

Dampak Persaingan Bisnis *Platform* dengan Menggunakan Sarana *Privacy Policy Tying*

Sih Yuliana Wahyuningtyas

Fakultas Hukum Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya

Jl. Jend. Sudirman Kav. 51, Jakarta 12930

Email: yuliana.siswartono@atmajaya.ac.id

Naskah diterima 18 September 2022

Naskah direvisi: 27 April 2023

Naskah diterbitkan: 30 Juni 2023

Abstract

The crucial role of personal data in the digital market has brought forth new challenges in competition law analysis, as exemplified by the case of *privacy policy tying*. This research aims to delineate the significance of personal data in competition law analysis and provide an analytical framework to assess the detrimental effects of *privacy policy tying* practices in order to ascertain their compliance with competition law. For that purpose, this research primarily focuses on two main aspects: the role of personal data in competition law analysis and the examination of the competitive impact in *privacy policy tying* cases. The research approach employed in this research is a normative legal approach, utilizing a literature review and qualitative analysis. Although personal data is not a tangible commodity subject to trade, it assumes a pivotal role as an intermediary product. It allows data controllers to extract essential information for tailored product customization to individual users. *Privacy policy tying* is utilized as a means to achieve this objective. This research posits that the analysis of the adverse impact of *privacy policy tying* practices in competition law primarily revolves around their exploitative and exclusionary elements, which undermine competition and harm consumers. Careful analysis is needed to avoid blurring the boundaries between competition law and personal protection, and impact analysis guidelines for cases involving the use of personal data.

Keywords: *privacy policy tying*; harm; competition law

Abstrak

Peran penting data pribadi di pasar digital telah membawa tantangan baru bagi analisis hukum persaingan seperti yang ditunjukkan dalam kasus *privacy policy tying*. Penelitian ini bertujuan untuk mendeskripsikan bagaimana data pribadi berperan dalam analisis hukum persaingan dan menyediakan alat analisis untuk mengevaluasi dampak kerugian dalam praktik *privacy policy tying* untuk kualifikasi ilegalitas menurut hukum persaingan. Untuk tujuan tersebut, paper ini difokuskan pada dua persoalan pokok, yaitu bagaimana peran data pribadi berperan dalam analisis hukum persaingan dan bagaimana dampak persaingan dianalisis dalam kasus *privacy policy tying*. Penelitian ini menggunakan pendekatan normatif hukum dengan menggunakan studi pustaka dan analisis kualitatif. Meskipun data pribadi bukan komoditas dan tidak dapat diperdagangkan, namun ia memainkan peran penting sebagai produk antara yang memungkinkan perusahaan sebagai pengendali data untuk mengekstrak informasi penting guna penyesuaian produk bagi penggunaannya secara individual. *Privacy policy tying* digunakan sebagai alat untuk tujuan tersebut. Paper ini berargumentasi bahwa analisis dampak negatif atas praktik *privacy policy tying* dalam hukum persaingan memusatkan perhatian pada elemen eksploitatif dan eksklusif dari praktik tersebut terhadap persaingan dan konsumen. Diperlukan ketajaman analisis untuk menghindari kekaburan batas-batas antara hukum persaingan dan perlindungan pribadi, dan suatu pedoman analisis dampak untuk kasus-kasus yang berkaitan dengan data pribadi.

Kata kunci: *privacy policy tying*; dampak negatif; hukum persaingan

I. Pendahuluan

Ilegalitas dalam hukum persaingan usaha (selanjutnya disebut hukum persaingan) secara universal pada pokoknya dilakukan dengan menggunakan salah satu dari dua pendekatan, yaitu pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *rule of reason*.¹ Dalam pendekatan *per se illegal*, suatu perbuatan dianggap ilegal dalam perspektif hukum persaingan, ketika memenuhi elemen-elemen perbuatan yang dilarang dalam hukum persaingan tanpa perlu membuktikan dampak dari perbuatan tersebut.

