawah perilaku yang dikualifikasikan sebagai antikompetitif dan dihukum oleh otoritas antimonopoli, kita dapat mengamati bahwa, sebaliknya, alat yang sama, yaitu desain, yang digunakan secara adil dapat memainkan peran kunci dalam melawan desain antikompetitif.⁶⁸

Meskipun prinsip-prinsip transparansi algoritmik dan akuntabilitas algoritmik telah dibahas sebelumnya karena prinsip-prinsip tersebut perlu dimasukkan sejak tahap desain produk atau aplikasi, kebijakan persaingan memiliki implikasi spesifik yang jarang

⁶³ Damian Clifford, Inge Graef, Peggy Valcke, 'Deklarasi Persetujuan Subjek Data yang Telah Dirumuskan Sebelumnya – Pemberdayaan Masyarakat-Konsumen dan Penyelarasan Perlindungan Hukum Data, Konsumen dan Persaingan' (2019) 20 Jurnal Hukum Jerman 679.

⁶⁴ Neil Averitt, Robert Lande, 'Kedaulatan konsumen' (1997) 65 Jurnal Hukum Antimonopoli 713-756, 714.

⁶⁵ Gregory Day, Abbey Stemler, 'Apakah Pola Gelap Antikompetitif?' (2020) 72 Ala L Rev 1.

⁶⁶ Mengenai dampak manipulasi digital pada otak manusia, lihat Tim Wu, *The Attention Merchants: perjuangan epik untuk masuk ke dalam Kepala kita* (Atlantic Book, 2017).

⁶⁷ Lihat kasus hukum AS: *Sanderson v. Culligan Int'l Co.*, 415 F.3d 620, 623 (7th Cir. 2015). Dalam kasus ini, Seventh Circuit berpendapat bahwa iklan yang menipu tidak boleh dianggap sebagai klaim antimonopoli karena (1) iklan dapat bersifat pro-kompetitif meskipun iklan tersebut palsu, dan (2) iklan palsu tidak dapat menghalangi persaingan usaha jika tidak ada mekanisme penegakan hukum yang bersifat memaksa. Untuk analisis yang lebih mendalam, lihat Bruce Colbath, Nadezhda Nikonova, 'False advertising and antitrust law: kadang-kadang Twain harus bertemu' (2014) CPI Antitrust Chronicle 2.

⁶⁸ Beragamnya keputusan, melalui alasan yang berbeda-beda, menganggap pemaksaan sebagai hal yang ilegal karena menghilangkan kebebasan memilih bagi konsumen dan juga anti persaingan. Untuk gambaran umum dan diskusi mengenai kasus hukum lihat Day, Stemler (n 40).

dipertimbangkan sejak awal arsitektur desain. Ada baiknya menginformasikan desain kepada prinsip-prinsip efektif untuk mengatasi ketidakjelasan dan kompleksitas algoritme yang digunakan oleh platform untuk menangkap preferensi konsumen.

6.5 GAGASAN ‘KOMPETISI BERDASARKAN DESAIN’

Usulan untuk memanfaatkan mekanisme ‘competition by design’ secara hukum harus, pertama, ditafsirkan sebagai pelengkap yang sesuai untuk memperkuat penegakan hukum persaingan tradisional dalam realitas pasar yang semakin algoritmik.

Tujuannya bukan untuk menggantikan perangkat hukum tradisional karena ada pengakuan yang melekat bahwa peningkatan perlindungan persaingan dapat diperoleh melalui penegakan ex-post dan perlindungan melalui tindakan ex-ante yang didukung oleh algoritma. Hal ini didasarkan pada pengakuan bahwa ada hubungan yang perlu ditelusuri antara perlindungan persaingan usaha yang sebagian besar dijamin melalui penegakan ex-post dan perlindungan melalui tindakan ex ante yang didukung oleh teknologi yang sesuai.

Penafsiran manusia yang fleksibel terhadap norma dan peraturan mungkin bertentangan dengan bahasa komputer yang kaku.⁶⁹ Gagasan mengenai ‘competition by design’ (kompetisi berdasarkan desain), sebagaimana diungkapkan oleh Komisioner Persaingan Usaha UE – Komisaris Vestager – dapat menanggapi pentingnya memastikan akuntabilitas algoritmik dalam undang-undang persaingan usaha. Komisaris berpendapat: ‘[c]perusahaan perlu memikirkan sejak awal tentang cara menggunakan data tanpa merugikan konsumen. Dan jika ya, tidak ada alasan mengapa Big Data dan persaingan harus saling bertentangan’.⁷⁰

Kepatuhan terhadap persaingan berdasarkan desain, seperti yang diilhami oleh peraturan perlindungan data, bertujuan untuk memastikan bahwa prinsip-prinsip persaingan tertanam secara tepat dalam desain teknologi sehingga manfaat pasar berbasis algoritma menjadi lebih mudah tersedia bagi konsumen. Jika para pelaku pasar semakin banyak melakukan bisnis mereka dengan menggunakan algoritma, maka kepatuhan ‘merancang’ tampaknya cukup menjanjikan dan dapat mendorong pemahaman masa depan mengenai penegakan persaingan di pasar algoritmik. Algoritme penetapan harga, misalnya, perlu dibuat sedemikian rupa sehingga tidak memungkinkan adanya kolusi.

Keuntungan dari alat desain untuk penegakan hukum persaingan usaha sudah jelas bagi para politisi dan akademisi, namun tidak begitu jelas bagaimana cara mengintegrasikan prinsip-prinsip kebijakan persaingan ke dalam sebuah desain.

Distribusi dan diferensiasi tanggung jawab untuk desain arsitektur yang memungkinkan interaksi antara perusahaan dan konsumen melalui algoritma dapat menghindari penyerahan kekuasaan untuk memverifikasi kepatuhan desain dengan prinsip-prinsip hukum persaingan usaha hanya pada beberapa platform.

⁶⁹ Tidak dapat dipungkiri, terdapat trade-off antara kekhususan dan kekakuan yang diperlukan untuk mengotomatisasi ketentuan-ketentuan hukum dan manfaat serta kebutuhan akan fleksibilitas, dan bahkan ambiguitas, dari bahasa alami karena ketika kompleksitas peraturan-peraturan tertentu meningkat, maka realisasi formal peraturan-peraturan tersebut akan menurun.

⁷⁰ Margrethe Vestager, ‘Algorithms and Competition’, Pidato di Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16 Maret 2017

Keterampilan khusus harus dimiliki oleh mereka yang akan mengambil peran menerapkan kepatuhan berdasarkan desain: mereka harus mampu mendorong desain alat canggih yang tersedia bagi pelaku pasar ke arah yang sesuai dengan nilai-nilai persaingan yang sudah mapan tanpa menguncinya pada paradigma teknologi tertentu. Hal ini menuntut pemahaman tentang perkembangan teknologi apa yang bisa lebih bermanfaat dalam menjaga proses pasar yang berfungsi baik demi kepentingan konsumen.

Oleh karena itu, 'pendekatan sesuai desain' dapat efektif jika para perancang sepenuhnya memahami pokok bahasan hukum persaingan usaha, pengetahuan ekonomi mengenai dampak anti persaingan usaha, dan pengetahuan mengenai pengembangan teknologi dan perangkat lunak. Artinya, kepatuhan persaingan berdasarkan desain dapat menjadi alat yang efektif hanya jika didasarkan pada dialog terbuka dan konstruktif yang melibatkan semua pemangku kepentingan, termasuk penegak hukum, perusahaan, pakar ilmu komputer, perancang dan penyedia algoritma, akademisi, dan konsumen.

Perancang harus fokus pada keputusan preventif yang diambil dan mengarah pada arsitektur teknis yang mengecualikan perilaku anti persaingan. Otomasi, yang berupaya meniru undang-undang persaingan dalam kode komputer, sejauh ini merupakan yang paling berdampak. Secara umum, pencegahan tindakan ilegal berdasarkan penerapan teknologi penegakan hukum mengecilkan arti bahwa ketentuan hukum dapat diotomatisasi. Namun, sejauh mana hukum dapat diotomatisasi masih diperdebatkan.⁷¹

Solusi 'penahanan diri' yang potensial untuk mengendalikan persaingan dapat berupa 'menginstruksikan' algoritma desain untuk tidak mengumpulkan kategori data yang membuat perusahaan terkena tanggung jawab antimonopoli. Alternatifnya, bahkan jika data telah dikumpulkan dan diproses, algoritme dapat terhambat dalam mengambil keputusan konsekuensial untuk tidak bersaing, seperti tidak menyelaraskan variasi harga tertentu dari masing-masing perusahaan.⁷²

Dari sudut pandang teknologi saja, ada juga permasalahan yang harus dipecahkan. Misalnya, algoritme pembelajaran dengan desain ramah kompetisi belajar dari data yang tidak diklasifikasikan melalui logika coba-coba. Ini menyiratkan pilihan pada data pelatihan. Memang benar, algoritma dapat mengumpulkan wawasan dari aliran data spesifik yang tersedia yang mungkin membuat perusahaan terkena tanggung jawab hukum persaingan usaha. Selain itu, ketika memodifikasi proses pembelajaran algoritme terlalu rumit atau mahal, perusahaan dapat memperkenalkan filter untuk mengubah respons *prima facie* sistem.

Terakhir, telah diamati bahwa persaingan berdasarkan desain tidak mungkin dicapai hanya dengan berfokus pada otomatisasi: teknik desain lainnya harus dieksplorasi untuk memastikan bahwa pasar bekerja demi kepentingan konsumen.⁷³ Beberapa dari langkah-langkah ini terletak di persimpangan antara persaingan kebijakan dan bidang kebijakan terkait, khususnya perlindungan konsumen dan perlindungan data.

⁷¹ Lihat Frank Pasquale, Glyn Cashwell, 'Four Futures of Legal Automation' (2015) 63 *Ucla L Rev Discourse* 26

⁷² Aliran data yang 'menahan diri' bukanlah hal baru dalam kebijakan persaingan, terutama dalam konteks pertukaran informasi. OECD, 'Pertukaran Informasi Antar Pesaing berdasarkan Hukum Persaingan Usaha: Meja Bundar Kebijakan' (2010) DAF/COMP(2010)37.

⁷³ Giovanni Buttarelli, 'The Digital Clearinghouse mulai bekerja', 27 Mei 2017.

Mempertimbangkan hal ini, EDPS mengusulkan pembentukan Digital Clearinghouse untuk menyatukan lembaga-lembaga dari bidang persaingan, konsumen, dan perlindungan data yang bersedia berbagi informasi dan mendiskusikan cara yang lebih baik untuk menegakkan aturan demi kepentingan individu.⁷⁴ Digital Clearinghouse dapat menawarkan alat dan kerangka kerja yang sesuai untuk terlibat, baik secara konseptual maupun praktis, dengan langkah-langkah lain.

Untuk memberikan contoh alasan mengapa inisiatif seperti Digital Clearinghouse diperlukan, cukuplah kita memikirkan isu kekuatan pasar dalam undang-undang konsumen, yang menimbulkan pertanyaan apakah setiap penyalahgunaan posisi dominan yang melanggar undang-undang persaingan UE juga dapat dihukum. Memenuhi syarat sebagai pelanggaran UCPD. Sebagaimana dinyatakan dalam pernyataan 8 UCPD, hal ini secara tidak langsung melindungi persaingan yang sehat dan penyalahgunaan dominasi untuk 'perilaku yang secara langsung bersifat eksploitatif terhadap konsumen'.⁷⁵ Oleh karena itu, konsep kekuatan pasar dapat dimasukkan ke dalam penilaian pelanggaran UCPD, meskipun tidak setiap pelaku monopoli, atau pelaku pasar dengan kekuatan pasar yang signifikan, melanggar UCPD. Sebaliknya, tidak semua eksploitasi terhadap irasionalitas konsumen melanggar UCPD.

Pelaku pasar dominan yang mengeksploitasi kesalahan kognitif konsumen harus menjalani penilaian yang lebih ketat berdasarkan undang-undang konsumen UE, khususnya di pasar digital. Rezim khusus yang diusulkan oleh DMA dan DSA untuk platform digital menunjukkan bahwa Komisi Eropa cenderung mempertimbangkan kekuatan pasar mereka di luar 'kotak hukum persaingan usaha'. Dari sudut pandang substansial, rancangan tersebut harus mereproduksi seluruh perlindungan yang saling berhubungan, termasuk persyaratan persaingan usaha.

6.6 POLA GELAP ANTI PERSAINGAN

Secara teoritis, perusahaan dominan dapat menyalahgunakan kekuasaannya dengan menurunkan privasi dan perlindungan data yang ditawarkan kepada konsumen. Pergerakan bebas data, pada kenyataannya, merupakan sebuah kebebasan fundamental baru dalam perekonomian berbasis data dan merupakan hasil dari proses check and balance yang dinamis antara berbagai kepentingan dan prinsip, yang semuanya termasuk dalam area persimpangan yang sedang diteliti.⁷⁶

Oleh karena itu, penolakan perusahaan untuk memberikan akses terhadap data dan penerapan ketentuan kontrak yang tidak transparan dalam kebijakan data dapat dikatakan

⁷⁴ Pada tanggal 14 Maret 2017 Parlemen Eropa mengadopsi resolusi mengenai 'implikasi hak-hak mendasar dari big data: privasi, perlindungan data, non-diskriminasi, keamanan dan penegakan hukum' yang mencakup seruan untuk «kerja sama yang lebih erat dan koherensi antara berbagai regulator dan dukungan yang didukung pembentukan dan pengembangan lebih lanjut dari Digital Clearinghouse sebagai jaringan sukarela dari badan-badan penegakan hukum dapat berkontribusi untuk meningkatkan pekerjaan mereka dan kegiatan penegakan hukum mereka masing-masing dan dapat membantu memperdalam sinergi dan perlindungan hak-hak dan kepentingan individu».

⁷⁵ Commission, 'Panduan mengenai prioritas penegakan Komisi dalam menerapkan Pasal 82 Perjanjian Komisi Eropa terhadap tindakan penyalahgunaan eksklusi yang dilakukan oleh perusahaan-perusahaan dominan' [2009] O.J. Pasal 45/7, paragraf 7.

⁷⁶ Fazio Emanuele, 'Il problema delle competenze settoriali e l'adozione di un approccio olistico dalla data-driven economy' (2020) 66(3) Il diritto dell'economia 653-678.

merupakan penyalahgunaan eksploitatif di beberapa yurisdiksi.⁷⁷ Otoritas Persaingan Usaha di berbagai negara baru-baru ini mengeluarkan kasus-kasus gelap yang signifikan. praktik komersial.

Salah satu Otoritas Persaingan Eropa pertama yang melakukan intervensi adalah Otoritas Antitrust Italia (AGCM), yang mendenda Facebook sebesar Rp. 150 Miliar pada akhir tahun 2018, mengakui bahwa jejaring sosial terkenal tersebut telah terlibat dalam praktik data bisnis tidak adil yang melanggar Kode Konsumen Italia yang diterapkan UCPD.⁷⁸

Tindakan yang dideteksi oleh AGCM berkaitan dengan klaim yang dilakukan Facebook untuk membujuk pengguna agar mendaftar di platformnya: *'gratis dan akan gratis selamanya'*.

Sanksi Antitrust kemudian direvisi oleh Pengadilan Administratif Regional (singkatnya: T.A.R.) Lazio, dengan putusan pada tanggal 18 Desember 2019.⁷⁹ T.A.R. Lazio menguatkan sanksi AGCM mengenai hal tersebut, dengan menyatakan bahwa Facebook seharusnya memberi tahu pengguna bahwa dengan mengaktifkan akun, mereka harus menyerahkan data pribadi mereka untuk tujuan komersial.

Menurut T.A.R., jejaring sosial wajib mematuhi prinsip-prinsip informasi yang jelas, lengkap, dan tidak menyesatkan yang diatur oleh undang-undang konsumen.⁸⁰ Secara khusus, AGCM menekankan bahwa informasi tersebut diungkapkan dengan spesifikasi teknis yang rumit dan terperinci serta indikasinya tidak jelas, terfragmentasi menjadi beberapa bagian, dan tanpa bukti yang memadai mengenai penggunaan data secara komersial. Wawasan tidak dapat langsung diakses, tanpa adanya bukti yang mendukung konsumen, sehingga tidak dapat menggunakan kerangka informasi kesatuan yang komprehensif dan mudah diakses. Dalam hal ini, apa yang disebut informasi berlapis digunakan: diperoleh sesuai dengan teknik pelapisan, yang banyak digunakan di web, yang terdiri dari membagi informasi ke dalam tingkatan yang berbeda sehingga lebih mudah dipahami oleh pengguna.

Otoritas menganggap bahwa Facebook memberikan pengaruh yang tidak semestinya pada konsumen terdaftar dengan melakukan pra-seleksi persetujuan seluas-luasnya terhadap berbagi data dengan menempatkan pembatasan pada penggunaan situs web ketika konsumen memutuskan untuk membatasi persetujuan mereka untuk mencegah mereka melakukan hal tersebut.

⁷⁷ Anna Barker, 'Data konsumen dan persaingan: Tindakan penyeimbangan baru untuk pasar online?', OECD Going Digital Toolkit Notes, OECD Publishing, No 5, 2021.

⁷⁸ Keputusan pertama yang diambil oleh AGCM adalah pada tahun 2016, ketika Otoritas mendenda situs kencan online Edates sebesar EUR 350.000 karena melanggar Art. 21 dan 22 Italian Consumer Code (d.l.vo n. 206/2005) setelah menemukan bahwa, setelah registrasi gratis ke situs atau langganan uji coba dua minggu yang ditawarkan dengan harga murah, konsumen tanpa sadar mendapati diri mereka terikat pada premi enam bulan berlangganan dengan biaya EUR 19 seminggu.

⁷⁹ 10 Januari 2020, No. 260 dan 261. Tar Lazio, sez. I, 10 Maret 2020, n. 260 diterbitkan di *Diritto & Giustizia* 2020 (13 generasi), dan dikomentari oleh: Antonio Leo Tarasco, Michele Giaccaglia, 'Facebook è gratis? "Mercato" dei dati personali e giudice amministrativo' (2020) 66(102) *Il diritto dell'economia* 263-301. Sementara, Tar Lazio 10 gennaio 2020, n. 261 dikomentari oleh Gian Luca Pastuglia, 'Catatan utama dalam materia di coordinamento tra disciplina delle pratiche Commerciali scorrette e regole privacy' (2021) 6 *Dir Industriale* 511.

⁸⁰ Jika tidak, sanksi Antimonopoli kedua dibatalkan oleh T.A.R. Latium. Yang satu ini berkaitan dengan 'pengondisian yang tidak semestinya' terhadap pengguna yang datanya dikirimkan ke pihak ketiga tanpa persetujuan mereka. Memang, T.A.R. berpendapat bahwa pengguna diberi pilihan untuk mengizinkan integrasi antar platform yang berbeda atau tidak. Namun pada aspek kedua ini, masih banyak kekhawatiran.

Menarik untuk dicatat perbedaan antara keputusan Italia tersebut dan keputusan Pengadilan Tinggi Daerah Düsseldorf (Oberlandesgericht) dalam kasus Facebook v. Bunderskartellamt tanggal 26 Agustus 2019,⁸¹ yang menolak keputusan banding karena kurangnya kompetensi. Meskipun AGCM mengajukan tuntutan terhadap Facebook dengan asumsi adanya pelanggaran terhadap undang-undang konsumen, karena Otoritas tersebut mempunyai kompetensi di bidang hukum konsumen dan hukum persaingan, Bunderskartellamt secara eksklusif berwenang dalam undang-undang antimonopoli (khususnya untuk pelanggaran terhadap Facebook). pasal 19 dan 32 Undang-Undang Persaingan Usaha Jerman, GWB).⁸² Meskipun terdapat kritik, Otoritas Jerman mampu memutuskan kasus ini, berdasarkan undang-undang persaingan usaha dan antimonopoli, sementara Pengadilan sipil berkompeten untuk menangani praktik komersial yang tidak adil.

Pertama, BKA sangat membenarkan ketergantungannya pada GDPR untuk menetapkan pelanggaran hukum persaingan usaha. Alih-alih berfokus pada posisi Komisi,⁸³ Bunderskartellamt mengandalkan kasus hukum Pengadilan Federal Jerman, yang menganggap syarat-syarat kontrak melanggar hukum jika melanggar KUH Perdata Jerman (khususnya ketika pihak yang memiliki kekuasaan lebih tinggi menerapkan syarat-syarat tersebut). Dengan analogi, BKA berpendapat bahwa 'peraturan perlindungan data Eropa harus dipertimbangkan ketika menilai apakah persyaratan pemrosesan data sesuai dengan undang-undang persaingan usaha.' Karena GDPR tidak ingin menegakkan konsistensi sepenuhnya, otoritas persaingan juga dapat mempertimbangkan dan menafsirkan ketentuan-ketentuannya dalam penilaian khusus untuk menegaskan bahwa akses dan kapasitas untuk memproses relevan dengan dinamika persaingan, sebagaimana diklarifikasi oleh keputusan ECJ tanggal 4 Juli 2023.

Bertentangan dengan pernyataan Bunderskartellamt, Oberlandesgericht berargumen bahwa kebijakan data Facebook tidak menimbulkan kerugian persaingan apa pun. Tidak ada praktik eksploitatif yang merugikan pengguna, maupun dampak eksklusif terhadap persaingan jaringan sosial.

Kemudian, dengan keputusan tanggal 23 Juni 2020, divisi antimonopoli dari Pengadilan Federal memutuskan bahwa larangan Bunderskartellamt dapat ditegakkan.⁸⁴ Tidak ada keraguan besar mengenai posisi dominan Facebook di pasar jejaring sosial Jerman dan juga tidak dapat disangkal. meragukan bahwa Facebook menyalahgunakan posisi dominan ini dengan menggunakan persyaratan layanan yang dilarang oleh Bunderskartellamt:

'kurangnya pilihan yang tersedia bagi pengguna Facebook tidak hanya memengaruhi otonomi pribadi mereka dan pelaksanaan hak mereka atas penentuan nasib sendiri berdasarkan informasi yang juga dilindungi oleh GDPR. Mengingat besarnya hambatan yang ada bagi pengguna jaringan yang ingin berpindah penyedia layanan ('efek penguncian'), kurangnya pilihan ini juga mengeksploitasi pengguna dengan cara yang

⁸¹ Pengadilan Tinggi Daerah Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf), Facebook v. Bunderskartellamt, 26 Agustus 2019, [2019] Blog Antitrust D'Kart, Kasus VI-Kart 1/19,

⁸² Lihat Bab 5

⁸³ 'kekhawatiran apa pun yang terkait dengan privasi [...] tidak termasuk dalam cakupan peraturan hukum persaingan usaha UE namun dalam cakupan peraturan perlindungan data UE.'

⁸⁴ KVR 69/19 - Beschluss vom 23. Juni 2020. Terjemahan resmi Siaran Pers No 080/2020 yang diterbitkan oleh Bundesgerichtshof (Pengadilan Federal) pada 23/06/2020 disediakan oleh Bunderskartellamt,

relevan berdasarkan undang-undang persaingan usaha, karena karena posisi dominan Facebook, pengguna tidak lagi dapat menjalankan fungsi pengendaliannya secara efektif. Menurut temuan Bundeskartellamt, sejumlah besar pengguna Facebook pribadi ingin mengurangi data pribadinya. Jika persaingan di pasar jejaring sosial efektif, opsi ini diharapkan tersedia. Pengguna yang menganggap cakupan pengungkapan data sebagai kriteria utama dalam pengambilan keputusan dapat beralih ke alternatif lain. Persyaratan layanan yang disusun dengan cara ini juga dapat menghambat persaingan’.⁸⁵

Dalam kaitannya dengan hubungan antara undang-undang perlindungan data dan undang-undang persaingan usaha, terdapat tujuh pertanyaan penting yang diajukan oleh Pengadilan Tinggi Daerah Düsseldorf kepada ECJ, yang salah satunya adalah: (i) kompetensi otoritas persaingan nasional untuk menilai kepatuhan perusahaan terhadap undang-undang persaingan usaha. GDPR. Menurut Advokat Jenderal Rantos, saat menjalankan wewenang yang diberikan oleh otoritas persaingan nasional, seperti BKA, undang-undang mungkin telah mempertimbangkan apakah tindakan yang diselidiki mematuhi peraturan lain, seperti GDPR. Hal ini dimungkinkan jika otoritas persaingan: (i) melakukan pemeriksaan secara kebetulan dan oleh karena itu tanpa mengurangi interpretasi dan penegakan GDPR oleh otoritas perlindungan data yang kompeten; (ii) mengadopsi penafsiran yang diberikan oleh otoritas pengawas yang berwenang dan mematuhi setiap keputusan yang dikeluarkan terkait dengan perilaku yang sama/serupa; (iii) menginformasikan dan bekerja sama dengan otoritas pengawas yang kompeten di mana otoritas tersebut telah memulai atau akan memulai penyelidikan atas praktik yang sama.

Meta Platforms mengajukan banding atas keputusan yang dikeluarkan oleh BKA ke Pengadilan Tinggi Regional Düsseldorf, yang menunda proses tersebut dan merujuk permintaan keputusan pendahuluan ke Pengadilan Eropa yang menindaklanjuti keputusan yang banyak disebutkan pada tanggal 4 Juli 2023.⁸⁶

Kasus ini merupakan bagian dari perdebatan yang lebih luas mengenai peran undang-undang persaingan usaha, undang-undang konsumen, dan undang-undang perlindungan data di pasar digital karena cakupan penerapannya yang tumpang tindih, seperti dalam kasus layanan yang ditawarkan oleh platform digital.⁸⁷

6.7 KERANGKA HUKUM EROPA

Kerangka hukum Eropa bertujuan untuk melawan rancangan manipulatif, seperti pola gelap, yang telah berkembang dengan cepat. Kerangka ini masih menggarisbawahi kesulitan yang terus-menerus terjadi pada sistem hukum untuk melindungi keinginan yang tulus ketika teknik-teknik ini mendorong konsumen ke arah pilihan-pilihan yang secara eksklusif menguntungkan penyedia layanan dengan mengorbankan otonomi mereka.

⁸⁵ *ibid*

⁸⁶ Kasus C-252/21, Meta Platforms Inc., sebelumnya Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Limited, sebelumnya Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH v Bundeskartellamt, Pendapat Advokat Jenderal Rantos (2022).

⁸⁷ Oberlandesgericht Düsseldorf, Permintaan Keputusan Awal, 22 April 2021, di eur-lex.europa.eu. Lihat komentar lainnya di Claudia Martorelli, 'AG Opinion in Case C- 252/21: The interplay between Data Protection Law and Competition Law' (15 Februari 2023) MediaLaws.

Pertama, tidak adanya tuntutan umum atas 'eksploitasi bias kognitif' harus diakui.⁸⁸ Kekurangan ini juga bisa berasal dari sifat dinamis dari pola-pola gelap yang terus-menerus muncul dalam bentuk-bentuk baru: pergeseran menyeluruh menggerakkan desain-desain manipulatif dengan fokus sempit pada antarmuka pengguna statis, menuju penyertaan desain dinamis, mengandalkan algoritma berbasis data, yang mengganggu keputusan individu dengan cara yang lebih halus. Selain itu, muncul garis pemisah antara praktik komersial berbasis informasi/iklan di satu sisi dan praktik komersial berbasis non-informasi di sisi lain. Garis ini perlu ditegakkan.

GDPR dan UCPD menawarkan ketentuan yang secara tidak langsung menangani manipulasi konsumen dan berkaitan dengan desain arsitektur digital. Baru-baru ini para pakar hukum mulai secara khusus berfokus pada cara-cara yang mungkin dilakukan untuk mengoordinasikan kerangka hukum yang rumit dari teknologi yang didukung AI.⁸⁹ Perlunya pendekatan pluralistik untuk melindungi otonomi konsumen muncul dengan memadukan kekuatan satu rezim dan mengimbangi kelemahan rezim lainnya.

Undang-undang konsumen dan undang-undang perlindungan data belum sepenuhnya selaras, dan koordinasi yang lebih baik diperlukan untuk meningkatkan perlindungan otonomi konsumen digital: dalam undang-undang konsumen, fleksibilitas uji keadilan dapat, misalnya, menerapkan perlindungan terhadap praktik penggunaan persetujuan untuk melegitimasi pengumpulan dan pengolahan data sebagai syarat pengambilan keputusan transaksi. Selain itu, berdasarkan UCPD, pelanggaran terhadap larangan umum praktik komersial yang tidak adil (Pasal 5), larangan menyesatkan (Pasal 6-7 UCPD) atau praktik agresif (Pasal 8-9 Petunjuk UCP) berperan dalam melawan desain yang menipu, serta, pelanggaran praktik tertentu dalam daftar hitam UCPD (Lampiran I, khususnya poin 5, 6, 7, 18, 19, 31, 20 dan 26). Banyak contoh dapat ditemukan dalam Pedoman Komisi mengenai interpretasi dan penerapan UCPD:⁹⁰ tombol yang terlihat berbeda, pertanyaan jebakan, sampel gratis yang menyesatkan dan jebakan berlangganan, atau 'konfirmasi yang memperlakukan'.

Di sisi lain, undang-undang perlindungan data dapat memberikan masukan bagi penafsiran dan pengembangan undang-undang konsumen dan dengan demikian membantu menyesuaikan praktik konsumen dengan tuntutan perekonomian modern, di mana pemrosesan data pribadi memainkan peran penting, serta melalui desain arsitektur digital.

Memang benar, pola gelap mungkin merupakan pelanggaran persetujuan dan transparansi berdasarkan GDPR, atau bisa juga merupakan pelanggaran terhadap prinsip privasi yang disengaja (Pasal 25 GDPR). Beberapa contoh dapat ditemukan dalam Pedoman

⁸⁸ Cass R. Sunstein, Lima puluh corak manipulasi (2016) Jurnal Perilaku Pemasaran 213-244

⁸⁹ Artur Bogucki, Alex Engler, Clément Perarnaud, Andrea Renda, 'The AI Act dan akuisisi digital UE yang sedang berkembang. Tumpang tindih, kesenjangan, dan inkonsistensi', CEPS-In-Depth Analysis (2022) tersedia di www.ceps.eu/ceps-publications/the-ai-act-and-emerging-eu-digital-acquis/ diakses 10 Agustus 2023; dan Cristina Poncibò, 'Artificial Intelligence Platforms: Safeguarding Consumer Rights in the EU' dalam Larry Di Matteo, Geraint Howells, Cristina Poncibò (eds), Artificial Intelligence and Consumer Law: Comparative Perspectives (CUP akan datang 2024).

⁹⁰ Commission (Pemberitahuan), 'Panduan mengenai interpretasi dan penerapan Petunjuk 2005/29/EC Parlemen dan Dewan Eropa mengenai praktik komersial bisnis-ke-konsumen yang tidak adil di pasar internal' [2021] OJ C 526

EDSA 3/2022 tentang ‘Pola gelap dalam antarmuka platform media sosial’ tanggal 14 Maret 2022.

Yang terakhir, undang-undang persaingan usaha juga relevan, untuk tujuan khusus analisis ini: di pasar digital, batas antara berbagai bentuk kerugian konsumen dan kegagalan pasar menjadi kabur. Perspektif penegakan hukum juga menekankan fakta bahwa di pasar digital, dampak buruk yang dapat dicegah oleh berbagai otoritas saling terkait erat.

Cara yang tepat untuk menghilangkan pola desain yang tidak adil di e-commerce, media sosial, dan antarmuka web pengguna lainnya masih menjadi pertanyaan terbuka. Saat ini, legislator Eropa dan Nasional terus mengeluarkan peraturan baru. Langkah yang paling nyata adalah regulasi DSA dan DMA yang menerapkan ketentuan ad hoc mengenai pola gelap.

Misalnya, DMA membuka peluang bagi perusahaan-perusahaan besar untuk, setidaknya, mengakui risiko yang ditimbulkan oleh arsitektur pilihan terhadap pelanggan mereka, sehingga meningkatkan kualitas hubungan dengan konsumen melalui proses komunikasi yang lebih baik.

Sebagaimana digarisbawahi oleh para ahli baru-baru ini, ketidaksesuaian juga terjadi dalam peraturan baru itu sendiri. Tidak ada alasan mengapa praktik tertentu tidak dapat melanggar beberapa undang-undang dan akibatnya dikenakan sanksi berdasarkan beberapa rezim.⁹¹ Seperti yang telah ditunjukkan dalam bab ini, salah satu masalah yang muncul dalam menentukan apakah DSA akan diterapkan dengan prioritas pada regulasi tambal sulam sudah berlaku untuk pola gelap.

UCPD dan GDPR lebih diutamakan daripada DSA (Pasal 25 (2) DSA), yang pada akhirnya gagal menetapkan cakupan penerapan yang jelas dan membuat peraturan konkrit mengenai pola gelap bergantung pada pedoman UE. Namun, bahkan undang-undang lunak, khususnya pedoman, mempunyai kelemahan: peraturan tersebut memerlukan waktu yang cukup lama untuk diterbitkan, dan terdapat risiko bahwa pedoman tersebut hanya akan membahas pola-pola gelap tertentu – seperti yang telah tercantum dalam Pasal 25, bagian 3 – dan bukannya memberikan solusi menyeluruh untuk mengatasi keragaman pola gelap yang sebenarnya. Untuk saat ini, perancang antarmuka harus bergantung pada panduan yang ada di bawah UCPD dan GDPR. Ada juga argumen yang menyatakan bahwa dampak DSA dalam konteks ini akan bergantung pada penafsiran peraturan perundang-undangan sebelumnya: tidak dapat dikesampingkan bahwa DSA akan memengaruhi penafsiran UCPD dan GDPR, namun hal ini tampaknya tidak mempengaruhi penafsiran UCPD dan GDPR. merupakan niatnya.⁹² Pola-pola gelap mengenai praktik komersial dapat diatasi oleh DSA jika hal tersebut tidak berdampak pada kepentingan ekonomi konsumen (misalnya 'selera dan kesopanan'), juga termasuk aspek privasi. Di sisi privasi, DSA mungkin berlaku ketika keputusan konsumen berkaitan dengan data non-pribadi.⁹³

Kritik masih banyak. Misalnya, harus dibahas apakah dan sejauh mana arsitektur keadilan pilihan dilindungi oleh GDPR dan, pada akhirnya, sifat dari keadilan tersebut. Lembaga dan organisasi konsumen memainkan peran penting dalam menentukan standar hukum. Mungkin hal ini akan berubah dengan adanya Directive on Representative Actions

⁹¹ ELI (penyusun: Marie Jull Sørensen, Peter Rott dan Karin Sein), Respon (n 11; 160).

⁹² Trzaskowski (n 51 Bab I) 31.

⁹³ *ibid*

yang baru, yang mana GDPR merupakan bagian dari daftar undang-undang konsumen yang dapat ditegakkan oleh entitas yang memenuhi syarat.⁹⁴

Karena semua alasan dan kekhawatiran mengenai kekhasan kerentanan kognitif subjek data/konsumen, bab ini telah menyelidiki aturan-aturan yang tersedia yang berlaku untuk arsitektur pilihan, dengan mengindividualisasikan dua landasan yang mendasari pengembangannya: transparansi dan keadilan. Desain yang sah akan menggabungkannya. Sebuah langkah maju telah dilakukan oleh DSA, meskipun dengan keprihatinan yang diungkapkan.

Analisis tersebut menggarisbawahi permasalahan koordinasi antar kebijakan, terutama pada peran kasus hukum, yang secara implisit atau eksplisit berkontribusi dalam menilai keabsahan strategi eksploitasi data. Pengadilan Eropa telah menekankan bahwa persyaratan transparansi menyiratkan bahwa konsumen harus dapat mengevaluasi konsekuensi ekonomi dari suatu ketentuan atau kontrak. Transparansi tidak dipandang semata-mata sebagai pengendalian prosedural terkait penyusunan ketentuan kontrak yang jelas dan dapat dipahami. Namun, hal ini melibatkan persyaratan untuk memberi informasi secara efektif kepada konsumen tentang ketentuan kontrak dan implikasinya.

Selain itu, perlindungan yang memadai terhadap otonomi yang sesungguhnya juga meresahkan karena sebagian besar ketentuan yang mengikat didasarkan pada konsep-konsep tradisional, yang tidak mencakup karakteristik baru dari eksploitasi bias kognitif. Analisis tersebut mengungkapkan adanya kekurangan yang parah dalam penanganan yang tepat terhadap kerentanan konsumen yang muncul, terutama karena sistem hukum tidak dirancang untuk mengatasi kerentanan tersebut, dan sebagian besar didasarkan pada bias kognitif konsumen. Akibat kesenjangan ini, terdapat kesenjangan antara tujuan peraturan yang berlaku dan dampak nyatanya.

Pergerakan melampaui strategi tandingan pola gelap hukum yang sempit dapat dicapai, dengan menetapkan insentif bagi penyedia situs web untuk menerapkan fitur desain antarmuka terang secara sukarela.

⁹⁴ BEUC (n 141) 47.

BAB 7

PERMODELAN PERLINDUNGAN HAK OTONOMI DALAM KONTEKS DIGITAL

7.1. MUNCULNYA URGENSI PERLINDUNGAN UNTUK OTONOMI

Bab ini memproyeksikan temuan-temuan utama menuju pendekatan, model hukum dan metode penelitian yang sesuai, yang secara khusus berkonsentrasi pada pentingnya regulasi yang dirancang. Dalam hal ini, langkah terakhir ini dimaksudkan untuk sejalan dengan penelitian terbaru mengenai Hukum Perdata Eropa yang 'walaupun berkembang, [hukum perdata UE] tetap 'terfragmentasi', tidak sistematis dan bahkan bertentangan dalam hal terminologinya. dan nilai-nilai. Permasalahan struktural ini masih terlihat jelas dalam undang-undang Uni Eropa saat ini dan kemungkinan besar tidak dapat diatasi dalam waktu dekat. Oleh karena itu, untuk pengembangan di masa depan, masih perlu untuk mempertimbangkan apakah dan dengan cara apa 'penelitian *acquis*' dapat membantu memperkuat koherensi hukum privat UE dengan menguraikan konsep, prinsip, dan struktur secara menyeluruh dan bagaimana hal tersebut harus dikembangkan lebih lanjut sehubungan dengan hal tersebut. terhadap tantangan baru'.¹

Dengan tujuan ini, Bab ini menguraikan tiga perubahan hukum utama berikut ini untuk mendekati perlindungan otonomi yang efektif.

Pertama membahas alasan dan cara menerapkan kerangka hukum terpisah-pisah yang berlaku sehubungan dengan perdebatan Otoritas Eropa. Kedua mengenai pelajaran dari pola gelap, menunjukkan mengapa dan bagaimana teknologi berbasis data menentukan keusangan kategori tradisional. Cabang penelitian kedua ini tidak hanya akan menekankan evolusi dan konten baru yang diperoleh dari gagasan hukum tradisional, namun juga memperkenalkan wawasan untuk mendekati perubahan kelemahan dan perlindungan dalam hukum perdata UE. Secara khusus, kerentanan dan rata-rata konsumen dianalisis secara mendalam karena peran penting mereka dalam menentukan elemen kunci yang mempengaruhi penentuan nasib sendiri konsumen. Ketiga, membahas bagaimana model peraturan yang sesuai diperlukan untuk diterapkan melalui standar tekno-hukum yang konkrit dan merancang antarmuka untuk model yang 'berpusat pada pengguna', di mana otonomi dirancang sebelumnya, dan dengan perhatian yang tinggi terhadap kualitas data dan proses pelatihan algoritmik. Dengan demikian, akan muncul kontribusi ilmu-ilmu lain, seperti ilmu perilaku, terhadap implementasi yang efektif dan pengaturan perlindungan otonomi yang otentik.²

¹ André Janssen, Matthias Lehmann, Reiner Schulze, 'Masa Depan Hukum Perdata Eropa – Sebuah Pengantar' dalam André Janssen, Matthias Lehmann, Reiner Schulze (eds.), *Masa Depan Hukum Perdata Eropa* (Nomos 2023) 35.

² Lihat Roger Brownsword, Eloise Scotford, Karen Yeung (eds.), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology* (Oxford University Press 2017). Pada akhirnya, rujuk juga program konferensi tentang 'Kerentanan Digital dalam Hukum Perdata Eropa', di Departemen Hukum Universitas Ferrara, yang diselenggarakan oleh Prof. Alberto De Franceschi pada tanggal 15 dan 16 Juni 2023.