Sementara itu, dalam pendekatan *rule of reason*, suatu perbuatan dianggap ilegal dalam hukum persaingan hanya ketika setelah elemen perbuatan tersebut terpenuhi, dapat dibuktikan lebih lanjut adanya potensi dampak negatif yang ditimbulkannya (disebut juga dengan istilah *harm*).² Yang dimaksud dengan perbuatan dalam konteks ini mencakup pula perjanjian, misalnya dalam kasus kartel. Dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (selanjutnya disingkat UU No. 5 Tahun 1999), elemen dampak tersebut dapat terlihat misalnya dalam perumusan klausula “dapat mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat”.

Proses untuk menganalisis ada atau tidaknya dampak negatif dari suatu perbuatan dikenal pula dengan istilah “analisis dampak”. Hal inilah yang kemudian dianalisis dalam “*theories of harm*” yang mempersoalkan mengenai bagaimana mengukur suatu dampak negatif atau merugikan dari suatu perilaku pelaku usaha di dalam pasar.³ Dampak

negatif atau merugikan tersebut dapat bersifat eksploitatif (*exploitative*)⁴ atau eksklusif (*exclusionary*).⁵

Lazimnya, hukum persaingan di suatu negara menggunakan salah satu dari dua pendekatan utama, yaitu penekanan pada dampaknya terhadap konsumen, seperti di Amerika Serikat, atau terhadap persaingan atau proses persaingan, seperti di Uni Eropa. Hal ini penting, karena tergantung pada lingkup dampak dari suatu perjanjian atau perbuatan yang dipersoalkan dalam suatu kasus, maka dapat ditentukan bukti yang diperlukan.

Kompleksitas analisis dampak meningkat ketika berhadapan dengan kasus persaingan dalam ekonomi digital, misalnya dalam proses pembuktian. Tantangan tersebut ada pada bagaimana mengindikasikan adanya potensi penyalahgunaan, dengan semakin beragamnya bentuk praktik anti persaingan dalam ekonomi digital, dan apa yang dapat digunakan sebagai alat bukti, serta bagaimana memperolehnya. Hal ini dapat dilihat dalam kasus *privacy policy tying*.

Dalam artikel “Data-Driven Envelopment with Privacy-Policy Tying”, istilah *privacy policy tying* dikemukakan oleh Condorelli dan Padilla yang diartikan sebagai “suatu strategi yang digunakan oleh suatu *platform* yang mensyaratkan disetujuinya suatu kebijakan privasi (*privacy policy*) oleh subjek data untuk dapat memperoleh suatu layanan, sehingga platform tersebut dapat menggabungkan data pribadi pengguna tersebut dari beragam layanan yang tidak terkait.”^{6 7} Ini terjadi misalnya ketika suatu *platform* yang dominan atau setidaknya memiliki kekuatan pasar yang tinggi di pasar primer (misalnya pasar periklanan) memasuki pasar

¹ William E. Kovacic and Carl Shapiro, “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14, No. 1, (Winter 2000): 54. DOI: 10.1257/jep.14.1.43. DOI: 10.1257/jep.14.1.43.

² Herbert J. Hovenkamp, “The Rule of Reason”. *Florida Law Review*, Vol. 70, Iss. 1, (2018): 89. <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol70/iss1/2/>.

³ Eleanor M. Fox, “What Is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 70, No. 2, (January 2002): 371. <https://www.jstor.org/stable/40843559>.

⁴ Marco Botta and Klaus Wiedemann, “Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision”, *Journal of European Competition*

Law & Practice, Vol. 10, Iss. 8, (November 2019): 465. DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz064>.

⁵ Vikas Kathuria, “Greed for Data and Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 35, No.1, (February 2019): 89. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.12.001>.

⁶ Daniele Condorelli dan Jorge Padilla, “Data-Driven Envelopment with Privacy-Policy Tying”, SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 12 May 2020. DOI:10.2139/ssrn.3600725.

⁷ Daniele Condorelli dan Jorge Padilla, “Harnessing Platform Envelopment in the Digital World”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 16, No. 2, (April 2020): 143. DOI:10.2139/ssrn.3504025.

sekunder yang kaya dengan data (misalnya pasar mesin pencari atau media sosial).

Lebih lanjut, dalam artikel Samson Esayas berjudul “Competition in (Data) Privacy: ‘Zero’ Price Markets, Market Power and the Role of Competition Law”, dijelaskan bahwa *platform* tersebut menawarkan layanan dengan harga nol atau setidaknya sangat rendah guna memperoleh pelanggan dan melalui itu, menuai data pribadi dalam volume dan variasi yang besar. Data tersebut kemudian digunakannya untuk memperkuat posisinya dan membangun hambatan masuk di pasar primernya yang layanannya berbasis pada keandalan dan ketajaman data pribadi pengguna.⁸ Hal senada disampaikan pula oleh John M. Newman dalam tulisan berjudul “Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations”. Pengguna dapat memperoleh manfaat dari praktik tersebut dengan dapat dinikmatinya layanan di pasar sekunder dengan harga rendah atau bahkan nol, atau hasil pencarian dalam mesin pencarian yang sangat tajam.⁹

Namun demikian, terdapat pula potensi yang merugikan bagi pengguna. Hal ini terjadi ketika hambatan masuk dalam pasar primer kemudian berakibat berkurangnya atau tidak adanya pilihan yang signifikan bagi pengguna dan terbentuk situasi ketika pengguna terkunci di dalam *platform* (*locked-in*). *Platform* tersebut kemudian dapat mendikte persyaratan-persyaratan untuk pengguna, termasuk di dalamnya kebijakan privasi, yang mau tidak mau harus diikuti oleh pengguna.

Berbeda dari artikel-artikel di atas, paper ini memusatkan perhatian pada bagaimana data pribadi berperan dalam analisis hukum persaingan dan menyediakan alat analisis untuk mengevaluasi dampak kerugian dalam praktik *privacy policy tying* untuk kualifikasi ilegalitas menurut hukum persaingan. Untuk tujuan tersebut, paper ini bermaksud untuk menjawab dua pertanyaan. Pertama, bagaimana peran data pribadi dalam analisis hukum persaingan? Kedua, bagaimana dampak persaingan dianalisis dalam kasus *privacy policy tying*?

II. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif dengan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan kasus (*case approach*). Data yang digunakan adalah data sekunder baik berupa sumber data primer, sekunder, dan tersier. Adapun metode pengumpulan data yang dilakukan adalah studi pustaka (*desk study*), yaitu metode pengumpulan data dengan melakukan kajian literatur berupa jurnal, laporan penelitian, dan berbagai acuan baik nasional maupun internasional untuk pengumpulan informasi yang relevan di bidang hukum persaingan usaha, khususnya berkaitan dengan analisis dampak dan praktik *privacy policy tying*.

Data yang diperoleh dianalisis secara kualitatif melalui analisis yuridis normatif atas data sekunder yang diperoleh dengan membuat klasifikasi terhadap bahan-bahan hukum untuk memudahkan analisis. Selanjutnya, bahan hukum yang telah diklasifikasi diinterpretasikan dengan menggunakan metode penafsiran berikut ini: (a) gramatikal, yaitu penafsiran hukum yang mendasarkan pada makna teks suatu ketentuan hukum, dan (b) sistematis, yaitu dilakukan berdasarkan struktur suatu ketentuan hukum dan penempatannya dalam keseluruhan sistem norma yang berkaitan. Penarikan simpulan dilakukan secara deduktif, yaitu menarik benang merah dari hal yang bersifat umum menuju yang hal bersifat khusus.

III. Dampak dalam Praktik *Privacy Policy Tying*

Bagian ini akan dibagi dalam dua sub bagian. Dalam sub bagian pertama, akan dibahas mengenai peran data pribadi dalam konteks hukum persaingan. Sub bagian kedua akan membahas mengenai analisis dampak dalam *privacy policy tying*.