7.2. ARAHAN UNTUK MENGKORDINASIKAN PROGRAM REGULASI TERFRAGMENTASI

Seperti yang telah dikemukakan sebelumnya, kebutuhan untuk melaksanakan koordinasi antar peraturan memicu kebutuhan untuk melakukan lebih dari sekedar kebijakan tunggal, yaitu mengidentifikasi instrumen peraturan yang tepat untuk melindungi otonomi ketika dihadapkan pada pola-pola gelap. Hukum privat Eropa dicirikan oleh koordinasi strategis peraturan sektoral dan horizontal. Oleh karena itu, terlepas dari ketentuan khusus yang melarang pola gelap, undang-undang perlindungan data, undang-undang konsumen, dan undang-undang persaingan, di mana informasi memiliki profil yang dominan, semuanya telah terbukti, secara langsung dan tidak langsung, berfungsi untuk melindungi hak otonomi dalam lingkungan digital.

Misalnya, salah satu area di mana pola gelap lebih banyak dibahas adalah kotak persetujuan yang telah dicentang sebelumnya atau persetujuan terhadap cookie, oleh karena itu, undang-undang perlindungan data menjadi sangat penting.

Singkatnya, GDPR adalah undang-undang komprehensif yang mendukung peraturan lainnya. Berbeda dengan undang-undang perlindungan data sebelumnya (Petunjuk Perlindungan Data 95/46, dan dalam Petunjuk Privasi Elektronik), GDPR berisi konsep persetujuan yang telah berevolusi: alat hukum utama untuk melindungi penentuan nasib sendiri pengguna. Klarifikasi dan spesifikasi lebih lanjut mengenai persyaratan untuk mendapatkan persetujuan, yang secara pragmatis sesuai dengan peraturan, ditambahkan dengan Pedoman persetujuan berdasarkan Peraturan 2016/679³ yang diadopsi pada 10 April 2018 oleh WP29 dan Pedoman 05/2020 tentang persetujuan berdasarkan Peraturan 2016/679, diadopsi pada 4 Mei 2020 oleh Edpb.

Penafsiran yurisprudensi selama bertahun-tahun selalu memberikan kontribusi terhadap upaya pemulihan individual atas kerugian yang disebabkan oleh kemauan efektif dan persetujuan substansial. Fungsi interpretasi, yang dijalankan oleh para hakim, baru-baru ini menyatakan alasan-alasan yang lebih baik dalam mengoordinasikan berbagai kebijakan untuk melindungi nilai-nilai dan hak-hak yang dimiliki oleh seorang data scientist. Hal ini terlihat jelas dalam keputusan ECJ C-252/21 pada proses Facebook/Meta, yang membawa hubungan antara antimonopoli dan aturan perlindungan data ke dalam perdebatan internasional.⁴

Mengingat sifat pola gelap yang dapat berubah, yang merupakan batasan intrinsik GDPR yang lazim terdapat dalam banyak Peraturan lainnya, faktanya adalah bahwa hal ini tidak didasarkan pada studi empiris sebelumnya mengenai perilaku konsumen ketika persetujuan diberikan dalam konteks teknologi berbasis data.⁵ Hal ini dapat menjadi hambatan penting untuk melindungi persetujuan di bawah tekanan pola gelap, karena desain digital ini mengeksploitasi sumber daya kognitif dan emosional manusia.

Perolehan undang-undang konsumen UE yang horizontal menunjukkan bahwa banyak Peraturan konsumen dapat mengatasi desain yang menyesatkan dan tidak adil. Seperti

³ EDPB (n 80 Bab II), diakses 10 Juni 2022.

⁴ Hal ini sudah jelas dalam kasus Facebook Jerman yang diputuskan oleh Bunderskartellamt: kasus B6-22/16 Facebook, Ketentuan bisnis yang eksploitatif sesuai dengan Bagian 19(1) GWB untuk pemrosesan data yang tidak memadai

⁵ Lucilla Gatt, Roberta Montanari, Ilaria A. Caggiano, 'Consenso al trattamento dei dati personali dan analisi giuridico-comportamentale. Spunti di riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali' (2017) 2 *Politica del Diritto* 343-360.

undang-undang perlindungan data, undang-undang konsumen bertujuan untuk memperkuat hak-hak konsumen, dengan perhatian khusus pada kemampuan mereka untuk membuat keputusan yang tepat. Namun demikian, seperti yang telah ditegaskan sebelumnya, meskipun Kesepakatan Baru untuk Konsumen yang diadopsi oleh Komisi Eropa pada tahun 2020 berkontribusi pada modernisasi konteks dan peningkatan alat penegakan hukum – misalnya, dengan tindakan yang mewakili kepentingan kolektif konsumen – untuk fitur-fitur baru tersebut pasar, efisiensi pendekatan informasi terbatas sehubungan dengan aplikasi teknologi berbasis data.⁶

Langkah-langkah maju telah diambil. Secara umum, terlihat bahwa Otoritas Eropa melakukan intervensi dengan ketentuan khusus untuk pola gelap (misalnya DSA) karena peraturan yang ada, seperti GDPR, tidak dapat mencakup banyak taktik yang berbeda. Hal-hal tersebut tidak bisa termasuk dalam konsep payung yang unik, namun dampaknya benar-benar berbeda dan menyebabkan beberapa jenis kerugian pada subjek data/izin konsumen.

Demikian pula hubungan antara undang-undang konsumen dan undang-undang perlindungan data, bahkan antara undang-undang perlindungan data dan undang-undang persaingan, diidentifikasi sebagai keterkaitan yang kooperatif, dengan mempertimbangkan:

*‘konsumen juga merupakan subjek data, yang kesejahteraannya mungkin terancam ketika kebebasan memilih dan mengendalikan informasi pribadi dibatasi oleh pihak yang dominan’.*⁷

‘Pendekatan integrasi’ menerima penggabungan argumen privasi ke dalam kerangka hukum persaingan usaha. GDPR, UCPD, dan UCTD harus dipahami sebagai landasan keadilan umum pada tingkat substantif dan penegakan hukum. Ketiga langkah legislatif tersebut dapat dipecah menjadi persyaratan standarisasi dan individualisasi hubungan hukum. Perspektif holistik ini memungkinkan untuk menemukan kesamaan dan saling mentransfer hak-hak konsumen dengan tetap menghormati kekhasan setiap tindakan legislatif.

Sebagaimana disoroti oleh penelitian ini, koordinasi berbagai peraturan dan domain tidak hanya menawarkan wawasan positif namun juga permasalahan yang perlu diselesaikan, terutama berfokus pada bagaimana mencapai korelasi yang sesuai. Kesenjangan dan peraturan yang tumpang tindih sering terjadi. Misalnya, DSA mengalokasikan tanggung jawab hanya dengan mengacu pada praktik non-komersial, dan mengesampingkan semua pelaku pengendalian data potensial lainnya. Alternatifnya, GDPR sering kali diintegrasikan dengan hukum lunak, yang secara pragmatis berkontribusi terhadap peningkatan kepatuhan hukum ketika muncul kekhawatiran tentang penerapan aturan yang homogen.

Perdebatan institusional baru-baru ini menyebar luas mengenai masalah ini, setelah Komisi Eropa mengajukan usulan Agenda Konsumen Baru (2020), yang bertujuan untuk

⁶ Parlemen, Petunjuk Dewan (UE) 2020/1828 tanggal 25 November 2020 tentang tindakan perwakilan untuk melindungi kepentingan kolektif konsumen dan mencabut Petunjuk 2009/22/EC [2020] OJ L 409, 1-27.

⁷ EDPS, ‘Pendapat Awal dari Pengawas Perlindungan Data Eropa. Privasi dan Daya Saing di Era Big Data: Interaksi antara Perlindungan Data, Hukum Persaingan dan Perlindungan Konsumen dalam Ekonomi Digital’ (2014) 33.

menganalisis apakah undang-undang tambahan atau tindakan lain diperlukan dalam jangka menengah untuk memastikan kesetaraan keadilan online dan offline.⁸

Dengan diadakannya EU Fitness Check on digital fairness (2022), Komisi ingin menentukan secara konkrit apakah instrumen hukum konsumen horizontal utama yang ada masih memadai untuk memastikan perlindungan konsumen yang tinggi di lingkungan digital. Pemeriksaan ini bersifat umum, karena program yang disediakan akan mencakup lima kriteria evaluasi utama: efektivitas (memenuhi harapan dan mencapai tujuannya); efisiensi (efektivitas biaya dan proporsionalitas biaya aktual terhadap manfaat); relevansi (dengan kebutuhan saat ini dan yang akan datang); koherensi (internal dan eksternal dengan intervensi UE lainnya atau perjanjian internasional); dan nilai tambah UE (menghasilkan hasil yang melampaui apa yang dapat dicapai jika negara-negara anggota bertindak sendiri). Tergantung pada hasilnya, hasil tindak lanjut dari Fitness Check dapat berupa proposal legislatif baru, perbaikan implementasi melalui penegakan dan bimbingan yang lebih baik, atau pemantauan lebih lanjut.⁹

Pada Konferensi Konsumen Digital Tahunan kedua yang diadakan pada tanggal 21 November 2022, Komisi Eropa mengumumkan bahwa acara tersebut didedikasikan untuk menyelidiki aspek digital dari kebijakan konsumen. Secara khusus, tema utamanya adalah ‘memastikan keadilan dan keamanan bagi konsumen di dunia digital’, dimana para pemangku kepentingan menggarisbawahi perlunya merenungkan apakah kerangka hukum UE yang ada masih sesuai dengan tujuannya. Beberapa panelis menjawab negatif, mengingat undang-undang konsumen tidak cukup tepat untuk mengatasi asimetri digital, yang merupakan ketidakseimbangan struktural antara konsumen dan pedagang (yang, khususnya, memiliki akses terhadap data konsumen).

Salah satu panelis menyerukan untuk mengajukan ‘Undang-Undang Keadilan Digital’ yang akan mengatasi masalah-masalah yang sampai sekarang belum ditangani dengan cara yang memuaskan oleh undang-undang baru-baru ini.

Beberapa panelis menggarisbawahi pentingnya mengambil pendekatan holistik, baik ketika menilai kerangka legislatif (terutama bagaimana undang-undang konsumen saling mempengaruhi dengan perlindungan data, undang-undang persaingan usaha, Undang-Undang Layanan Digital, Undang-undang Pasar Digital, Undang-undang AI, dll.), namun juga mengenai penegakan hukum.¹⁰

Berkenaan dengan pola gelap, terdapat ketidakpastian mengenai interaksi antara UCPD dan DSA, dan terdapat kekhawatiran mengenai area abu-abu di mana banyak desain dapat ditempatkan. Inilah alasan mengapa diragukan apakah mereka dapat dinilai melalui uji kewajaran UCPD. Situasi ini ‘memiliki dampak yang sangat mengerikan [ketidakpastian

⁸ ‘Komunikasi kepada Parlemen Eropa dan Dewan Agenda Konsumen Baru tentang Memperkuat ketahanan konsumen untuk pemulihan berkelanjutan’ COM (2020) 696 final.

⁹ ‘Pemeriksaan Kebugaran undang-undang konsumen UE tentang keadilan digital’ (2022)

¹⁰ Kewenangan penegakan hukum berbeda-beda, bergantung pada otoritas – seperti Otoritas Persaingan Usaha Italia – yang mempunyai kewenangan di beberapa bidang hukum, seperti hukum konsumen dan persaingan usaha

hukum] terhadap penegakan hukum, karena terdapat risiko besar untuk menanggung biaya litigasi, termasuk biaya terdakwa'.¹¹

Wawasan ini berasal dari niat untuk meningkatkan efektivitas perlindungan konsumen. Tepatnya, para pemangku kepentingan mengusulkan untuk memperkenalkan pembalikan beban pembuktian; kewajiban baru untuk memastikan keadilan berdasarkan rancangan; dan penanganan lebih lanjut terhadap praktik personalisasi, termasuk iklan bertarget yang mencakup pengawasan komersial dan penetapan harga yang dipersonalisasi, larangan pola gelap, dan perlindungan terhadap anak di bawah umur. Khususnya, usulan terkait pembalikan beban pembuktian patut mendapat perhatian: strategi eksploitasi data secara struktural merugikan konsumen dan berpotensi melanggar hak-hak konsumen. Strategi eksploitasi data dalam arsitektur hukum yang lebih luas, mengingatkan pada hukum kontrak, di mana organisasi bisnis menguraikan persyaratan standar sebelum membuat kontrak dan memaksakannya pada konsumen, yang satu-satunya pilihan adalah antara 'ambil atau tinggalkan'. Negosiasi mengenai ketentuan standar yang telah dirumuskan sebelumnya merupakan pengecualian terhadap aturan tersebut, oleh karena itu Directive 93/13/EEC Pasal 3 (3) telah mengalihkan beban pembuktian keberadaan ketentuan kontrak yang telah dirumuskan sebelumnya kepada pemasok. Alasan semacam ini dapat ditransfer ke strategi eksploitasi data.¹²

Profil penegakan hukum juga telah banyak diperdebatkan. Kompetensi Eropa dalam bidang penegakan hukum terbatas. Namun, Paket Penegakan yang diusulkan, yang merupakan bagian dari Kesepakatan Baru untuk konsumen, akan memperbaikinya, memberikan lebih banyak kewenangan kepada Komisi Eropa, seperti kewenangan untuk melakukan investigasi.

Panel juga mencatat bahwa 'sehubungan dengan penegakan hukum swasta, Undang-undang kecerdasan buatan, pada saat ini, tidak memasukkan kemungkinan ganti rugi kolektif melalui Petunjuk Tindakan Perwakilan dan oleh karena itu, dalam situasi kerugian massal yang disebabkan oleh sistem AI, konsumen mungkin tidak mempunyai hak untuk mencari ganti rugi kolektif'. Memang benar, beberapa peserta lain mempunyai pandangan yang berbeda, dan mendukung perlunya aparat penegak hukum untuk mendapatkan kewenangan investigasi yang lebih besar, seperti inspeksi mendadak dan alat TI untuk secara efektif mendeteksi, memantau, dan memberikan sanksi terhadap praktik yang tidak adil.

¹¹ ELI (penyusun: Marie Jull Sørensen, Peter Rott dan Karin Sein), Tanggapan Institut Hukum Eropa terhadap Konsultasi Publik Komisi Eropa mengenai Keadilan Digital – Pemeriksaan Kebugaran terhadap Hukum Konsumen UE (2023)

¹² Rasionalisasi berfungsi sebagai argumen standar untuk membenarkan dan melegitimasi pra-formulasi untuk bisnis tertentu atau bahkan untuk industri secara keseluruhan. Strategi eksploitasi data justru mencapai tujuan ini. Penyedia tidak bersedia dan tidak mampu bernegosiasi dengan konsumen secara individual mengenai data mana yang harus dikumpulkan dan untuk tujuan apa. Pilihan yang telah dirumuskan sebelumnya tidak mengurangi karakter standardisasi. Opsi yang ditawarkan telah dirancang dan diformulasikan sebelumnya. Hal ini merupakan bagian integral dari infrastruktur teknologi dan tidak boleh dipahami sebagai bentuk negosiasi. Di Jerman, organisasi konsumen telah berhasil membawa ke pengadilan perusahaan-perusahaan yang mulai menggunakan pengaturan default yang berbeda dalam istilah standar untuk menyindir individualitas. Sejauh ini, CJEU belum menangani pengaturan default dalam strategi eksploitasi data sebagai bentuk praktik komersial. Namun, CJEU menegaskan bahwa Petunjuk tersebut mencakup pengaturan default. Jika, dan jika demikian, dalam kondisi apa, strategi eksploitasi data memungkinkan pembalikan beban pembuktian masih harus didiskusikan.

Setelah perdebatan institusional ini, para akademisi juga mengembangkan analisis mereka terhadap kebutuhan akan kesetaraan yang adil secara online dan tantangan-tantangan baru yang harus dihadapi oleh konsumen digital. Secara khusus, inisiatif dari European Law Institute (ELI) harus disebutkan: Institut tersebut mengamanatkan para akademisi untuk menanggapi konsultasi publik Komisi – sebuah kuesioner – yang memfokuskan perhatian mereka pada saran-saran potensial untuk memperbaiki undang-undang konsumen UE demi kepentingan konsumen.

Pada tanggal 20 Februari 2023, ELI menyampaikan tanggapannya kepada Komisi,¹³ yang juga disampaikan dan dibahas secara publik pada webinar pada tanggal 27 April 2023.¹⁴ Meningkatnya dialog antar pemangku kepentingan menunjukkan adanya niat untuk membentuk proses pengaturan bersama, berdasarkan partisipasi interdisipliner, untuk mengembangkan serangkaian kriteria standar. Tujuan utamanya adalah untuk tidak menerapkan aturan-aturan hukum pada ekonomi digital dan masyarakat tanpa mempertimbangkan secara serius peran dan fungsi organisasi-organisasi dari masyarakat sipil.

7.3. TERGANGGUNYA KONSEP HUKUM TRADISIONAL

Permulaan diskusi mengenai dampak desain (teknologi) terhadap konsep hukum yang tersirat dalam analisis ini meletakkan pertimbangan yang luas: perbedaan tradisional antara konsumen rata-rata dan konsumen rentan, yang berakar pada hukum konsumen, tidak lagi berlaku. Hal ini dapat dilihat sebagai konsekuensi dari perluasan hukum kontrak Eropa, yang memulai perubahan besar dalam struktur dan prinsip yang membedakan hukum kontrak Eropa dalam transisi ke era digital dari tahap pertama perkembangannya.¹⁵

Mengikuti alur pemikiran ini, antara lain, diskusi mengenai 'koordinat referensi' hukum tradisional kembali mengemuka: sebagai contoh, para ahli telah menyadari adanya hubungan yang problematis antara penilaian transparansi dan identifikasi tolok ukur hukum yang tepat, yang mungkin bukan konsumen rata-rata (UCPD).¹⁶

Temuan empiris menunjukkan bahwa tingkat kesadaran tidak menentukan kemampuan untuk melawan pola-pola gelap¹⁷, yang dikhususkan untuk mengeksploitasi bias kognitif. Oleh karena itu, perlindungan hak atas otonomi perlu dipertimbangkan kembali mengingat evolusi konsep dan premis hukum tradisional.

Mengacu pada subbagian berikut, pendahuluan terhadap dua konsep utama penelitian ini kerentanan dan rata-rata konsumen – bertujuan untuk mengontekstualisasikan

¹³ Lihat situs web: <<https://www.europeanlawinstitute.eu/news-events/news-contd/news/eli-submits-a-response-to-the-european-commissions-public-consultation-on-digital-keadilan/>>.

¹⁴ Webinar Tanggapan ELI terhadap Komisi Eropa Konsultasi Publik tentang Keadilan Digital akan dimulai dalam 1 hari pada tanggal 27 April 2023

¹⁵ Hal ini diamati oleh Reiner Schulze, 'European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects', dalam Janssen, Lehmann, Schulze (n 70 Ch. III), 153.

¹⁶ Untuk diskusi penuh perhatian mengenai hal ini: Fabrizio Esposito, Mateusz Grochowski, 'The Consumer Benchmark, Vulnerability, and the Contract Terms Transparency: A Plea for Reconsideration' (2022) European Review of Contract Law 18(1) 1-31; dan Makalah Penelitian Hukum Perdata Max Planck (2022) No.22/11,

¹⁷ Kerstin Bongard-Blanchy, Arianna Rossi, Salvador Rivas, Sophie Doublet dkk., 'Saya Pasti Dimanipulasi, Bahkan Saat Saya Menyadarinya. Itu konyol! - Pola Gelap dari Perspektif Pengguna Akhir' (2021) Merancang Konferensi Sistem Interaktif 763.

kebutuhan khusus untuk meninjau keduanya dalam narasi yang lebih umum mengenai dampak teknologi yang mengganggu.

Meskipun demikian, kesadaran bahwa terdapat beragam pendekatan akademis ketika mempertimbangkan dampak teknologi digital terhadap konsep hukum tradisional: beberapa di antaranya didasarkan pada perdebatan simbolis 'hukum kuda',¹⁸ beberapa lainnya lebih moderat, dan hanya mempertimbangkan perlunya adaptasi.¹⁹ Oleh karena itu, ada dua premis yang harus diselesaikan ketika meninjau konsep dan kategori tradisional.