A. Dampak dalam Hukum Persaingan

1. Pendekatan Dampak dalam Analisis Hukum Persaingan

Beberapa hal yang mengeskalasi kompleksitas analisis hukum persaingan dalam ekonomi digital antara lain, pertama, ukuran pelaku usaha yang mana sebagian besar dari pelaku usaha besar yang

⁸ Samson Esayas, “Competition in (Data) Privacy: ‘Zero’ Price Markets, Market Power and the Role of Competition Law”, *International Data Privacy Law*, Vol. 8, No. 3, (2018): 181. DOI: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipy014>.

⁹ John. M. Newman, “Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 164, No. 2, (2015): 201. https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss1/4/.

beroperasi di pasar adalah mereka yang memiliki produk digital. Konsep bahwa hukum persaingan tidaklah “anti besar” tetap berlaku, namun terdapat perhatian khusus atas para pelaku usaha besar dalam ekonomi digital karena semakin beragamnya cara untuk dapat mengukuhkan posisinya di dalam pasar, termasuk melalui cara yang anti persaingan.¹⁰ Kedua, berfungsinya dan besarnya peranan efek jaringan dalam ekonomi digital membuat analisis hukum persaingan konvensional tidak serta merta dapat diterapkan dalam kasus-kasus yang melibatkan efek jaringan,¹¹ sebagai contoh adalah penentuan pasar bersangkutan (*relevant market*).¹² Ketiga, dikenalnya produk atau layanan yang diberikan dengan harga nol atau dengan harga tersubsidi. Hal ini menimbulkan kompleksitas tersendiri dalam analisis misalnya kemampuan untuk mendongkrak suatu sisi *platform* melalui kekuatan pasar pada sisi *platform* yang menawarkan layanan dengan harga nol. Analisis kekuatan pasar karenanya menjadi lebih rumit. Keempat, hadirnya platform multi-sisi/*multi-sided platform*¹³ (MSP) dengan wajah yang baru dari yang dikenal sebelumnya.¹⁴

MSP telah dikenal lama sebelumnya, misalnya dalam praktik bisnis koran yang memiliki dua sisi pelanggan dan produk, pembaca dan berita pada satu sisi, dan pengiklan dan media termasuk pembaca iklan (*audience*) untuk beriklan. Peran platform sebagai perantara (*intermediary*) juga bukan hal yang baru. Namun demikian, kombinasi antara model bisnis dan perkembangan teknologi informasi dan komunikasi (TIK) telah mengubah peran platform dengan model bisnis MSP yang semula

semata sebagai perantara, sekarang berperan sebagai pengambil keputusan penentu harga (*price setter*). Besarnya peran platform digital telah mendapatkan perhatian dari otoritas persaingan di beragam yurisdiksi. Di Uni Eropa misalnya, potensi anti persaingan dan beragam kasus persaingan yang muncul dari praktik platform digital menjadi latar belakang diterbitkannya *The Digital Market Act* (DMA) pada tahun 2022.

Namun demikian, hal ini tidak berarti bahwa *platform* multi-sisi merupakan satu-satunya perkembangan yang perlu dicermati dan mendapatkan perhatian khusus dalam analisis hukum persaingan. Pembahasan secara khusus mengenai penentuan pasar bersangkutan dalam platform multi-sisi lebih didasarkan pada pertimbangan mengenai tingkat kompleksitasnya. Sementara itu, perkembangan yang lain dalam ekonomi digital yang penting antara lain adalah pasar untuk produk yang saling terhubung (*interlinked product*). Contohnya adalah pasar produk perangkat keras dan pasar produk perangkat lunak, atau pasar *operating system* (OS) dan pasar aplikasi pada telepon pintar.¹⁵

Kedua jenis pasar yang saling terhubung tersebut secara tradisional berada pada dua pasar yang berbeda, namun dalam perkembangannya, keduanya dapat saling mempengaruhi. Kekuatan pasar satu produk dapat mendongkrak kekuatan pasar produk yang lain.¹⁶ Contohnya adalah kekuatan pasar Google pada pasar OS Android berpengaruh pada pasar aplikasi yang dapat dipasang dalam telepon pintar yang menggunakan OS

¹⁰ OECD, “Implications of E-commerce for Competition Policy - Note by the United States”, DAF/COMP/WD(2018)48, 23 Mei 2018, 7. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)48/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)48/en/pdf).

¹¹ Ralf Dewenter, Ulrich Heimeshoff, dan Franziska Löw, “Market Definition of Platform Markets”, *Working Paper* No. 176, Helmut Schmidt University Hamburg, March 2017, 15. <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/184879/1/82821601.pdf>.

¹² Sarah Oxenham Allen, et al., “Market Definition in the Digital Economy: Considerations for how to Properly Identify Relevant Markets”, *American Antitrust Institute*, 17 Juni 2020, 1-2.

¹³ David S Evans and Richard Schmalensee, “The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses”,

dalam Roger D. Blair, and D. Daniel Sokol (Eds.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Volume 1, (Oxford: Oxford Academic, April 2015), 405-406.

¹⁴ Directorate-General for Competition (European Commission), “Support Study Accompanying the Evaluation of the Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law”, *Final Report*, LU: Publications Office, 2021. <https://data.europa.eu/doi/10.2763/46075>. Diakses tanggal 28 Agustus 2022.

¹⁵ OECD, “Abuse of Dominance in Digital Markets”, July 2020, 20. <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>.

¹⁶ *Ibid.*

Android.¹⁷ Penentuan pasar bersangkutan dalam hal seperti ini perlu dilakukan secara kasus per kasus.

Sebagai contoh, dalam kasus Google Android¹⁸ di Uni Eropa,¹⁹ pada tahun 2007, Google mengadakan kesepakatan dengan Apple, bahwa sejak peluncuran iPhone, Google Search menjadi layanan pencarian umum (*default*) di semua perangkat seluler Apple yang memungkinkan Google memperoleh pendapatan besar dari perangkat Apple. Tanpa kesepakatan semacam itu, produk-produk yang saling terhubung (*interlinked*) mungkin tidak dapat berfungsi.

Interlinked product berperan dalam menentukan pasar produk, misalnya OS untuk PC terpisah dari OS untuk telepon seluler. Sebagai contoh, *Original Equipment Manufacturer* (OEM) PC Amazon tidak dapat menginstal OS Seluler pada perangkatnya, demikian pula OS untuk perangkat seluler Apple berbeda dengan OS yang digunakan di PC. Akan tetapi OS *smartphone* dan OS tablet termasuk dalam pasar produk yang sama, karena apabila dilihat dari sisi penawaran, semua pengembang OS menggunakan OS yang sama untuk telepon seluler dan tablet.

Hal berikutnya yang perlu diperhatikan pula adalah penentuan pasar bersangkutan dalam persaingan untuk pasar (*competition for a market* bukan *in the market*) untuk kasus-kasus inovasi disruptif.²⁰ Hal ini tipikal terjadi dalam sektor farmasi dan teknologi berkaitan dengan paten.

Ekosistem produk merupakan produk atau layanan yang berbeda, ditawarkan melalui *platform* di beberapa segmen pasar, terlepas dari apakah layanan

ini disediakan pada satu aplikasi atau di beberapa aplikasi.^{21,22} Ekosistem produk semacam ini perlu dipertimbangkan, karena dapat berimplikasi pada hal-hal berikut: (1) meningkatkan hambatan dan membatasi kemampuan *platform* pesaing yang hanya beroperasi di satu segmen pasar untuk bersaing secara efektif karena *platform* pesaing mungkin hanya menyediakan rangkaian produk dan/atau layanan yang sama dengan ekosistem produk; dan (2) dapat terlibat dalam *tying* dan *bundling* untuk memanfaatkan posisinya di segmen pasar atau ekosistemnya.²³