Dari sudut pandang fungsional, ketika objek penelitiannya adalah tekno-ilmiah, hubungan antara paradigma sosio-hukum dan ilmiah dapat mengungkap ketegangan dalam pemahaman yang lebih luas terhadap fenomena tersebut, sehingga memerlukan perangkat disipliner yang berbeda, bahkan mengintegrasikan hukum ke dalam sistem. konteks budaya.²⁰

Terlepas dari kebutuhan yang semakin mendesak akan pendekatan interdisipliner dan konsekuensinya penggunaan metode analisis yang berbeda, seperti metode kuantitatif dan empiris,²¹ kita juga perlu mengamati sifat kompleks dari permasalahan hukum, sebagai ciri endemik hukum. objek studi. Kata sifat kompleks harus dianggap sebagai 'parameter ilmiah', yang mana alih-alih standar tradisional yang dapat diprediksi, ketidakpastian dan ketidakhomogenan menjadi acuan umum untuk menjelaskan fenomena nyata.²²

Sistem yang kompleks atau adaptif terdiri dari sejumlah elemen yang saling berhubungan dan saling bergantung yang dinamikanya didasarkan pada model dan pola representasi eksperimental. Blockchain adalah contohnya. Metode berdasarkan simulasi komputer diperlukan untuk menganalisis sistem ini. Inilah yang disebut model berbasis agen: model komputasi yang mengidentifikasi komponen (individu, kolektif, organisasi atau kelompok) dan menetapkan masing-masing parameter teknis, yang dengannya pengelolaan interaksi antara variabel dan penerjemahan informasi menjadi angka. Dasar pemikiran yang mengatur fungsi teknologi bersifat heterogen karena teknologi tersebut menginformasikan model berbasis agen yang berbeda dan canggih.²³ Baru-baru ini, sistem berbasis agen telah

¹⁸ Bentrokan intelektual antara Easterbrook dan Lessig dapat diringkas sebagai berikut: yang pertama, pada pembukaan konferensi, mengasimilasi, secara provokatif, hukum siber terhadap hak kuda untuk menunjukkan tidak bergunanya kuda; sedangkan yang kedua menawarkan perspektif sebaliknya, lihat Frank Easterbrook, 'Cyberspace and the Law of the Horse' (1996) U Chi Legal F 207-216. Lawrence Lessig, 'Hukum Kuda: Apa yang Mungkin Diajarkan Cyberlaw' (1999) 113 Harv L Rev 501.

¹⁹ Lidia Bennett Moses, 'Menyesuaikan Hukum dengan Perubahan Teknologi: Perbandingan Common Law dan Perundang-undangan' (2003) 26 UNSWLJ 394; Colin Tapper, 'Sikap Peradilan, Bakat dan Kemampuan di Bidang Teknologi Tinggi' (1989) 03(4) Monash ULR 219.

²⁰ Stefano Rodotà, 'Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione' (2004) 3 Riv crit dir priv 357. Juga telah dicatat bahwa «di bidang humaniora, analisis komparatif memainkan fungsi substitusi untuk ' analisis eksperimental yang menjadi ciri ilmu-ilmu alam». Lihat Gianmaria Ajani, Domenico Francavilla, Barbara Pasa (eds), *Diritto comparato. Lezioni dan materi* (Giappichelli 2018) 5.

²¹ Mengenai pluralisme metodologis lihat: Roberto Scarciglia, 'Strutturalismo, formanti legali e diritto pubblico comparato' (2017) 3 DPCE 649; Pier Giuseppe Monateri, Rodolfo Sacco, 'Legal Formants' di J. Eatwell dkk. (ed.), *Kamus Ekonomi dan Hukum New Palgrave* (2, Macmillan 1998) 531-533; Leontin Jean Costantinesco, *Il metodo comparativo* (Giappichelli 2000).

²² Pier Giuseppe Monateri, 'Jauh di dalam semak belukar: complessità e riaffermazione delle scienze umane' (2006) 3 Riv crit dir priv 481-488; David J. Gerber, 'Metode, Komunitas & Hukum Komparatif: Pertemuan dengan Ilmu Kompleksitas' (2011) 16 Rog Will Un L Rev 114; Giuseppe Martinico, 'Sistem Asimetri dan Adaptif (Hukum) Kompleks: Kasus Uni Eropa' (2014) 21 Maast J Eur Comp L 281.

²³ Philipp Hacker, 'Mengatur dalam Ketidakpastian tentang Rasionalitas: Dari Teori Keputusan ke Pembelajaran Mesin dan Teori Kompleksitas' dalam Stefan Grundmann, Philipp Hacker (eds.), *Theories of Choice. Ilmu Sosial*

diterapkan pada bidang humaniora. Ilmu ekonomi telah menjadi bidang pionir dalam bidang ini, karena merupakan contoh sistem yang kompleks: meskipun berfungsi melalui logika yang berulang, namun perkembangannya tidak dapat diprediksi.²⁴

Khusus untuk dua fitur penting yaitu transparansi dan penjelasan, yang relevan dengan tujuan perlindungan otonomi, perangkat teknologi memungkinkan para ahli untuk meningkatkan pemahaman mengenai hubungan antara input dan output sistem, melakukan intervensi pada tahap pemrograman dengan pemerintah. tugas untuk mengurangi opacity berbasis teknologi sejak awal, atau melalui tindakan selanjutnya.²⁵

Dengan demikian, ilmu kompleksitas berfungsi dalam memahami dinamika sosial. Misalnya, terdapat analogi antara kecerdasan buatan dan sistem hukum: keduanya terdiri dari beberapa unit yang saling berhubungan dan dinamis. Hal ini mengacu pada konsep transplantasi hukum yang mengarahkan peneliti untuk mempertimbangkan elemen mana yang berdampak pada kenyataan, juga melalui metode penelitian lain. Kompleksitas sistem hukum memerlukan alat penelitian dan pendekatan yang sesuai untuk mengatasi hambatan epistemik. Dari perspektif terakhir ini, keterbukaan perbandingan sebagai sebuah metode dapat memberikan dukungan penting untuk memahami proses kognitif berdasarkan kategori yang mengatur pengetahuan hukum. Antara lain, ketika kategori-kategori tersebut didasarkan pada kesalahan kognitif, terdapat risiko bahwa kategori-kategori tersebut akan menjadi sangkar kaku yang menghambat kemajuan pengetahuan.²⁶

7.4 DARI KERENTANAN MENUJU KERENTANAN DIGITAL

Saat ini, salah satu konsep yang dibahas terutama oleh para sarjana adalah kerentanan.²⁷ Memang benar, arsitektur pilihan berdampak pada otonomi konsumen, pertama, berfokus pada pemahaman baru tentang tolok ukur yang menjadi dasar penilaian praktik komersial,²⁸ yang terdiri dari dua konsep dasar: konsep: konsumen rata-rata dan

dan Hukum Pengambilan Keputusan (Oxford University Press 2020). Tugas utama pemrogram adalah menentukan karakteristik dan kemampuan agen, tindakan yang dapat mereka lakukan dan karakteristik lingkungan di mana mereka ditempatkan, serta, mungkin, dampak tindakan mereka terhadap lingkungan itu sendiri.

²⁴ Friedrich August Hayek, 'The Theory of Complex Phenomena', dalam Friedrich August Hayek (ed.), *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (Routledge & Kegan Paul 1967). Beberapa fenomena ilmiah bersifat 'sederhana' dan dapat diprediksi melalui metode kuantitatif. Sebaliknya, fenomena kompleks mengacu pada sistem yang unsur-unsurnya tidak berinteraksi secara linier dan jumlah karakteristik yang terkait dengan interaksinya terlalu tinggi untuk dipahami oleh pengamat ilmiah. Meskipun sistem nonlinier dapat dimodelkan secara ilmiah, interaksinya tidak dapat diidentifikasi secara kuantitatif.

²⁵ Grochowski, Jablonawska, Lagiona, Sartor (n 184 Bab II).

²⁶ Mengenai peran klasifikasi dan taksonomi dalam pengorganisasian pengetahuan, lihat Giovanni Pascuzzi, 'Conoscere comparando: tra tassonomie ed errori cognitivi' (2017) 4 DPCE 1179 ss. Lihat juga Giovanni Pascuzzi, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica* (il Mulino 2018) 181, dimana operasi klasifikasi dianalisis.

²⁷ Pengakuan dan pembaruan, penuh wawasan, atas perdebatan tersebut dipresentasikan pada konferensi Kerentanan Digital dalam Hukum Perdata Eropa (Kolokium ke-2 tentang Hukum Ekonomi Digital), yang diadakan pada tanggal 15 dan 16 Juni 2023, di Universitas Ferrara. Namun, perdebatan mengenai perlunya konsep baru tentang kerentanan dalam hukum kontrak Eropa bukanlah hal baru; antara lain lihat Mateusz Grochowski, 'Apakah Hukum Kontrak Eropa Membutuhkan Konsep Kerentanan Baru?' (2021) 4(10) *Jurnal Hukum Konsumen dan Pasar Eropa*.

²⁸ Lisa Waddington, 'Refleksi Perlindungan Konsumen 'Rentan' di bawah Hukum UE' (2014) 2 *Makalah Kerja Fakultas Hukum Maastricht*,

konsumen rentan. Kedua konsep ini saling bergantung satu sama lain dan tidak dapat dipandang secara terpisah, setidaknya dari sudut pandang hukum privat. Hukum konsumen pada dasarnya cenderung melindungi pengguna sebagai pihak yang lebih lemah dalam hubungan komersial. Hal ini memungkinkan konsumen untuk bertindak sebagai pelaku pasar yang aktif dan otonom.²⁹ Untuk alasan praktis, kedua gagasan tersebut akan dieksplorasi secara terpisah, untuk menekankan bagaimana evolusi keduanya menandai tren paralel terhadap timbulnya bias dalam proses pengambilan keputusan di pasar.

Paragraf saat ini menguraikan evolusi konsep kerentanan. Secara khusus, lintasan tersebut berkaitan dengan: (i) perubahan dari kerentanan, sebagai sebuah konsep yang menghubungkan kelompok orang tertentu dengan fitur umum yang bergantung pada konteks di mana elemen 'eksternal' dari lingkungan digital berdampak pada setiap konsumen digital; (ii) kaburnya batasan antara berbagai kategori hukum dan kebijakan Eropa yang berbeda karena sifat kerentanan digital yang bersifat multidimensi dan dinamis, yang memerlukan penjabaran lebih lanjut ke dalam isu-isu yang dapat dikelola dan berfungsi untuk memberikan perlindungan menyeluruh.³⁰

Pada poin pertama (i), ada baiknya kita beralih dari konsep kerentanan yang ada saat ini berdasarkan kelompok tertentu. Khususnya, disiplin ini diatur berdasarkan hukum konsumen Eropa khususnya oleh UCPD.

Berangkat dari definisi legislatif, Pasal 5 (3) UCPD menggambarkan konsumen yang rentan sebagai anggota dari 'kelompok konsumen yang dapat diidentifikasi dengan jelas dan sangat rentan terhadap praktik atau produk yang mendasarinya karena kelemahan mental atau fisik, usia, atau mudah percaya. suatu cara yang dapat diharapkan oleh pedagang untuk diramalkan'. Peran klausul ini yang terbatas muncul dalam beberapa tahun terakhir dalam literatur hukum dan kasus hukum.³¹

Ketentuan ini, pertama-tama, harus dibingkai dalam konteks teoritis kerentanan yang lebih luas, seperti yang muncul selama bertahun-tahun dalam undang-undang dan kasus hukum UE, untuk memahami bahwa batasan kategori kerentanan tradisional dalam keadaan di mana pola-pola gelap merugikan konsumen, adalah bukan isu baru. Banyak situasi di masa lalu yang menggarisbawahi tidak memadainya kategori kerentanan yang unik dalam melindungi berbagai jenis konsumen yang kurang beruntung.³²

Singkatnya, konsumen yang rentan secara legislatif mengacu pada Art. 5(3) UCPD berfokus pada karakteristik konsumen 'internal' yang memengaruhi kemampuan mereka untuk menangani praktik komersial secara memadai (kelemahan mental atau fisik, usia, atau mudah percaya). Dalam kasus di mana kerentanan merupakan faktor untuk menilai apakah suatu praktik termasuk dalam kategori menyesatkan atau agresif, penafsiran literal

²⁹ Natalie Helberger, Marijn Sax, Joanne Strycharz dkk., 'Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability' (2022) 45(2) J Kebijakan Konsumsi 178.

³⁰ Terakhir, laporan OECD tanggal 26 Juni 2023 memperkenalkan topik tersebut dengan menggambarkan kerentanan konsumen sebagai "konsep kompleks dan multi-dimensi yang tidak memiliki definisi yang diterima secara global". OECD (digital Economic Papers), 'Kerentanan Konsumen di Era Digital', 23 Juni n. 355

³¹ Helberger, Marijn Sax, Joanne Strycharz (n 29) 179.

³² Lisa Waddington, 'Rentan dan Bingung: Perlindungan Konsumen "Rentan" berdasarkan Hukum UE' (2013) 38 Tinjauan hukum Eropa 757-782

mengarahkan hakim untuk mempertimbangkan perspektif kelompok konsumen rentan tertentu.

Memperluas kerangka acuan mengenai kerentanan, dengan perhatian khusus pada situasi di mana konsumen bertindak di bawah tekanan iklan, kemajuan dalam literatur kerentanan telah mengkritik pendekatan untuk mengidentifikasi kelompok pengguna yang rentan karena hal tersebut tampaknya tidak berhubungan dengan realitas sosial.³³ Bahkan perbedaannya antara konsumen rata-rata dan konsumen rentan yang diperkenalkan oleh UCPD dianggap terlalu kaku karena faktanya hanya anggota dari salah satu kelompok konsumen yang dianggap rentan (yaitu, kelemahan mental atau fisik, usia atau mudah percaya) yang harus diberikan tingkat perlindungan yang lebih tinggi.³⁴

Para pakar terkemuka mengusulkan penafsiran yang berbeda mengenai kerentanan, yang pada dasarnya berlawanan dengan penafsiran UCPD. Usulan ini menunjukkan bahwa setiap konsumen dapat menjadi rentan tergantung pada situasinya,³⁵ yang berarti bahwa konsumen yang rentan tidak terkecuali: merekalah yang menjadi aturan karena mereka semua dapat terus-menerus dimanipulasi.

Dalam laporan BEUC, hal ini disebut sebagai asimetri digital karena, menurut penelitian tersebut 'perbedaan antara kerentanan digital eksternal dan internal dapat diterjemahkan dengan rapi ke dalam UCPD melalui konsep asimetri digital'.³⁶

Asimetri mengharuskan bisnis memiliki posisi kuat yang tidak dapat diseimbangkan hanya dengan memberikan informasi kepada konsumen dan mengevaluasi apakah rata-rata konsumen/konsumen rentan memahaminya. Sebaliknya, kerentanan digital mungkin memerlukan pemahaman lain mengenai kerentanan konsumen.

Untuk memahami kerentanan dalam masyarakat digital, penting untuk menyadari sifat-sifat arsitektur pilihan digital tersebut. Arsitektur pilihan digital dapat dikembangkan dalam skala yang lebih besar dengan peluang yang lebih kecil bagi konsumen untuk mendeteksinya. Hal ini terdiri dari manipulasi perilaku, eksploitasi kerentanan, personalisasi yang mempengaruhi kebebasan memilih, dan kebangkitan platform digital terbesar. Bisnis masa kini tidak membatasi diri untuk menargetkan kerentanan yang jelas; sebaliknya,

³³ Joel Anderson, 'Otonomi dan kerentanan terjalin' dalam Catriona Mackenzie, Wendy Rogers, Susan Dodds (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Oxford University Press 2014) 134-161: «seseorang rentan terhadap sejauh mana dia tidak berada dalam posisi untuk mencegah kejadian-kejadian yang akan melemahkan apa yang dia anggap penting baginya». Dengan demikian, kerentanan adalah mengenai hubungan seseorang dengan dunia, kekuatan-kekuatan (sosial, fisik, teknis) di dunia yang dapat mempengaruhi apa pun yang dianggap penting, dan (kurangnya) kendali atau kekuasaan seseorang terhadap kekuatan-kekuatan tersebut.

³⁴ Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner, Thomas Wilhelmsson, *Memikirkan Kembali Konsumen UE* (Taylor & Francis 2017).

³⁵ Martha Albertson Fineman, 'Subjek yang Rentan: Menahan Kesetaraan dalam Kondisi Manusia' (2008) 20(1) *Yale Journal of Law & Feminism*.

³⁶ Literatur non-hukum menggunakan 'kerentanan digital' dan 'kerentanan'. Dalam undang-undang konsumen Eropa, kerentanan adalah istilah yang bermakna, sama seperti kelemahan. Oleh karena itu, penelitian ini mengusulkan terminologi berbeda yang dapat diterapkan pada kedua dimensi 'kerentanan', yakni dimensi struktural eksternal dan disposisional internal. Gagasan asimetri digital menghindari kedua jebakan, yaitu jebakan kerentanan dan jebakan kelemahan. Perhatian terhadap peraturan harus beralih dari mendefinisikan kerentanan atau memilah pengguna tertentu berdasarkan konsep kerentanan ke arah mengatasi sumber kerentanan, yang mencakup asimetri digital.

keunggulan kompetitif sebenarnya terletak pada identifikasi keadaan dan karakteristik pribadi yang membuat seseorang rentan namun belum menimbulkan kerentanan yang sebenarnya. Arsitektur pilihan digital dirancang untuk menyimpulkan kerentanan, yang dapat dianggap sebagai produk pasar konsumen digital. Ketika konsumen terus menggunakan layanan, aplikasi, atau platform yang sama dari waktu ke waktu, entitas komersial yang menawarkan layanan, aplikasi, atau platform tersebut akan dapat mengumpulkan dan menganalisis lebih banyak data pengguna dan, sebagai hasilnya, akan lebih mampu mengidentifikasi kerentanan yang dapat dieksploitasi. Sejauh ini, sifat hubungan komersial yang asimetris menjadi lebih signifikan.

Literatur konsumen kritis serupa juga mengungkapkan kekhawatiran mengenai penelusuran perbedaan tajam antara konsumen rentan dan rata-rata.³⁷ Mengikuti jalur ini dan beralih ke poin kedua yang ditekankan (ii) paragraf ini, dokumen kebijakan Eropa menunjukkan transposisi dan penyebaran wawasan akademis terhadap kerentanan, dengan sebelumnya memilih untuk mengabaikan definisi statis.³⁸ Fakta bahwa beberapa konsumen mungkin lebih rentan dibandingkan yang lain menentukan sifat dinamis dari konsep kerentanan, yang bergantung pada faktor-faktor 'eksternal': termasuk faktor kontekstual, relasional, dan situasional.³⁹

Persoalan ini semakin ramai diperbincangkan sehubungan dengan semakin banyaknya bentuk-bentuk baru strategi yang dipersonalisasi berdasarkan bias, kelemahan, preferensi, dan kebutuhan individu yang dapat membuat setiap konsumen rentan.⁴⁰

Algoritma dan desain digital dapat menangkap keadaan di mana seseorang dapat menjadi rentan dan mempunyai implikasi penting terhadap hukum konsumen (misalnya lingkungan pasar). Menurut Helberger:

'dalam praktik digital, pesan komersial hanyalah salah satu bagian dari pendekatan yang lebih besar dan sistemik untuk memengaruhi perilaku konsumen. Pesan merupakan bagian dari sistem dan tidak dapat lagi dipisahkan dari infrastruktur teknis yang menghasilkannya, karena pesan tersebut merupakan hasil dari [...] sebuah 'sistem

³⁷ Secara umum, literatur riset konsumen berkaitan dengan dua aliran pemikiran utama: kerentanan akibat kerugian dan manipulasi pemasar. Stacey M. Baker, James W. Gentry, Terri Rittenburg, 'Membangun Pemahaman tentang Domain Kerentanan Konsumen' (2005) 25(2) Jurnal Pemasaran Makro 128-139. Pemahaman yang lebih universal mengenai kerentanan konsumen mungkin terlalu berlebihan bagi sebagian orang. Reich, misalnya, menyarankan agar konsep kerentanan konsumen perlu dibedakan dengan konsep kelemahan konsumen agar tidak memperluas konsep tersebut terlalu jauh (Reich, 2016, 141). Norbert Reich, 'Konsumen yang rentan dalam hukum UE', dalam Dorota Leczykiewicz, Stephen Weatherill (eds.), *Citra Konsumen dalam Hukum UE: Legislasi, Pergerakan Bebas, dan Hukum Persaingan* (Bloomsbury Publishing 2016) 141.

³⁸ London Economics, VVA Consulting, & konsorsium Ipsos Mori (2016). *Kerentanan konsumen di pasar-pasar utama di Uni Eropa. Studi untuk Komisi Eropa, Ditjen Kehakiman dan Konsumen, Brussels*. <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/konsumen-disetujui-report_en.pdf>; Komisi Eropa (2016). *Memahami kerentanan konsumen di pasar-pasar utama UE*. Lembar Fakta, Brussel.