Konsep ekosistem produk merupakan perluasan dari pendekatan definisi pasar ketika produk yang berbeda dapat dimasukkan ke dalam pasar yang relevan karena beberapa pertimbangan: (1) penjual menjual produk tersebut secara bersama-sama, dan (2) secara efektif mempertimbangkan komplementaritas di sisi penawaran, dengan memperhatikan sinergi di sisi permintaan, khususnya sinergi konsumsi, sehingga konsep ekosistem produk dapat diterapkan secara lebih umum untuk semua jenis produk dan layanan, dan tidak terbatas pada *platform* digital.²⁴ Pasar dengan ekosistem produk terdiri dari campuran atau rentang produk yang berbeda, yang di dalamnya komplementaritas dalam permintaan atau penawaran cukup kuat.²⁵ Oleh karena itu, perlu dipertimbangkan sinergi konsumsi yang cukup kuat yang dapat menunjukkan adanya fokus untuk membentuk ekosistem produk yang terdiri dari layanan berbeda yang dijual oleh *platform*.²⁶

¹⁷ Google Android Case, Case AT.40099, Official Journal of the EU, C402/19, 18 July 2018. [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/ALL/?uri=CELEX:52019XC1128\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/ALL/?uri=CELEX:52019XC1128(02)).

¹⁸ Benjamin Edelman dan Damien Geradin, "Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google's Practices in Mobile", *European Competition Journal*, Vol. 12, No. 2-3, (November 2016): 159-160. DOI: <https://doi.org/10.1080/17441056.2016.1254483>.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Josef Drexler, "Anticompetitive Stumbling Stones on the Way to A Cleaner World: Protecting Competition in Innovation Without A Market", *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8, No. 3, (September 2012): 507. DOI: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhs019>.

²¹ CCCS, "E-Commerce Platforms Market Study - finding and recommendations", *Market Study Report*, 10

September 2020, 48. <https://www.cccs.gov.sg/-/media/custom/ccs/files/media-and-publications/publications/market-studies/cccs-ecommerce-platforms-market-study-report.pdf?la=en&hash=167617E34FDC1DB6E2B68B66B9F7B6801B7B9A35>.

²² Michael G. Jacobides and Ioannis Lianos, "Ecosystems and Competition Law in Theory and Practice", *Industrial and Corporate Change*, Vol. 30, (October 2021), 1199-1200. DOI: <https://doi.org/10.1093/icc/dtab061>.

²³ CCCS, "E-Commerce Platforms Market Study - finding and recommendations", 60.

²⁴ *Ibid.*, 61.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

Berdasarkan studi terbaru di Singapura sebagai perbandingan, diamati adanya kecenderungan *platform* digital untuk berkembang menjadi ekosistem di mana *platform* masuk ke beberapa pasar lateral dan menyediakan banyak layanan.²⁷ Salah satu faktor yang meningkatkan keunggulan ekosistem adalah adanya komplementaritas permintaan. Permintaan yang saling melengkapi tersebut dapat disamakan dengan konsep komplementaritas transaksi dan penciptaan sinergi konsumsi, yang di dalamnya konsumen dapat menemukan bahwa mereka menikmati penghematan waktu atau kenyamanan dalam membeli beberapa layanan berbeda dari *platform* yang sama.²⁸

Platform multi-sisi dan efek jaringan banyak ditemukan pada sektor ekonomi yang memanfaatkan teknologi informasi. Model bisnis ini sudah dikenal pula dalam sebelum era digital, seperti kartu kredit, surat kabar, atau pusat perbelanjaan. Penerbit majalah melayani pasar pembaca dan sekaligus pasar periklanan, yang keduanya saling terkait oleh efek jaringan tidak langsung (*indirect network effect*).²⁹

Hanya saja dalam ekonomi digital, model bisnis ini mendapatkan bentuk pengembangan yang optimal dengan revolusi industri 4.0 yang mengintegrasikan teknologi informasi sebagai *enabler*. *Platform* multi-sisi yang dalam bentuk yang konvensional dikenali dengan peran perantara telah berevolusi menjadi suatu model bisnis yang mampu mengoptimalkan pemanfaatan tiap sisi *platform*nya untuk kepentingan baik *platform* tersebut maupun mitra dan pengguna atau konsumen.