³⁹ Komisi Eropa, 2016 Dalam komunikasi yang lebih baru, Komisi Eropa (2016) mendefinisikan konsumen rentan sebagai: «seorang konsumen, yang, karena karakteristik sosio-demografis, karakteristik perilaku, situasi pribadi, atau lingkungan pasar: Berada di risiko lebih tinggi untuk mengalami dampak negatif di pasar; Memiliki kemampuan terbatas untuk memaksimalkan kesejahteraannya; mengalami kesulitan dalam memperoleh atau mengasimilasi informasi; masyarakat kurang mampu membeli, memilih atau mengakses produk yang sesuai; atau lebih rentan terhadap praktik pemasaran tertentu». Komisi Eropa (2016). *Memahami kerentanan konsumen di pasar utama UE*, Lembar Fakta, Brussels.

⁴⁰ Ryan Calo, 'Manipulasi Pasar Digital' (2013) 82 Geo Wash L Rev 995, 1033.

persuasif adaptif'. Oleh karena itu, untuk mengevaluasi praktik komersial dalam kaitannya dengan keadilan, tidak cukup hanya mengevaluasi pesannya; pengaturan sistemis dan cara teknologi membentuk hubungan antara konsumen dan pengiklan juga harus ditonjolkan dalam analisis tersebut'.

Arsitektur pilihan digital kontemporer menawarkan infrastruktur untuk mengidentifikasi dan mengeksploitasi berbagai kerentanan berdasarkan desainnya. Perspektif tambahan yang perlu dijabarkan adalah sifat relasional dari kerentanan dalam masyarakat digital. Masyarakat tidak (hanya) rentan dalam isolasi total; sering kali, justru ikatan hubungan seseorang dengan orang lainlah yang menyebabkan mereka terpengaruh.

Perubahan yang diperlukan terhadap gagasan tersebut juga mendorong pemikiran ulang terhadap kerangka hukum yang berlaku karena, meskipun bias teknologi dan manusia berdampak pada efektivitas dan kesesuaian paradigma informasi dan persetujuan, cara informasi disajikan juga menjadi sangat penting.

Singkatnya, UCPD hanya akan menjadi instrumen yang kuat jika hipotesis bahwa asimetri struktural eksternal akan dikualifikasikan sebagai praktik agresif sejalan dengan Pasal 8 dan 9 UCPD atau jika landasannya dipikirkan kembali: memang, klausul tentang praktik menyesatkan berfokus pada 'komponen informasi' dari praktik komersial, namun pertanyaan yang lebih signifikan dan penting berkaitan dengan hubungan kekuasaan struktural yang diperkenalkan oleh arsitektur pilihan digital kontemporer.

Ketika mempertimbangkan asimetri digital, pengacara harus memberikan ruang untuk interpretasi di luar ketidakseimbangan kekuasaan, melepaskan diri dari tanggung jawab individu dari 'pihak yang lebih kuat' dan mengomentari dampak struktural dari bagaimana teknologi tersebut digunakan.

Asimetri digital tidak boleh direduksi menjadi asimetri informasi; bahkan perlindungan hukum yang sesuai pun harus direduksi menjadi pelanggaran informasi: konsumen secara struktural dan universal tidak dapat memahami arsitektur digital, dan informasi dalam bentuk apa pun tidak dapat memperbaiki asimetri yang ada.

Konsekuensinya adalah solusi dalam undang-undang konsumen yang ada harus mengatasi sisi struktural, yaitu arsitektur digital, dengan cara selain informasi. Pemikiran arsitektur digital melibatkan para ahli hukum sejak awal proses desain: hal ini dapat berkontribusi untuk menyelidiki terlebih dahulu masalah koordinasi antara peraturan yang berlaku, serta mengelola integrasi antara pengetahuan hukum dan ilmu perilaku tentang sikap dan perilaku konsumen. Sejak awal, pendekatan ini juga dapat membantu mengatasi asimetri digital, sebagai kondisi struktural yang tidak dapat dihindari dan mengurangi kesenjangan.

Ada perbedaan pendapat tentang cara membingkai dan mendisiplinkan asimetri digital. Beberapa pihak menganggap penafsiran asimetri digital dalam bentuk strategi eksploitasi data di bawah larangan tindakan menyesatkan dan kelalaian yang menyesatkan sebagai jalan buntu.

Yang lain bermula dari premis bahwa strategi eksploitasi data dapat dan harus dianggap sebagai praktik komersial dan bahwa cakupan penerapan UCPD tetap terbuka, melampaui GDPR. Perspektif holistik memerlukan penyertaan kebijakan eksploitasi data dalam analisis, yang diabadikan dalam ketentuan standar dan oleh karena itu, dapat

diserahkan ke kendali yudisial di bawah UCTD. Ketiga langkah legislatif tersebut, meskipun cakupannya berbeda, diklaim didasarkan pada kesamaan: memastikan bahwa konsumen diperlakukan secara adil ketika bertindak sebagai subjek data sehubungan dengan masalah privasi mereka, sebagai penerima praktik komersial, atau sebagai mitra kontrak.

Dengan cara ini, UE melembagakan keadilan pasar, hanya jika tolok ukurnya mencakup berbagai elemen legislatif. Arsitektur legislatif dari uji keadilan harus dihasilkan dari interaksi antara bentuk strategi eksploitasi data yang terstandarisasi dan kebijakan yang tidak terstandarisasi, yang dapat dikaitkan dengan berbagai bentuk upaya hukum yang berbeda.

Misalnya, Pasal 2 (1) GDPR berlaku untuk pemrosesan data pribadi seluruhnya atau sebagian dengan cara otomatis. Kemudian, beberapa ketentuan UCPD menunjukkan pijakan yang serupa: Pasal 2 (1) menyatakan bahwa praktik komersial berarti segala tindakan, kelalaian, tindakan atau representasi, komunikasi komersial termasuk periklanan dan pemasaran, oleh pedagang, yang berhubungan langsung dengan promosi, penjualan atau penyediaan suatu produk kepada konsumen; Pasal 11a (1) menyatakan bahwa konsumen yang dirugikan oleh praktik komersial yang tidak adil harus memiliki akses terhadap upaya hukum yang proporsional dan efektif, termasuk kompensasi atas kerugian yang diderita konsumen dan, jika relevan, pengurangan harga atau pemutusan kontrak. Negara-negara Anggota dapat menentukan kondisi penerapan dan dampak upaya perbaikan tersebut, dan mereka dapat mempertimbangkan, jika diperlukan, sifat dari praktik komersial yang tidak adil, kerugian yang diderita oleh konsumen, dan keadaan terkait lainnya. Berdasarkan Pasal 3 (1), syarat-syarat kontrak yang tidak dinegosiasikan secara individual dianggap tidak adil jika, bertentangan dengan persyaratan itikad baik, menyebabkan ketidakseimbangan yang signifikan dalam hak dan kewajiban para pihak yang timbul dalam kontrak, untuk merugikan konsumen. Ayat (2) pasal yang sama menunjukkan bahwa suatu istilah selalu dianggap tidak dinegosiasikan secara individual jika istilah tersebut telah dirancang sebelumnya dan oleh karena itu konsumen tidak dapat mempengaruhi substansi istilah tersebut, khususnya dalam konteks kontrak standar yang telah dirumuskan sebelumnya.

Terlebih lagi, bahkan ketika mengacu pada kerentanan, perhatian harus diberikan pada arsitektur legislatif dari uji keadilan. Penting untuk menghubungkan konsep ini dengan interaksi antara bentuk strategi eksploitasi data yang terstandarisasi dan kebijakan yang tidak terstandarisasi serta bentuk upaya hukum yang terkait.

Sebagai kesimpulan, dalam agenda UE, kerentanan tampaknya melampaui hukum konsumen, misalnya dengan mempertimbangkan sejauh mana penyalahgunaan pasar digital akan berdampak pada hak-hak kolektif dan individu, dan secara umum mengikuti jalur penelitian peraturan hukum lintas sektoral dan bidang pengobatan.

7.5 PROTOTIPE ‘KONSUMEN RATA-RATA’ HINGGA KONSUMEN RENTAN DIGITAL

Karena perubahan yang diakibatkan oleh gagasan baru tentang kerentanan, yang sekarang lebih dikenal sebagai kerentanan digital, konsep konsumen rata-rata telah mengalami transformasi yang setara. Gagasan tentang konsumen merupakan inti dari undang-undang perlindungan konsumen Eropa dan telah menjadi tolok ukur bagi peraturan perundang-undangan dan penegakan hukum. Memang benar, keseluruhan gagasan tentang

pola gelap tidak sesuai dengan tolok ukur UCPD bagi konsumen rata-rata, seperti yang selama ini dipahami secara tradisional.

Paradigma 'konsumen rata-rata' pertama kali diperkenalkan oleh ECJ, kemudian dikristalkan dalam undang-undang swasta Eropa, sehingga hanya menyisakan sedikit ruang untuk pengecualian. Awalnya, hanya pengecualian terhadap konsumen rentan yang diperkenalkan oleh pasal. 5 Petunjuk 2005/29/EC (UCPD). Selanjutnya juga dirujuk pada Petunjuk Hak Konsumen (resital 34 CRD). Berakar pada resital 18 dan Art. 5(2) UCPD, tolak ukur rata-rata konsumen adalah cukup berpengetahuan, jeli dan berhati-hati, dengan mempertimbangkan faktor sosial, budaya dan bahasa. Dalam kasus hukumnya yang luas, ECJ cenderung mengacu pada konsumen 'lemah' yang memerlukan perlindungan.⁴¹

Konsep 'kelompok konsumen rentan' sudah menjadi bagian dari Directive 97/55/EC, yang mengubah Directive 84/450/ECC mengenai iklan yang menyesatkan, termasuk iklan komparatif, namun gagasan tersebut hanya dirujuk dalam resital 22 dan digunakan untuk memungkinkan Negara Anggota untuk mempertahankan, atau memberlakukan, larangan yang lebih ketat terhadap metode pemasaran atau periklanan yang menargetkan kelompok konsumen yang rentan. Petunjuk ini kini telah dicabut melalui Petunjuk 2006/114/EC, yang hanya berlaku untuk hubungan bisnis-ke-bisnis, dan rujukan pada konsumen yang rentan telah dihapuskan.

Cakupan awal dari ketentuan ini adalah untuk mencegah eksploitasi terhadap konsumen yang karakteristiknya menjadikan mereka rentan terhadap praktik komersial yang tidak adil, seperti anak-anak atau penyandang disabilitas tertentu. Dalam praktiknya, uji keadilan harus diseimbangkan secara berbeda jika terjadi kerentanan individu (penyakit fisik, penderitaan psikologis, masalah sosial ekonomi, seperti kemiskinan, usia (anak di bawah umur dan lanjut usia), sehingga memungkinkan adanya modifikasi kriteria dalam konteks uji proporsionalitas.

Ini adalah makna hukum sebenarnya dari rata-rata konsumen dan kerentanan, namun konsepnya luas dan dijelaskan dalam banyak cara oleh literatur hukum selama bertahun-tahun. Dari perspektif *de jure condito*, rata-rata konsumen ini masih relevan ketika menilai keadilan suatu praktik tertentu.

Konsep ini telah dikritik karena merupakan personifikasi prototipe konsumen rata-rata: idealnya, rata-rata konsumen UCPD tidak memiliki bias kognitif, yang tentu saja tidak realistis. Berdasarkan studi perilaku, semua orang, atau setidaknya mayoritas (rata-rata), bahkan orang terpelajar sekalipun, mengalami bias kognitif. Studi empiris menunjukkan beberapa pola gelap efektivitasnya lebih besar atau lebih kecil dalam sampel populasi yang heterogen.

Namun demikian, munculnya fenomena pola gelap bukanlah pertama kalinya para pengacara menyatakan keberatan tersebut.⁴² Kasus hukum juga, selama bertahun-tahun,

⁴¹ Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, *Hukum Konsumen Eropa* (Intersentia 2014) 771-808.

⁴² Selama beberapa tahun, banyak akademisi yang menggarisbawahi keterbatasan gagasan ini. Di antara banyak hal, lihat, khususnya, Cristina Poncibò, Rossella Incardona, 'The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution' (2007) 30 (1) *Journal of Consumer Policy* Issue 21-38. Para penulis menggarisbawahi bahwa konsep yang terlalu sederhana dan tidak sesuai dengan perilaku konsumen individu sebenarnya harus ditafsirkan ulang dengan lebih fleksibel atau bahkan ditinggalkan agar dapat

telah mempertimbangkan evolusi dari prototipe homo oeconomicus menjadi homo heuristicus.⁴³

Kasus-kasus ECJ yang terkenal sebelumnya, seperti keputusan Mars,⁴⁴ membuktikan penerapan standar konsumen tradisional. Sebaliknya, kasus hukum yang lebih baru, dengan asumsi fleksibilitas standar, mengorientasikan konten pada kontribusi ekonomi perilaku dan ilmu kognitif. Kasus Teekanne, mengenai desain kemasan bahan makanan, adalah kasus terkenal yang menyatakan perlunya 'memperbarui' konsep tersebut.⁴⁵ Hal ini juga telah ditafsirkan oleh para ahli melalui temuan ekonomi perilaku.⁴⁶ Pengadilan memutuskan bahwa hal tersebut adalah hal yang benar. melanggar hukum menggunakan desain kemasan pada teh buah yang memberikan kesan bahwa suatu bahan ada padahal sebenarnya tidak, dan hal ini hanya terlihat dari daftar bahan pada kemasan teh buah tersebut. Daftar bahan-bahan yang sesuai dengan persyaratan pelabelan makanan mungkin, meskipun benar dan komprehensif, tidak mampu mengoreksi kesan keliru konsumen terhadap desain kemasan secara keseluruhan.

Oleh karena itu, jika konsep tersebut memenuhi syarat sebagai standar yang fleksibel, konsep tersebut juga harus dapat berubah seiring dengan semakin banyaknya wawasan perilaku yang diperoleh dan digarisbawahi oleh para akademisi yang mengomentari kasus hukum.⁴⁷

Ada yang berpendapat bahwa konsep 'rata-rata' merupakan indikator persepsi bahwa tidak semua orang sama. Namun, masalahnya mungkin perbedaan tersebut diukur hanya melalui evaluasi terhadap tiga elemen yang telah ditentukan sebelumnya, serupa dan agak tidak realistis (berpengetahuan luas, jeli, berhati-hati).

Meskipun konsep ini mendapat banyak kritik, tantangannya adalah kita memerlukan tolok ukur bagi bisnis ketika mereka mengembangkan periklanan, formulir persetujuan, dan jenis informasi atau struktur lainnya, serta ketika mereka membentuk arsitektur digital situs

mencerminkan perilaku konsumen secara lebih efektif. Lihat juga: Lisa Waddington, 'Rentan dan Bingung: Perlindungan Konsumen yang "Rentan" berdasarkan Hukum UE' (2013) 38 Tinjauan hukum Eropa 757-782.

⁴³ Edoardo Baccardi, 'Lo standard del consumatore medio tra homo oeconomicus e homo heuristicus' (2023) 1 Accademia 77-99.

⁴⁴ Kasus C-470/93 Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV EU:C:1995:224 [1995] Lihat juga C-220/98 Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. ORG v Lancaster Group GmbH, EU:C: 1999:425 [1999]. Asal usul kasus hukum ECJ berdasarkan konsumen rata-rata dapat ditelusuri di Gut Springenheide

⁴⁵ Kasus C-195/14 Teekanne EU:C:2015:361 [2015]. Penulis yang berbeda menekankan perlunya meninjau gagasan yurisprudensi konsumen, lihat: Kai Purnhagen, 'More Reality in the CJEU's Interpretation of the Average Consumer Benchmark – Also More Behavioral Science in Unfair Commercial Practices?' (2017) 8(2) European Journal Peraturan Risiko 437-440.

⁴⁶ Hanna Schebesta, Kai Purnhagen, 'Perilaku Konsumen Rata-rata: Sedikit Kurangnya Normativitas dan Sedikit Lebih Banyak Realitas dalam Kasus Hukum CJEU? Refleksi pada Teekanne' (2016) Tinjauan Hukum Eropa 595. Ada beberapa diskusi dalam literatur mengenai sejauh mana daftar ini lengkap atau tidak: Bram Duivenvoorde, 'Perlindungan konsumen yang rentan di bawah arahan praktik komersial yang tidak adil' (2013) 2 (2) Jurnal Hukum Konsumen dan Pasar Eropa 69-79; Geraint Howells, Christian Twigg-Flesner, Thomas Wilhelmsson, Memikirkan Kembali hukum konsumen UE (Routledge 2018). Maurits Kaptein, Panos Markopoulos, Boris de Ruyter, Emile Aarts, 'Personalisasi teknologi persuasif: Personalisasi eksplisit dan implisit menggunakan profil persuasi' (2015) 77 International Journal of Human-Computer Studies 38-51; Hans – G. Micklitz, Monika Namysłowska, Münchener Kommentar Zum Lauterkeitsrecht (2020), Seni. 8 22.

⁴⁷ Kai Purnhagen, 'Lebih Banyak Realitas dalam Interpretasi CJEU terhadap Tolok Ukur Rata-Rata Konsumen – Juga Lebih Banyak Ilmu Perilaku dalam Praktik Komersial yang Tidak Adil?' (2017) 8 Jurnal Regulasi Risiko Eropa 437, 439.

web mereka. Tolok ukur mendukung tindakan kolektif dan menghilangkan fokus yang ditempatkan pada konsumen individu, dan persetujuan/pemahaman mereka.

Baru-baru ini, permintaan penilaian referensi awal diajukan oleh Consiglio di Stato Italia kepada ECJ (Consiglio di Stato, sez. VI, 10.10.2022, n. 8650):⁴⁸ hal ini menyangkut penafsiran gagasan 'konsumen rata-rata', berdasarkan hukum perilaku dan wawasan ekonomi. Dalam praktiknya, yurisdiksi administratif tertinggi Italia menanyakan (sub let. a) apakah konsep 'konsumen rata-rata' yang dikanonisasi oleh Directive 2005/29/EC cocok dengan "konsep klasik homo economicus", atau apakah arketipe dari konsumen seharusnya didefinisikan ulang, dengan mempertimbangkan 'temuan teori-teori terbaru tentang rasionalitas terbatas'.⁴⁹

Pada akhirnya, penilaian interpretatif ECJ yang diharapkan, dengan mempertimbangkan interaksi antara hukum, ilmu perilaku, dan perilaku konsumen, harus memutuskan apakah akan meninggalkan gagasan tradisional tentang konsumen rata-rata karena tidak realistis atau memperbarui faktor-faktor 'eksternal', lebih lanjut sejalan dengan perilaku konsumen sebenarnya. Mengingat relevansi aspek kognitif dan kekhususan arsitektur digital, kemungkinan pergeseran dapat terjadi dari konsumen rata-rata menjadi konsumen rentan.

Selain kasus hukum ECJ, perdebatan politik dan akademis membahas topik yang sama dari perspektif yang sama. 19 dalam laporan ELI, yang didedikasikan untuk 'Mengadaptasi Konsep 'Konsumen Rata-rata' atau 'Konsumen Rentan',⁵⁰ Lembaga ini bertujuan untuk mengetahui apakah konsep 'konsumen rata-rata' atau 'konsumen rentan' konsumen dapat

⁴⁸ Consiglio di Stato italiano (Sez. VI), 10 Oktober 2022 No. 8650

⁴⁹ Keputusan tersebut di atas juga menyangkut: (b) apakah suatu praktik komersial, karena pembingkai informasi (framing) berfungsi untuk memberikan pilihan yang terkesan wajib dan tanpa alternatif, dengan memperhatikan Pasal 6, ayat 1, dari Petunjuk, yang menganggap praktik komersial menyesatkan yang dengan cara apa pun menipu, atau dapat menipu, konsumen rata-rata «bahkan dalam gambaran keseluruhannya»; (c) apakah Petunjuk Praktik Komersial yang Tidak Adil membenarkan kekuasaan Otoritas Persaingan dan Pasar Nasional (jika bahaya pengondisian psikologis terkait dengan: 1) kebutuhan yang biasanya dihadapi oleh mereka yang mencari pembiayaan, 2) kompleksitas kontrak yang diajukan untuk ditandatangani oleh konsumen, 3) kontekstualitas penawaran yang diajukan bersamaan, 4) singkatnya waktu yang diperbolehkan untuk berlangganan penawaran), memberikan penyimpangan dari prinsip kemungkinan menggabungkan penjualan produk asuransi dengan penjualan produk keuangan yang tidak berkaitan dengan penetapan jangka waktu 7 hari antara penandatanganan kedua kontrak; (d) jika, sehubungan dengan kekuatan represif dari praktik komersial agresif ini, Petunjuk (EU) 2016/97, dan khususnya Pasal. 24 ayat 3, yang menghalangi penerapan tindakan oleh Otoritas Persaingan dan Pasar yang diadopsi berdasarkan Art. 2, d) dan j), 4, 8 dan 9 Directive 2005/29/EC dan undang-undang transpos nasional yang diadopsi setelah penolakan permohonan komitmen menyusul penolakan perusahaan jasa investasi, dalam hal penjualan gabungan produk keuangan, dan produk asuransi yang tidak terkait dengan yang pertama – dan jika terdapat bahaya pengondisian konsumen terkait dengan keadaan kasus konkret yang dapat disimpulkan juga dari kompleksitas dokumentasi yang akan diperiksa – untuk memberikan kepada konsumen *spatium deliberandi* 7 hari antara perumusan usulan gabungan dan penandatanganan kontrak asuransi; (e) Jika praktik agresif yang hanya mempertimbangkan kombinasi dua produk keuangan dan asuransi dapat mengakibatkan peraturan tidak diperbolehkan dan tidak akan membebani profesional (dan bukan pada AGCM, sebagaimana mestinya) (sulit untuk dibebaskan) untuk membuktikan bahwa hal ini bukanlah praktik agresif yang melanggar Petunjuk 2005/29/EC (terutama karena Petunjuk tersebut di atas tidak memperbolehkan Negara-negara Anggota untuk mengambil tindakan yang lebih membatasi daripada yang ditetapkan olehnya, bahkan untuk memastikan tingkat perlindungan konsumen yang lebih tinggi) atau, sebaliknya, jika pembalikan beban pembuktian tersebut tidak ada, dengan ketentuan bahwa, berdasarkan bukti obyektif, ada bahaya nyata dari mengkondisikan konsumen yang membutuhkan pembiayaan suatu kompleks. penawaran yang cocok dipertimbangkan.

⁵⁰ Op Cit

diadaptasi, atau dilengkapi dengan tolok ukur atau faktor tambahan. Para penulis laporan ini mengakui bahwa fleksibilitas standar ini mencakup semua situasi setiap saat, dan hal ini dapat berubah seiring dengan perkembangan masyarakat.⁵¹ Mereka juga menggarisbawahi bahwa standar fleksibel tersebut tidak menjamin kepastian hukum. Akibatnya, dunia usaha tidak dapat mengetahui standar yang diharapkan dari konsumen tersebut sebelumnya, yang jelas merupakan hal penting dalam menyediakan informasi yang memadai.

Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa 'konsumen rata-rata' UCPD berisiko dimanipulasi oleh pola-pola gelap dan bahwa konsep yang sama harus ditafsirkan sedemikian rupa sehingga mengandung bias. Memang benar, menurut salah satu kesimpulan studi BEUC: kemampuan rata-rata konsumen untuk membedakan penggunaan praktik komersial gelap di lingkungan digital sangatlah terbatas.

Temuan menunjukkan bahwa terdapat sebagian besar konsumen rata-rata yang membuat pilihan yang tidak konsisten, yang mungkin menunjukkan bahwa dalam konteks online, baik konsumen rata-rata maupun konsumen rentan rentan terhadap praktik yang tidak adil. Inilah sebabnya mengapa meskipun konsumen sudah mendapat informasi lengkap dan diberi cukup waktu untuk mengambil keputusan transaksional, pilihan mereka sering kali masih tidak sesuai dengan preferensi mereka.⁵²

Studi empiris terbaru lainnya mengkonfirmasi bahwa 'tingkat kesadaran tidak memainkan peran penting dalam memprediksi kemampuan mereka untuk menolak rancangan manipulatif. Temuan ini menyiratkan bahwa meningkatkan kesadaran mengenai masalah ini tidak cukup untuk melindungi pengguna dari pengaruh pola gelap'.⁵³

Kesimpulannya, tidak ada jaminan bahwa ECJ akan terlibat dalam studi perilaku, untuk mengkaji secara mendalam gagasan standar tersebut. Oleh karena itu, harus diklarifikasi bahwa 'konsumen rata-rata' memiliki bias yang dapat dieksploitasi dengan menggunakan pola gelap. Hal ini juga menjadi alasan mengapa, sejalan dengan kesimpulan dari peristiwa akademis publik baru-baru ini,⁵⁴ dapat dikatakan bahwa observasi mengenai potensi substitusi standar rata-rata dengan standar 'konsumen rentan', atau 'konsumen digital rata-rata' dapat lebih realistis, tanpa melupakan perlunya menghindari risiko generalisasi behaviorisme.⁵⁵

7.6 MENUJU MODEL HUKUM YANG SESUAI

Untuk mengatasi masalah perlindungan multidimensi yang diperlukan terhadap hak fundamental atas otonomi, bahkan mempersempit analisis ke dalam perspektif hukum privat mengenai otonomi konsumen memerlukan refleksi pada model bisnis dan peraturan yang

⁵¹ Tradisi hukum berbeda di Negara-negara Anggota, dimana pendekatan terhadap sebagian besar hukum privat secara tradisional didasarkan pada prinsip-prinsip dan standar luas yang mencerminkan pendekatan pragmatis dalam menyelesaikan perselisihan, standar seperti 'konsumen rata-rata/rentan' mungkin tidak terlalu bermasalah jika standar tersebut diterapkan sesuai dengan perkembangan masyarakat. Namun ketidakpastian masih ada.

⁵² Lupiáñez-Villanueva, Boluda, Bogliacino, Lechardoy, Rodríguez de las Heras Ballell, (n 20 Bab II), 120

⁵³ Ibid Hal 8

⁵⁴ Misalnya: Kolokium ke-2 tentang Hukum Ekonomi Digital tentang 'Kerentanan Digital dalam Hukum Perdata Eropa', yang diselenggarakan oleh Ferrara University, 15-16 Juni 2023.

⁵⁵ Baciardi (n 43) 86.

sesuai yang mampu menangkap kompleksitas situasi empiris dalam standar tolok ukur yang terus berkembang.

Namun demikian, berbagai bentuk asimetri struktural (hubungan yang dimediasi secara digital, arsitektur pilihan, infrastruktur arsitektur), sifat hak fundamental yang diteliti, dan berbagai bentuk kekuasaan (misalnya kekuasaan ekonomi dan intelektual) di tangan dunia usaha merupakan faktor-faktor yang mempengaruhi perlu dipertimbangkan karena dampaknya terhadap keseimbangan antara peraturan (pendekatan *ex ante*) dan rezim tanggung jawab perdata (pendekatan *ex post*). Dengan kata lain, perlu dipertimbangkan sejauh mana perlu untuk melampaui pendekatan terkoordinasi dari kelembagaan yang saling melengkapi (regulasi dan rezim pertanggungjawaban) untuk menegakkan instrumen peraturan alternatif guna mengatasi tantangan spesifik yang ditimbulkan oleh arsitektur digital.⁵⁶

Dengan mempertimbangkan pendekatan-pendekatan hukum tradisional yang berlaku secara terpisah, bab sebelumnya memberikan banyak refleksi untuk mendukung pendekatan-pendekatan tersebut dengan pemikiran yang lebih relevan terhadap peraturan yang dirancang.

Untuk menyimpulkan temuan yang dapat dicapai dari Bab II. Dari perspektif *ex post*, dan mengingat arsitektur strukturalnya, solusi yang tersedia jika terjadi informasi yang menyesatkan beragam: hipotesis untuk mengkualifikasikan strategi eksploitasi data sebagai praktik komersial memiliki implikasi yang luas dalam menerapkan parameter kontrol.

Strategi eksploitasi data harus dipahami sebagai langkah promosi penjualan, dan ini merupakan elemen eksternal bagi konsumen, yang sering kali menjadi sumber kerentanan digital. Oleh karena itu, perbaikan tidak dapat didasarkan pada tindakan atas pelanggaran paradigma informasi, yang mengatur penilaian terhadap iklan yang menyesatkan. Solusi yang tersedia harus ditemukan dalam banyak kebijakan. Meskipun GDPR memberikan beberapa panduan mengenai formulasi pemberitahuan privasi, GDPR memberikan ruang untuk interpretasi karena pemberitahuan yang dipublikasikan di berbagai situs web sangat bervariasi dalam hal antarmuka pengguna, fungsi, konten, dan formulasinya. Namun demikian, terdapat sejumlah keraguan ketika mempertimbangkan apakah ketentuan GDPR (misalnya pasal 43; Pasal 7(4) merupakan landasan hukum yang sesuai untuk memastikan kualitas persetujuan yang tidak hanya bergantung pada tingkat kekuatan pasar pengontrol data. Untuk Misalnya, perbedaan berdasarkan kekuatan pasar perusahaan belum tersedia dan dapat membantu dalam hal ini.

Untuk mempertimbangkan pengamatan yang lebih umum, jika eksploitasi data dikualifikasikan sebagai praktik komersial yang tidak adil, UCPD dan undang-undang konsumen akan diterapkan; jika data dikumpulkan dan diproses oleh suatu organisasi untuk mengambil nilai ekonomi dengan memanfaatkan kekuatannya, maka hal tersebut akan diidentifikasi sebagai praktik anti-persaingan, dan upaya hukum persaingan usaha akan diterapkan.

⁵⁶ Mengenai garis regulasi evolusioner dari teknologi berbasis data, esai berikut ini relevan: Erica Palmerini, 'Algoritmi e Decisioni automatizzate. Tutele esistenti e line evolutive della regolazione', dalam Luis Efrén Ríos Vega, Lucia Scaffardi, Irene Spigno (eds.), *Saya diritti fondamentali nell'era di pengawasan massal digital* (Editorial Scientifica 2021) 209-244. Lihat bagian 11, 233.

Permasalahan dari banyaknya solusi yang ditawarkan oleh beberapa kebijakan yang terlibat adalah penegakan hukum, juga berkaitan dengan memastikan bahwa data yang digunakan untuk mengembangkan aplikasi Big Data dan AI memenuhi standar kualitas.

Sehubungan dengan perspektif *ex ante*, dengan melihat peran luas yang dimainkan oleh GDPR, analisis yang akurat layak mendapatkan model 'satu ukuran untuk semua hukum' setelah adanya beragam teknologi.⁵⁷ Secara praktis, undang-undang Uni Eropa dalam bidang digital permasalahan ini memberikan pengaruh langsung dan tidak langsung pada aktor publik dan swasta di seluruh dunia.⁵⁸

Teknologi berbasis data menimbulkan risiko dan kekhawatiran baru dalam melindungi otonomi konsumen, yang tidak secara eksplisit diperhitungkan dalam undang-undang perlindungan data UE. Hal ini berarti model yang ada saat ini tidak cukup untuk memberikan perlindungan dan alat yang sama bagi berbagai jenis konsumen yang kurang beruntung yang dapat masuk dalam kategori umum kerugian atau kerentanan. Sebaliknya, tindakan yang ditargetkan berdasarkan pengakuan terhadap keberagaman konsumen akan memberikan perlindungan yang lebih besar.

Profil ini juga memberikan kesempatan untuk merefleksikan kecukupan standar: GDPR menangani pemrosesan data pribadi dengan cara otomatis.⁵⁹ Otomatisasi menyiratkan standarisasi, namun juga benar bahwa data dapat digunakan untuk menargetkan kelompok konsumen atau konsumen secara individu. Artinya, tingkat personalisasi bervariasi sesuai dengan algoritma yang digunakan untuk mengevaluasi data yang dikumpulkan.

Dalam berbagai bagian pada bab sebelumnya, gagasan untuk memperkuat peraturan dengan sengaja muncul sebagai pendekatan ideal yang patut mendapat perhatian lebih lanjut karena tampaknya cocok untuk menerapkan kerangka peraturan *ex ante* melalui kolaborasi interdisipliner.

7.7 DESAIN HUKUM

Saat ini, upaya untuk menggabungkan maksud peraturan dengan perhatian pada desain hukumnya telah mendapat banyak perhatian dari para akademisi dan pembuat kebijakan.⁶⁰ Memang benar, dengan merancang mekanisme pilihan yang sadar akan kerentanan informasi subjek data, pengontrol data akan mampu mendukung otonomi konsumen. dan memberdayakan dia.

⁵⁷ Namun, persyaratan ini masih perlu mengubah struktur peraturan secara keseluruhan. GDPR tidak menggunakan bahasa dan konsep yang ditetapkan dalam hukum ekonomi UE, seperti pemasok, pelanggan, dan konsumen, meskipun tujuan umum GDPR adalah menetapkan kerangka peraturan untuk 'aliran bebas data pribadi di Pasar Internal', menurut Pasal 1 (3) GDPR. Terdapat ketidaksesuaian antara filosofi peraturan, bahasa, dan konsep, yang menunjukkan semacam netralitas di pihak GDPR serta peran dan fungsi dasar GDPR dalam tata kelola transaksi ekonomi.

⁵⁸ Anu Bradford, *The Brussels Effect: Bagaimana Uni Eropa Mengatur Dunia* (Oxford University Press, 2020) 131; dan Mariavittoria Catanzariti, Deidre Blind, 'Data at the Boundaries of (European) Law: a first cut' dalam Deidre Curtin, Mariavittoria Catanzariti (eds.), *Data at the Boundaries of European Law* (Oxford University Press 2023)

⁵⁹ Berbeda dengan UCPD dan UCTD, GDPR tidak dibangun berdasarkan apa yang dilarang dan strategi pemasaran seperti apa yang harus dihindari. Justru sebaliknya: filosofi di balik GDPR adalah menetapkan persyaratan yang harus dipatuhi oleh 'pemroses' (Pasal 4 (8)), yaitu peraturan yang harus dipatuhi oleh pengontrol data agar dapat mematuhi hukum. Hal ini tidak berarti bahwa GDPR tidak menentukan ambang batas pengumpulan dan pencatatan data.

⁶⁰ Margaret Hagan, 'Law by Design' (2016),

Pola rancangan hukum merupakan alat penyelesaian masalah yang penting yang dapat mencegah perselisihan dan digunakan kembali untuk mengatasi masalah yang berulang,⁶¹ memicu, misalnya, komunikasi yang lebih transparan dan mudah dipahami,⁶² berdasarkan praktik baik dan standar efisien yang diakui.

Awalnya, pola desain merupakan teknik praktis yang terutama digunakan dalam ilmu komputer dan bidang lainnya.⁶³ Namun belakangan, pola desain digunakan untuk arsitektur digital, sehingga mendapatkan peran penting dalam desain hukum.⁶⁴ Desain hukum dapat diidentifikasi sebagai disiplin ilmu yang menggabungkan hukum, teknologi, dan hukum. dan dirancang untuk menghasilkan dokumen hukum yang mudah digunakan dan, secara lebih umum, membuat sistem hukum lebih mudah diakses oleh masyarakat.⁶⁵

Berpikir dari perspektif desain hukum berarti berfokus pada peraturan *ex ante*, mengadopsi apa yang diidentifikasi oleh Aliran Nordik sebagai pendekatan Hukum Proaktif: ini adalah dimensi baru yang ditambahkan ke dalam Hukum Pencegahan,⁶⁶ yang berdasarkan pada hal tersebut secara umum dikatakan bahwa berpikir seperti seorang pengacara saja tidak cukup.⁶⁷ Dengan demikian, rancangan hukum didasarkan pada pendekatan hukum proaktif, yaitu 'tentang pemungkin dan pemberdayaan – yang dilakukan oleh, dengan dan untuk pengguna hukum, individu dan dunia usaha; visinya di sini adalah suatu masyarakat di mana masyarakat dan dunia usaha sadar akan hak dan tanggung jawab mereka, dapat memanfaatkan manfaat yang dapat diberikan oleh hukum, mengetahui kewajiban hukum mereka untuk menghindari masalah sebisa mungkin, dan dapat menyelesaikan perselisihan

⁶¹ Cristopher Alexander dkk., *Bahasa Pola – Kota, Bangunan, Konstruksi* (Oxford University Press 1977).

⁶² Arianna Rossi, Rossana Ducato, Helena Haapio, Stefania Passera, 'When Design Met Law: Design Patterns for Information Transparency' (2019) 122123(5) *Droit de la consommation* 71, part. 87. Penulis menjelaskan munculnya disiplin Desain Hukum untuk berkontribusi dan mengumpulkan pola desain informasi hukum yang ada yang dimaksudkan untuk menerapkan prinsip transparansi dalam hukum konsumen dan perlindungan data. Para penulis menyajikan alat-alat operasional yang menunjukkan bagaimana prinsip hukum transparansi dapat diterjemahkan ke dalam praktik melalui lensa perilaku dan desain.

⁶³ Erich Gamma dkk., *Pola Desain: Elemen Perangkat Lunak Berorientasi Objek yang Dapat Digunakan Kembali* (Pearson Pendidikan India 1995).

⁶⁴ Selama beberapa tahun terakhir, beberapa pola rancangan hukum dan pustaka pola telah muncul dari praktik. Arianna Rossi, Monica Palmirani, 'Pola Desain Hukum: Menuju Bahasa Baru untuk Desain Informasi Hukum', dalam Erich Schweighofer, Franz Kummer, Ahti Saarenpää (eds), *Internet of Things. Prosiding Simposium Hukum Informatika Internasional IRIS ke-22 Tahun 2019* (Edisi Weblaw 2019) 517-526.

⁶⁵ Konsep desain hukum mengacu pada pemikiran desain, sebuah metodologi untuk memecahkan masalah dengan cara yang kreatif dan berpusat pada manusia. Lihat, misalnya, Roger L Martin, *Design of Business: Why Design Thinking is the Next Competitive Advantage* (Harvard Business School Press, 2009); Chiara Rauccio, 'Bagaimana desain hukum dapat meningkatkan komunikasi perlindungan data dan membuat kebijakan privasi lebih menarik' (2021) 1 *Jurnal Hukum & Teknologi Privasi Eropa*.

⁶⁶ Mengenai hukum proaktif yang sedang berkembang, lihat *Nordic School of Proactive Law*,

⁶⁷ Bagi para Penulis ini, penting untuk memikirkan apa yang ingin dicapai oleh pengguna dan kemudian menyajikan informasi dengan cara yang dapat dengan mudah diterapkan oleh pengguna untuk mencapai tujuan mereka. Untuk mewujudkan hal ini, untuk mendorong 'kesejahteraan hukum', dan untuk mencegah kecelakaan kognitif, sangatlah penting untuk berpikir seperti seorang desainer. Sless menegaskan: «kami menyadari bahwa organisasi sering kali menanyakan pertanyaan yang salah. Mereka bertanya: 'Informasi apa yang harus dimasukkan ke dalam dokumen?,' padahal seharusnya mereka bertanya, 'Tindakan apa yang bisa dilakukan orang, dengan mudah dan cepat, dengan informasi yang diberikan?» David Sless, 'Merancang Dokumen untuk Digunakan Orang' (2018) 4(2) *Jurnal Desain, Ekonomi, dan Inovasi* 125-42, 131.

yang tidak dapat dihindari sejak dini dengan menggunakan upaya yang maksimal. metode yang tepat'.⁶⁸

Dengan kata-kata ini, pembacaan 1.5 dari Opini Komite Ekonomi dan Sosial Eropa mengenai 'pendekatan hukum proaktif: langkah lebih lanjut menuju regulasi yang lebih baik di tingkat UE',⁶⁹ menjelaskan bahwa pendekatan berorientasi masa depan bertujuan untuk mendorong apa yang diinginkan dan memaksimalkan peluang sekaligus mengurangi risiko.

Dengan adanya ruang untuk memilih alat peraturan, penting untuk mengukur bagaimana tujuan tersebut dapat dicapai oleh warga negara dan dunia usaha UE karena prediktabilitas, keberlanjutan, dan perkiraan merupakan persyaratan dasar untuk lingkungan hukum yang berfungsi dengan baik, ramah terhadap masyarakat dan dunia usaha.

Bertindak terlebih dahulu dengan memasukkan peraturan yang efektif dengan sengaja memungkinkan komunikasi yang bermakna dan langsung kepada penerima peraturan. Tujuan utamanya adalah untuk mengendalikan situasi dan mendorong faktor-faktor penentu, bukannya menerapkan solusi ketika kerusakan terjadi.

Tujuan ini akan sejalan dengan tujuan Eropa untuk membentuk apa yang disebut Peraturan yang Lebih Baik,⁷⁰ dengan memberikan cara berpikir baru, dengan mengambil titik awal dari kebutuhan dan aspirasi kehidupan nyata individu dan dunia usaha.⁷¹

Oleh karena itu, kekuatan dari pendekatan hukum preventif, yang secara pragmatis diwujudkan dengan perpaduan optimal dari cara-cara pengaturan, akan menyiratkan partisipasi yang aktif dan efektif dari pihak-pihak swasta, serta pertimbangan sejak awal tidak hanya ekonomi dan hukum tetapi juga kepentingan hukum, aspek sosial dan etika, membangun solusi yang berorientasi pada konsumen.⁷² Tujuan ini menyiratkan kebutuhan untuk berbagi pemahaman standar tentang istilah, definisi, deskripsi, batasan dan interpretasi dalam kerangka acuan umum, dengan fokus pada pendekatan model hukum, bukan pada harmonisasi rinci.

Metodologi untuk memperoleh hasil ini akan dimulai dari tindakan kolaboratif antara beberapa pemangku kepentingan.⁷³ Proyek harus didasarkan pada pendekatan interdisipliner yang cenderung melibatkan pengacara, ahli etika, pakar komunikasi, dan informatika.

Dari sudut pandang yang lebih praktis, alat penelitian yang diperlukan adalah teknik eksplorasi, seperti 'membuat sketsa' atau 'memetakan' berbagai solusi, atau bahkan menciptakan apa yang disebut 'provotipe'. Semuanya merupakan cara untuk menguji berbagai solusi atau skenario potensial.⁷⁴

⁶⁸ Pendapat Komite Ekonomi dan Sosial Eropa mengenai 'Pendekatan hukum proaktif: langkah lebih lanjut menuju regulasi yang lebih baik di tingkat UE'.

⁶⁹ Komite Ekonomi dan Sosial Eropa, Pendapat tentang 'Pendekatan hukum proaktif: langkah lebih lanjut menuju regulasi yang lebih baik di tingkat UE', OJ C 175/27 Jurnal Resmi Uni Eropa 28 Juli 2009.

⁷⁰ Mengenai tujuan Agenda Regulasi yang Lebih Baik,

⁷¹ Rekomendasi 2.3 Opini (ibid).

⁷² Empati merupakan dasar pemikiran desain: lihat Gerlinde Berger-Walliser, Thomas D. Barton, Helena Haapio, 'From Visualization to Legal Design: A Collaborative and Creative Process' (2016) 54(2) American Business Law Journal, Summer 347-392, Makalah Penelitian Sekolah Hukum California Barat No.16-11.

⁷³ ibid

⁷⁴ Ini adalah strategi berbasis solusi yang biasanya digunakan oleh desainer, yang tidak hanya membantu ahli memecahkan masalah dengan lebih baik, namun juga membantu klien lebih memahami solusi yang ditawarkan kepada mereka: Gerlinde Berger-Walliser, Thomas D. Barton, Helena Haapio, ' Dari Visualisasi hingga Desain

Meningkatnya minat terhadap perspektif tersebut membuktikan adanya perubahan sifat dan asal usul proses perubahan hukum kontemporer, yang sebagian besar bergantung pada proses informal, kriptotipe, dan praktik sosial.⁷⁵ Saat ini, perubahan hukum bersifat kompleks dan non-linear, seringkali dipicu oleh tindakan yang tidak membedakan proses domestik, nasional, transnasional dan global, sebagai interaksi dari tindakan dua dimensi, kolektif dan individual.⁷⁶

Penerapan berbagai aturan dan prinsip yang dirancang secara khusus, semuanya berfungsi untuk menjamin otonomi konsumen, akan mencakup semua contoh pendekatan otonomi yang diperbarui dan lebih terkoordinasi ketika ditantang oleh arsitektur digital yang menipu.⁷⁷

Alasan terhadap paradigma transparansi dan keadilan pada bab sebelumnya telah menunjukkan perlunya perubahan model perlindungan untuk menghindari penipuan oleh arsitektur digital.⁷⁸

Desainer akan memainkan peran penting dan relevan dalam membangun keadilan. Seperti yang telah dikemukakan oleh para pakar, kemungkinan besar seperti yang terjadi dalam undang-undang perlindungan data dengan ketentuan 26 GDPR, yang membebaskan kewajiban kepada perancang aplikasi, peraturan baru tentang pola gelap dalam undang-undang konsumen harus membebaskan kewajiban perlindungan konsumen kepada komunitas perancang.⁷⁹

Pengaturan 'Fairness by design' melibatkan desainer. Perluasan desain sistem seperti itu mungkin tidak relevan dengan tujuan UCPD, namun hal ini penting agar regulasi efektif dapat membedakan pola-pola gelap. Untuk mencapai tujuan ini, alat pengaturan mandiri, seperti kode etik khusus untuk desainer juga dapat berfungsi dalam menetapkan standar yang lebih tinggi daripada yang disediakan oleh UCPD. Suplemen harus didorong untuk mengakhiri ketidakpastian dan ketidaklengkapan yang ditemukan dalam penerapan UCPD pada pola gelap.

Peningkatan pengaturan mandiri industri mungkin muncul dengan memperhatikan rancangan hukum. Inisiatif Tanggung Jawab Digital Perusahaan di seluruh dunia juga memandu penggunaan teknologi digital secara etis dan merekomendasikan langkah-langkah yang dapat membantu bisnis menjadi transparan dan menghormati kebebasan memilih konsumen. Kepentingan-kepentingan modern yang diungkapkan melalui hukum lunak (soft law) dapat dipertimbangkan dengan lebih mudah dan efektif jika diterapkan sesuai dengan rancangannya.

Hukum: Proses Kolaboratif dan Kreatif' (2016) 54(2) Jurnal Hukum Bisnis Amerika, 347-392, Makalah Penelitian Sekolah Hukum California Barat No.16-11.

⁷⁵ Pasa, Sinni (n 61).

⁷⁶ Lihat Michele Graziadei, 'Apa arti globalisasi bagi studi perbandingan hukum?' (2021) 16 Jurnal Perbandingan Hukum 511.

⁷⁷ Amanda Perry-Kessaris, 'Desain hukum untuk praktik, aktivisme, kebijakan dan penelitian' (2019) 46(2) Jurnal Hukum dan Masyarakat 185-210.

⁷⁸ Deirdre K. Mulligan, Kenneth A. Bamberger, 'Saving Governance-by-Design' (7 Mei 2018) 106(3) California Law Review 697

⁷⁹ Ducato, Strowel (eds), (n 60).

Contohnya sudah ada. Otoritas perlindungan data Perancis (CNIL) telah mengembangkan studi kasus antarmuka pengguna yang bertujuan membantu desainer mematuhi GDPR.⁸⁰ Demikian pula, Pedoman EDPB 3/2022 memberikan rekomendasi praktis dan praktik terbaik bagi desainer dan pengguna platform media sosial dalam menilai dan menghindari pola gelap dalam platform digital yang melanggar persyaratan GDPR.⁸¹

Objek yang bisa menjadi fokus desain ini bermacam-macam. Keadilan berdasarkan desain dan transparansi telah dipertimbangkan. Rancangan hukum juga dapat mencakup prinsip-prinsip dan tujuan hukum persaingan usaha. Penegak persaingan usaha kemudian dapat memberikan panduan praktis tentang bagaimana perusahaan dapat 'merancang' kepatuhan persaingan usaha. Jadi, misalnya, prinsip yang berguna yang berasal dari konsep privasi yang dirancang adalah bahwa perusahaan harus mendukung nilai dari melakukan penilaian risiko *ex ante* yang proaktif dan mengurangi kemungkinan bahwa algoritma akan berdampak negatif terhadap persaingan usaha.

Di luar penerapan tujuan-tujuan dan prinsip-prinsip spesifik berdasarkan desain, peran penting yang diperoleh dari 'governance-by-design', yang berarti upaya umum yang bertujuan untuk menggunakan teknologi untuk menanamkan nilai-nilai, dapat menunjukkan bahwa kekuatan swasta dapat berkontribusi dalam menerapkan proses demokrasi yang sama. kekuasaan legislatif dan publik.⁸²

Penting untuk mengembangkan peraturan yang tepat untuk menjamin partisipasi masyarakat yang efektif, perdebatan yang terarah, dan keahlian yang relevan untuk mengandalkan tata kelola pemerintahan yang dirancang secara khusus. 'Merancang teknologi untuk 'memasukkan' nilai-nilai menawarkan cara pengendalian yang sangat elegan dan efektif' yang memerlukan pemeliharaan desain yang fleksibel, mengutamakan pendekatan yang berpusat pada manusia, memastikan keahlian teknis dan otoritas regulator, dan menjamin proses pembuatan kebijakan yang terbuka.⁸³

Terutama, pendekatan yang berpusat pada pengguna, yang menggerakkan kekuatan manusia di belakang proses desain dan manusia adalah hal yang penting ketika mengatur teknologi.⁸⁴

Bagaimana merancang algoritma yang adil? Debat terbuka antara pengacara dan ilmuwan komputer

Untuk mengambil langkah maju dalam membangun perlindungan otonomi melalui arsitektur digital, perlu mempertimbangkan perdebatan yang ramai tentang makna keadilan dalam konteks pengambilan keputusan berdasarkan prediksi statistik dan model pembelajaran mesin. Memang benar, isu keadilan algoritmik merupakan topik perdebatan

⁸⁰ Lihat <<https://design.cnil.fr/>>

⁸¹ Lihat <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2022/guidelines-32022-dark-patterns-social-media_en>

⁸² Ada pendapat yang berlawanan. Misalnya, Bamberger (n 78) menggarisbawahi risiko tata kelola yang dirancang dapat menumbangkan tata kelola publik.

⁸³ Para ahli menekankan aturan-aturan yang perlu difokuskan pada proses membangun kapasitas kelembagaan untuk tata kelola yang ketat dan inklusif seputar peran teknologi sebagai regulator (n 60).

⁸⁴ Tim Brown, 'Design Thinking' (2008) 84 Harv Bus Rev 86. Lihat Torsten J. Gerpott, 'Dark Patterns in Web User Interfaces: Toward an Incentive-Based Policy Approach Supplementing Legal Provisions' (2022) 102(9) Wirtschaftsdienst 688-693; Batya Friedman, Peyina Lin, Jessica K. Miller, 'Informed consent by design', Keamanan dan Kegunaan (2001) 503-530.

penting yang sebagian besar melibatkan – namun tidak eksklusif – pengacara dan ilmuwan komputer.⁸⁵ Barocas dan Hardt menekankan bahwa:

'seluruh disiplin ilmu telah menganut model matematika pengambilan keputusan optimal dalam landasan teoritis mereka. Sebagian besar teori ekonomi mengambil keputusan optimal sebagai asumsi dan perilaku ideal manusia. Sebaliknya, disiplin ilmu lain menyebut penyimpangan dari optimalitas matematis sebagai 'bias' yang mengundang eliminasi'.⁸⁶

Namun, sifat dan potensi bias algoritma perlu dipahami sepenuhnya. Bab I telah menunjukkan bahwa otomatisasi pasar didasarkan pada algoritma yang tidak memperhitungkan preferensi meta konsumen.

Mengabaikan meta-preferensi – yang mungkin tidak dapat diakses oleh algoritme – dan sebaliknya berfokus pada preferensi yang disarankan oleh pilihan konsumen sebelumnya dapat menghasilkan keluaran/hasil yang tidak memprediksi pilihan pasar konsumen yang masuk akal, yang berarti pilihan pasar konsumen yang autentik dan tepat waktu. Potensi 'penyimpangan' antara pilihan konsumen dan preferensi sebenarnya adalah keadaan yang sulit ditunjukkan oleh prinsip dasar melindungi persetujuan yang diberikan secara bebas, baik untuk subjek data maupun konsumen yang melakukan transaksi.

Oleh karena itu, permasalahan utamanya adalah bagaimana mencapai hasil yang adil. Percakapan yang menantang muncul ketika definisi keadilan yang spesifik perlu dipilih.

Misalnya, banyak definisi keadilan membandingkan prediksi proses pengambilan keputusan untuk berbagai kelompok dengan hasil sebenarnya. Ukuran keadilan kelompok ini dapat disederhanakan berdasarkan tiga konsep utama hasil yang adil: independensi, pemisahan, dan kecukupan.⁸⁷

Dengan latar belakang landasan konseptual keadilan yang beragam, tidak mudah untuk menentukan dengan tepat apa arti istilah tersebut mengenai AI. Beberapa indikasi dapat ditemukan dalam Pedoman Etika untuk kecerdasan buatan yang Dapat Dipercaya yang telah diterbitkan oleh Kelompok Pakar Tingkat Tinggi mengenai kecerdasan buatan,⁸⁸ sebuah kelompok ahli independen yang dibentuk oleh Komisi Eropa. Pedoman ini memasukkan keadilan ke dalam 'empat prinsip etika, yang berakar pada hak-hak dasar, yang harus dihormati untuk memastikan bahwa sistem AI dikembangkan, diterapkan, dan digunakan dengan cara yang dapat dipercaya'.⁸⁹

⁸⁵ Shira Mitchell, Eric Potash, Solon Barocas, Solon, Alexander D'Amour, Kristian Lum, 'Algorithmic Fairness: Choices, Assumptions, and Definitions' (2021) Tinjauan Tahunan Statistik dan Penerapannya. Corbett-Davies S, Pierson E, Feller A, Goel S, Huq A (2017), Pengambilan keputusan algoritmik dan biaya keadilan, dalam Prosiding konferensi internasional ACM SIGKDD ke-23 tentang penemuan pengetahuan dan penambangan data 797-806; Stefan Feuerriegel, Mateusz Dolata, Gerarhad Schwabe, 'AI yang Adil – tantangan dan peluang' (2020) 62 Bus Inf Syst Eng 379-384; Alessandro Castelnovo, Riccardo Crupi, Greta Greco, Daniele Regoli, Ilaria Giuseppina Penco, Andrea Claudio Cosentini, 'Klarifikasi nuansa lanskap metrik keadilan' (2022) 12(1) Sci Rep 21.

⁸⁶ Solos Barocas, Moritz Hardt, Arvin Narayanan, Fairness and machine learning (MIT Press, 2018)

⁸⁷ ibid

⁸⁸ Commission, Pedoman etika untuk AI yang dapat dipercaya, 2018

⁸⁹ Florian Möselein, Maximilian Horn 'Muncul aturan tentang kecerdasan buatan: kuda Troya etika di bidang hukum?' dalam Larry D. Di Matteo, André Janssen, Pietro Ortolani, Francisco de Elizalde, Michel Cannarsa, Mateja

Namun, untuk mempercepat perkembangan teknologi berbasis data, instrumen implementasi yang konkrit harus dibentuk melalui inisiatif bersama yang melibatkan pengacara, komputer, ahli saraf, dan lain-lain.

Interpretasi neuro-ilmiah yang autentik terhadap perilaku dapat membantu mendekatkan konsep hukum tentang keadilan dengan implementasi algoritmik keadilan. Bidang robotika yang patut dicontoh telah muncul dimana tata kelola permasalahan robotik dipengaruhi oleh desain dan sebaliknya.⁹⁰

Ketika teknologi robot menjadi lebih umum, aspek desain akan menjadi semakin penting. Dalam desain, insinyur diharuskan bekerja sama dengan ilmuwan lain seperti ilmuwan komputer dan pakar disiplin ilmu manusia seperti ahli etika, pengacara, dan antropolog. Kebutuhan akan integrasi antara berbagai disiplin ilmu semakin meningkat karena hal ini membantu mendukung desain interaksi manusia-robot yang holistik.

Komunitas desain telah menetapkan banyak metode untuk melibatkan artefak. Ini telah bercabang menjadi beberapa subbidang, seperti desain interaksi dan desain produk, yang sangat relevan dengan interaksi manusia-robot. Desainer memiliki peluang unik untuk meningkatkan daya tarik dan kegunaan produk robot secara keseluruhan melampaui fungsi dan kemampuan teknisnya. Metode kerja ini pada dasarnya bertujuan untuk mengeksplorasi isu-isu yang akan datang dengan saling bertukar informasi dan saran. Hal ini akan menjawab kebutuhan untuk menghadapi permasalahan kompleks dengan melakukan tindakan nyata, dalam desain atau manufaktur. Solusi hukum tidak hanya memerlukan kontribusi para ahli teknologi untuk memahami penerapan teknologi yang kompleks, namun disiplin ilmu juga dapat mencapai temuan yang tepat dan menetapkan fitur-fitur teknologi yang tepat berdasarkan keterlibatan ilmu-ilmu sosial sebelumnya.

7.8 METODOLOGI KOMPARATIF TERHADAP INTERDISIPLINER DALAM DESAIN HUKUM

Pendekatan Hukum Proaktif didasarkan pada perpaduan metode untuk mencapai tujuan yang diinginkan. Integrasi pendekatan penelitian diperlukan untuk menganalisis aspek

Durovic (eds) *The Buku pegangan Cambridge tentang pengacara di era digital* (Cambridge University Press 2021) 77-95.

⁹⁰ Lars Erik Holmquist, Jodi Forlizzi, 'Introduction to Journal of Human-Robot Interaction Special Issue on Design' (2014) 3 *J Hum Robot Interaction* 1. Bidang dimana konsep by-design yang dikembangkan adalah privasi. Regulator privasi di Kanada, Amerika Serikat, dan UE semakin vokal dalam menyerukan agar privasi diterapkan pada produk dan layanan baru, dibandingkan hanya sekedar ditambahkan setelah adanya keluhan konsumen dan tindakan regulasi. Privasi yang dirancang mungkin akan jauh lebih efektif jika disertakan dalam seluruh siklus desain produk atau kebijakan. Pilihan yang lebih luas tersedia bagi seorang desainer dibandingkan bagi seorang insinyur yang mencoba melakukan perubahan pada produk setelah terjadi insiden privasi. Persyaratan privasi berdasarkan desain tersirat dalam Petunjuk Perlindungan Data Pasal 17. Parlemen, Petunjuk Dewan 95/46/EC tanggal 24 Oktober 1995 tentang perlindungan individu sehubungan dengan pemrosesan data pribadi dan pergerakan bebas data tersebut. Petunjuk [1995] OJ L 281; lihat juga Ian Brown, 'Britain's Smart Meter Programme: A Case Study in Privacy by Design' (2014) 28 *Int'l Rev L Computers & Tech* 172. Peraturan Umum Perlindungan Data menganut privasi berdasarkan desain tanpa merinci bagaimana hal tersebut dapat, atau harus diterapkan.

hukum dari teknologi berbasis data.⁹¹ Secara umum, dalam ilmu sosial, umumnya diharapkan bahwa hambatan disipliner akan dihilangkan,⁹² untuk menetapkan tujuan yang sesuai.

Misalkan tidak ada keraguan dalam menegaskan perlunya mengambil pendekatan interdisipliner terhadap peraturan yang dapat dicapai dengan sengaja. Dalam hal ini, terdapat ketidakpastian mengenai cara melakukannya, dan cara mengembangkan tim kerja antar pemangku kepentingan yang sesuai untuk mewujudkan hal tersebut. Semua pertimbangan sebelumnya tentang keadilan algoritmik membuktikan hal ini.

Untuk mengidentifikasi lingkungan yang tepat bagi pekerjaan interdisipliner yang melibatkan hukum,⁹³ kontribusi dapat diberikan melalui perbandingan hukum sebagai sebuah metode.⁹⁴

Meskipun tidak adanya pertukaran timbal balik yang setara antara hukum dan ilmu-ilmu lain karena keterbatasan yang biasanya dikaitkan dengan sikap pengacara dalam menangani isu-isu dengan beban budaya yang sangat spesifik dan penuh dengan gagasan hukum teknis dan domestik,⁹⁵ hukum komparatif tampaknya menjadi salah satu bidang yang paling bermanfaat. untuk bereksperimen dengan penelitian-penelitian yang melibatkan ilmu-ilmu lain, karena sifatnya interdisipliner.⁹⁶

Yang pasti, selama beberapa dekade, berbagai aliran pemikiran hukum komparatif telah mengkonkretkan interdisipliner yang melekat pada bidangnya dengan cara yang berbeda dan dengan tingkat integrasi pengetahuan yang berbeda.⁹⁷ Saat ini, hukum komparatif melampaui analisis doktrinal yang mengidentifikasi transplantasi hukum atau

⁹¹ Michele Graziadei, 'Personal Autonomy and the Digital Revolution' dalam Alberto De Franceschi, Reiner Schulze (eds.), *Digital Revolution – New Challenges for Law* (Baden-Baden 2019) 16-17

⁹² Annelies Riles, 'Mewakili Perantara: Hukum, Antropologi, dan Retorika Interdisipliner' (1994) 3 *Tinjauan Hukum Universitas Illinois* 597; Mireille Hildebrandt, Jeanne Gaakeer, *Hukum Manusia dan Hukum Komputer: Perspektif Komparatif* (Springer 2015).

⁹³ Saat ini, interdisipliner banyak digunakan dalam cara non-teknis yang menunjukkan, dalam praktiknya, pendekatan dan tingkat pertukaran yang berbeda antara hukum dan disiplin ilmu lainnya. Secara teknis, literatur tradisional mengkategorikan berbagai tingkat interaksi: Basarab Nicolescu, 'Multidisipliner, Interdisipliner, Indisiplineritas, dan Transdisipliner: Persamaan dan Perbedaan' (2014) 2 *Perspektif RCC* 19-26.

⁹⁴ Pendekatan komparatif ini menyiratkan perlunya memandang hukum bukan sebagai suatu bidang hukum, melainkan suatu metode produksi hukum. Lihat Thomas Duve, 'Sejarah Hukum Eropa - Makalah Kerja Perspektif Global untuk Kolokium, Normativitas Eropa - Perspektif Sejarah Global' (Max-Planck-Institute for European Legal History 2013).

⁹⁵ Vincenzo Zeno-Zencovich, *Sistem Hukum Komparatif Pengantar Singkat* (RomaTrePress 2017) 97-99.

⁹⁶ Mary Ann Glendon, Paolo Carozza, Colin B. Picker, *Ringkasan tradisi hukum komparatif* (West Academic Publishing Co, 3d ed. 2008); Ugo Mattei, 'Peluang yang harus dilewatkan: masa depan hukum komparatif di Amerika Serikat' (1998) 46 *Am J Comp L* 709; Uwe Kischel, *Hukum Perbandingan* (Oxford University Press 2019), Bab 1 B dan 1 D; Nils Jansen, 'Hukum Komparatif dan Pengetahuan Komparatif' dalam Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford university Press 2019), 291-320. Untuk kuliah ekstensif tentang perbandingan dan batasannya, lihat Filippo Viglione, 'I «confini» nel diritto privato comparato' (2011) 3 *La nuova giurisprudenza civile commentata* 162-193.

⁹⁷ Para pembanding telah mengeluhkan pendekatan fungsionalisme positivistik. Lihat Gunter Frankenberg, *Perbandingan hukum sebagai kritik* (Edward Elgar 2016); Pierre Legrand, 'Hukum Perbandingan Negatif' (2015) 10(2) *Jurnal Hukum Perbandingan* 405-454; Pierre Legrand, Robert Munday (eds.), *Studi Hukum Komparatif: Tradisi dan Transisi* (Cambridge University Press 2003). Untuk memberikan contoh keterbukaan eksplisit perbandingan hukum terhadap pengetahuan non-hukum lainnya, lihat Pier Giuseppe Monateri (ed.), *Metode perbandingan hukum* (Edward Elgar 2013); Geoffrey Samuel, 'Apakah seseorang memerlukan pemahaman tentang metodologi dalam hukum sebelum seseorang dapat memahami metodologi dalam perbandingan hukum?' dalam Mark Van Hoecke (ed.), *Metodologi penelitian hukum: metode yang mana untuk disiplin ilmu apa?* (Penerbitan Hart 2014) 177-208.

persamaan dan perbedaan antara hukum komparatif dan hukum komparatif. yurisdiksi. Ia mencakup makna otentik dari persamaan dan perbedaan tersebut, sering kali menemukan dan menekankan akar konkritnya yang sering kali berasal dari luar hukum. Lebih jauh lagi, untuk mendalami suatu permasalahan atau penyelidikan hukum tidaklah cukup hanya dengan menyelidiki isi peraturan hukum, namun juga sumber-sumber dan nilai-nilai implisit yang mendasarinya.⁹⁸ Oleh karena itu, Barbara Pasa dan Gianni Sinni mencatat bahwa:

'kajian hukum dan desain komunikasi grafis berbagi refleksi tentang hubungan antara penulisan alfabet dan kode visual dalam perumusan dan komunikasi pesan yang kompleks. Meskipun mengakui dominasi bahasa verbal dalam komunikasi manusia, setidaknya dalam konteks budaya kita, baik hukum maupun desain komunikasi grafis secara khusus mengakui bahwa tidak semua tulisan berdasarkan abjad (seperti di Tiongkok) dan tidak semua tulisan berorientasi verbal (seperti misalnya simbol grafis yang digunakan untuk mewakili angka'.⁹⁹

Banyak hal yang bergantung pada pertanyaan penelitian dan kemampuan peneliti untuk melakukan analisis komparatif yang mendalam.¹⁰⁰ Subjek ilmu pengetahuan dan teknologi sering kali mengharuskan kita untuk melihat fenomena secara holistik.

Perspektif interdisipliner menciptakan berbagai masalah metodologis dalam hukum komparatif. Misalnya, pengacara komparatif perlu berurusan dengan terminologi linguistik yang spesifik; mengintegrasikan metode penelitian berbeda yang sesuai untuk berbagai disiplin ilmu yang relevan – misalnya. kuantitatif, kualitatif- pengumpulan dan analisis data, dan menemukan parameter objektif standar untuk mengevaluasi temuan dan publikasi. Hal ini memerlukan, di satu sisi, tujuan dan pertanyaan penelitian yang terfokus dengan jelas untuk memastikan kelayakan proyek. Di sisi lain, proyek tersebut tidak boleh terlalu abstrak, sempit, atau terspesialisasi agar bermakna melampaui batasan disiplin ilmu. Studi hukum komparatif dapat berkontribusi untuk memahami pentingnya memutuskan bagaimana menyusun pertanyaan penelitian untuk mencapai tingkat integrasi pengetahuan yang sesuai.

Perlunya pemahaman awal tentang ciri-ciri tekno-ilmiah berarti bahwa pengacara perlu diberkahi dengan keterampilan pribadi yang spesifik: kemampuan untuk bertanya, berinteraksi, dan memahami perspektif yang berbeda serta mengadopsi pendekatan metodologis dan cara berpikir yang berbeda.¹⁰¹ Keterampilan ini seringkali tidak difasilitasi dalam pendidikan hukum tradisional Barat karena diselesaikan dalam disiplin ilmu yang terpisah.¹⁰²

⁹⁸ Pasa, Sinni (n 60).

⁹⁹ ibid

¹⁰⁰ Untuk elemen penelitian konstruktif lebih lanjut: Roberto Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica* (edisi ke-2a, Cedam 2018).

¹⁰¹ Dario Antiseri, *I fondamenti epistemologici del lavoro interdisciplinare* (Armando editore 1972); Fabrizio Ravaglioli, 'Introduzione', dalam Fabrizio Ravaglioli (ed.), *Interdisciplinarietà* (Armando editore 1974) 71; Karl Larenz (ed.), *Storia del metodo nella scienza giuridica* (Giuffrè 1966). Untuk contoh penggunaan hukum perbandingan numerik, lihat Mathias Siems, 'Comparative Legal Certainty: Legal Families and Forms of Measurement', dalam Mark Fenwick, Mathias Siems, Stefan Wrzkathe (ed.), *Pergeseran makna kepastian hukum dalam perbandingan dan hukum transnasional* (Hart Publishing 2017) 115

¹⁰² Giovanni Pascuzzi, 'La scienza giuridica è disciplinare: può esserlo la didattica nella facoltà di giurisprudenza?' (2007) V Il Foro Italiano 94.

Memang benar, ketertarikan baru-baru ini terhadap hukum komparatif untuk metodologi empiris berkontribusi dalam menjembatani kesenjangan tersebut, dan menawarkan alat yang sesuai.¹⁰³

Fitur fungsional aplikasi teknologi hanyalah salah satu aspek mendasar yang memerlukan perspektif analisis yang lebih luas. Dampak teknologi baru terhadap masyarakat dan hubungan kompleks antara kemajuan, hukum, dan semua faktor berbeda yang mempengaruhinya – persepsi, ekonomi – mengharuskan pengacara komparatif untuk mampu mengintegrasikan pengetahuan yang berlaku pada tingkat berbeda, seperti epistemik, struktural, dan perencanaan.

Pada titik ini, tantangan teknologi baru mendorong upaya baru untuk mencapai interdisipliner yang otentik, membedakan tingkat interaksi antar disiplin ilmu dengan secara hati-hati menunjukkan pertanyaan penelitian. Makna yang dikaitkan dengan interdisipliner terus berkembang – bahkan dalam konteks luar negeri.¹⁰⁴ Mengajukan pertanyaan yang perlu dijawab menyiratkan bahwa seorang pengacara harus memiliki kemampuan untuk membedakan beberapa tingkat integrasi antar disiplin ilmu: dengan tingkat dasar interdisipliner, sama dengan interdisipliner. pertanyaan penelitian diselesaikan seperti penelitian hukum tradisional, kemudian mempertimbangkan disiplin ilmu lain untuk menjawabnya; dengan integrasi yang lebih maju, pertanyaan penelitian dapat dikarakterisasi tidak hanya bersifat hukum, atau memasukkan metode kuantitatif dan sosio-hukum ke dalam pemikiran hukum; atau menggabungkan kedua intervensi tersebut.¹⁰⁵

Salah satu aspek menarik yang dipertaruhkan, ketika pemangku kepentingan lintas disiplin merencanakan rancangan hukum arsitektur digital adalah kebutuhan untuk menganalisis mekanisme mendalam sifat manusia dan fungsi pikiran manusia. Mengikuti pengamatan yang diungkapkan oleh OECD dalam laporan mengenai 'kerentanan konsumen di era digital', 'diperlukan lebih banyak bukti mengenai kerentanan konsumen. Penelitian hingga saat ini terutama berfokus pada atribut dan keadaan pribadi tertentu, seperti usia dan pendapatan, dibandingkan kondisi eksternal (misalnya praktik pasar digital), keadaan individu (misalnya emosi), dan atribut atau keadaan lain (misalnya keterpencilan geografis). Metode

¹⁰³ Francesco Parisi, Barbara Luppi, 'Quantitative Methods in Comparative Law', dalam Monateri (ed), *Methods* (n 97). Perkembangan terkini dalam studi hukum komparatif berupaya mengembangkan taksonomi interdisipliner sebagai respons terhadap urgensi penelitian modern. Selain itu, pengacara komparatif mengakui karakter baru hukum komparatif yang digambarkan sebagai 'hukum komparatif implisit'. Hal ini bertujuan untuk mengungkapkan keterkaitan antara penelitian di beberapa bidang komparatif. Hal ini juga membuka pintu untuk maju ke arah cara menyiapkan dan merumuskan pertanyaan penelitian, tidak sepenuhnya legal. Hal ini mendorong perubahan metodologi, memasukkan metode penelitian baru ke dalam hukum – yaitu metode ilmiah. Lihat Mathias Siems, *Comparative law* (Cambridge 2022) bagian II 'Memperluas Metode Perbandingan Hukum' (bagian 8 dan 9) 207-281. Khusus mengenai hukum konsumen, lihat Giesela Rühl, 'Analisis perilaku dan hukum komparatif: meningkatkan landasan empiris untuk penelitian hukum komparatif' dalam Hans-W. Micklitz, Anne-Lise Sibony, Fabrizio Esposito (eds.), *Metode Penelitian Hukum Konsumen*. Seri Buku Panduan Metode Penelitian dalam Hukum (EE Elgar 2018) 77-118.

¹⁰⁴ Ada teori yang menyatakan bahwa pentingnya interdisipliner pertama kali dikemukakan oleh Roscoe Pound pada tahun 1907 dan menegaskan pentingnya para profesor hukum untuk mengatasi gagasan hukum murni dan memahami keadaan – seperti kondisi sosial dan ekonomi – di mana prinsip-prinsip hukum diterapkan. Roscoe Pound, 'Kebutuhan akan yurisprudensi sosiologis' (1907) 19 *The Green Bag* 5.

¹⁰⁵ Mathias Siems, 'The Taxonomy of Interdisciplinary Legal Research: Finding the Way Out of the Desert' (2009) 7 *Jurnal Hukum Persemakmuran dan Pendidikan Hukum* 5-17. Artikel ini mengusulkan empat jenis penelitian hukum interdisipliner: satu jenis penelitian dasar dan tiga jenis lanjutan.

empiris tradisional, seperti survei, eksperimen perilaku, analisis keluhan, kelompok fokus dan wawancara, merupakan cara yang menjanjikan untuk mengumpulkan data mengenai beberapa faktor yang kurang diteliti. Meskipun mempelajari kerentanan temporal atau kontekstual yang khas pada lingkungan digital, mungkin memerlukan metode baru, misalnya dengan menggunakan metode baru. melibatkan mempelajari data 'jejak digital' atau keluaran dari 'algoritma bisnis'.¹⁰⁶

Kontribusi psikologi kognitif dengan sempurna merespons apa yang dicatat Raffaele Caterina dalam artikelnya – 'Hukum Perbandingan dan Revolusi Kognitif' – tentang fakta bahwa studi tentang pikiran dapat mendukung studi perbandingan hukum dengan mengajukan pertanyaan-pertanyaan baru dan menantang pendekatan tradisional.¹⁰⁷ Karena menyadari pentingnya kemampuan untuk memahami proses mental orang lain untuk sosialisasi manusia, dan untuk mengembangkan proses empati¹⁰⁸, di satu sisi, dan pentingnya perbandingan yang didasarkan pada pengetahuan kolektif, dan ilmu-ilmu yang berhubungan dengan pikiran manusia menjadi saling penting untuk merumuskan dan menyelidiki pertanyaan penelitian tentang isu kompleks tentang interaksi manusia-komputer melalui arsitektur dan desain digital.

¹⁰⁶ OECD (6 dokumen).

¹⁰⁷ Raffaele Caterina, 'Hukum Perbandingan dan Revolusi Kognitif' (2004) 78 Tul Law Rev 1501.

¹⁰⁸ Sofia Ranchordas membahas empati adalah peran dalam hukum dan di era digital. Lihat Sofia Ranchordas, 'Empati dalam keadaan administratif digital' (2022) 71 Duke Law Journal 1341.

DAFTAR PUSTAKA

- Averitt, N. W., & Lande, R. H. (1996). Consumer sovereignty: A unified theory of antitrust and consumer protection law. *Antitrust LJ*, 65, 713.
- Averitt, N. W., & Lande, R. H. (1997). Consumer choice: The practical reason for both antitrust and consumer protection law. *Loy. Consumer L. Rev.*, 10, 44.
- Benöhr, I. (2020). The United Nations guidelines for consumer protection: Legal implications and new frontiers. *Journal of consumer policy*, 43(1), 105-124.
- Ben-Shahar, O. (2010). One-Way Contracts: Consumer Protection without Law.
- Ben-Shahar, O., & Bar-Gill, O. (2013). Regulatory techniques in consumer protection: a critique of European consumer contract law. *Common Market Law Review*, 50(Special).
- Bernitz, U. (1976). Consumer protection: Aims, methods, and trends in Swedish consumer law.
- Budnitz, M. E. (2010). The Development of Consumer Protection Law, the Institutionalization of Consumerism, and Future Prospects and Perils. *Georgia State University Law Review*, 26(4), 1147.
- Cartwright, P. (2001). *Consumer protection and the criminal law: Law, theory, and policy in the UK*. Cambridge University Press.
- Chatterjee, A., & Sahoo, S. (2011). Consumer protection: Problems and prospects. *Postmodern Openings*, 7(9), 157-182.
- Crane, E. M., Eichenseer, N. J., & Glazer, E. S. (2011). US consumer protection law: a federalist patchwork. *Def. Counsel J.*, 78, 305.
- Delisle, J., & Trujillo, E. (2010). Consumer protection in transnational contexts. *The American journal of comparative law*, 58(suppl_1), 135-164.
- Erin Ann, O. H. (2005). Choice of law for internet transactions: The uneasy case for online consumer protection. *University of Pennsylvania Law Review*, 1883-1950.
- Haupt, S. (2003). An economic analysis of consumer protection in contract law. *German Law Journal*, 4(11), 1137-1164.
- Heiss, H. (2011, November). Insurance contract law between business law and consumer protection. In *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/Rapports Généraux du XVIIIème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé* (pp. 335-353). Dordrecht: Springer Netherlands.
- Howells, G., & Weatherill, S. (2017). *Consumer protection law*. Routledge.
- Huffman, M. (2010). Bridging the divide? Theories for integrating competition law and consumer protection. *European Competition Journal*, 6(1), 7-45.
- Jacobs, W., Stoop, P. N., & Van Niekerk, R. (2010). Fundamental consumer rights under the Consumer Protection Act 68 of 2008: A critical overview and analysis. *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 13(3).
- Macaulay, S. (1979). Lawyers and consumer protection laws. *Law & Soc'y Rev.*, 14, 115.
- Mak, V., & Terryn, E. (2020). Circular economy and consumer protection: The consumer as a citizen and the limits of empowerment through consumer law. *Journal of Consumer Policy*, 43(1), 227-248.

- Manwaring, K. (2018). Will emerging technologies outpace consumer protection law? The case of digital consumer manipulation. *Competition and Consumer Law Journal*, 141-181.
- Morris, K. S. (2012). Expanding Local Enforcement of State and Federal Consumer Protection Laws. *Fordham Urb. LJ*, 40, 1903.
- Muris, T. J. (1991). Economics and consumer protection. *Antitrust Law Journal*, 60(1), 103-121.
- Ohlhausen, M. K., & Okuliar, A. P. (2015). Competition, consumer protection, and the right [approach] to privacy. *Antitrust LJ*, 80, 121.
- Reich, R. B. (1979). Toward a New Consumer Protection. *U. Pa. L. Rev.*, 128, 1.
- Ruhl, G. (2011). Consumer protection in choice of law. *Cornell Int'l LJ*, 44, 569.
- Schurr, F. A. (2007). The relevance of the european consumer protection law for the development of the european contract law. *Victoria U. Wellington L. Rev.*, 38, 131.
- Scott, C. (2018). Enforcing consumer protection laws. In *Handbook of Research on International Consumer Law, Second Edition* (pp. 466-490). Edward Elgar Publishing.
- Sikka, M., Anup, N., Aradhya, S., Peter, S., & Acharya, S. (2012). Consumer Protection Act-Awareness?. *International Journal of Medical and Dental Sciences*, 1-8.
- Syam, M., Ismansyah, I., Azheri, B., & Hasbi, M. (2021). Consumer protection enforcement law characteristics on civil law aspects in Indonesia. *Linguistics and Culture Review*, 5(S2), 1471-1481.
- Thomas, K. (2018). Analysing the notion of 'consumer' in China's consumer protection law. *The Chinese Journal of Comparative Law*, 6(2), 294-318.
- Trebilcock, M. J. (2003). Rethinking consumer protection policy. *INTERNATIONAL PERSPECTIVES ON CONSUMER ACCESS TO JUSTICE*, Charles Rickett and Thomas Telfer, eds., Cambridge.
- Trstenjak, V., & Beysen, E. (2011). European consumer protection law: Curia semper dabit remedium?. *Common Market Law Review*, 48(1).
- Vedder, H. (2006). Competition Law and Consumer Protection: how competition law can be used to protect consumers even better—or not. *European Business Law Review*, 17(1).
- Waller, S. W., Brady, J. G., Acosta, R. J., Fair, J., & Morse, J. (2011). Consumer protection in the United States: an overview. *European Journal of Consumer Law*.

HUKUM PERLINDUNGAN KONSUMEN

Althea Serafim Kriswandaru, S.H.,M.H.

Biodata Penulis



Althea Serafim Kriswandaru, S.H.,M.H. penulis lahir di Semarang pada tanggal 23 Agustus 1993. penulis menempuh pendidikan Sarjana (S1) dan Magister (S2) di Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 (UNTAG Semarang). penulis mempunyai keahlian khusus di bidang teknis aspal selain itu penulis juga menguasai aspek hukum pidana dan ilmu hukum. saat ini penulis aktif mengajar di Prodi Hukum Universitas Sains dan Teknologi Komputer (Universitas STEKOM)



YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

PENERBIT :

YAYASAN PRIMA AGUS TEKNIK

JL. Majapahit No. 605 Semarang

Telp. (024) 6723456. Fax. 024-6710144

Email : penerbit_ypat@stekom.ac.id

ISBN 978-623-8120-91-8 (PDF)



9 786238 120918