Sebagaimana dikemukakan dalam Bagian Pendahuluan, ilegalitas suatu perbuatan dalam hukum persaingan tidak selalu ditentukan *per se* ketika elemen-elemen perbuatan tersebut terpenuhi. Dalam konteks ini, terdapat dua pendekatan yang kemudian memunculkan pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *rule of reason*. Kedua pendekatan tersebut adalah pendekatan formalistik dan pendekatan dampak (*effect-based*).³⁰

Dalam pendekatan formalistik yang merupakan akar dari *per se illegality*, pusat perhatian diletakkan pada proses persaingan dengan asumsi implisit bahwa adanya gangguan terhadap persaingan, dengan sendirinya menimbulkan dampak merugikan bagi konsumen (*consumer harm*). Dengan asumsi demikian, maka dampak kerugian terhadap konsumen tidak perlu dibuktikan, sepanjang elemen perbuatannya terpenuhi.

Sementara itu, pendekatan dampak meletakkan fokus pada kasus tanpa asumsi bahwa perbuatan yang dilarang serta merta menimbulkan dampak negatif bagi konsumen. Oleh karena itu, pendekatan ini bersifat kasuistis dan mensyaratkan adanya bukti dampak negatif bagi konsumen untuk penentuan ilegalitas perbuatan.³¹ Paper ini memusatkan perhatian pada yang pendekatan yang terakhir ini.

Implementasi pendekatan dampak dapat berbeda-beda di tiap yurisdiksi. Sebagai perbandingan, di Uni Eropa, pendekatan dampak difokuskan pada bagaimana menjaga arena persaingan yang setara (*level playing field*) untuk semua pelaku usaha. Sementara itu, di Amerika Serikat, perhatian dipusatkan pada terbukti tidaknya dampak perbuatan. Fokus yang berbeda tersebut membawa implikasi yang berbeda dalam penanganan kasus.

Di Indonesia, pendekatan dampak dapat dilihat pada perumusan klausula dalam UU No. 5 Tahun 1999 seperti “dapat menimbulkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat”. Dalam suatu kasus persaingan, dampak suatu perbuatan diuji dengan melihat ada atau tidaknya praktik monopoli atau timbul tidaknya persaingan usaha tidak sehat. Dengan kata lain, dampak suatu perbuatan dianalisis dalam konteks proses persaingan. Dengan demikian, kualifikasi ilegalitas dalam pendekatan *rule of reason* dalam UU No. 5 Tahun 1999 tidak mensyaratkan bukti adanya kerugian langsung terhadap konsumen. Bukti adanya dampak negatif terhadap proses persaingan sudah cukup untuk menentukan adanya pelanggaran hukum persaingan.

²⁷ *Ibid.*, 48.

²⁸ *Ibid.*, 59-60.

²⁹ Ralf Dewenter, Ulrich Heimeshoff, dan Franziska Löw, “Market Definition of Platform Markets”, 15.

³⁰ OECD, “Handbook on Competition Policy in the Digital Age”, 11 September 2022,

<https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/>.

³¹ Michael A. Carrier, “The Four-Step Rule of Reason”, *Antitrust*, Vol. 33, No. 2, (Spring 2019): 51-52. <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2019/04/ANTITRUST-4-step-RoR.pdf>.

2. Dampak Negatif (*Harm*) dalam Ekonomi Digital

Perilaku pelaku usaha dalam pasar dapat menimbulkan dampak negatif terhadap persaingan dan dapat pula secara langsung terhadap konsumen. Perilaku tersebut dalam ekonomi digital dapat dikategorikan antara lain dalam praktik eksklusi (*exclusionary*),³² praktik kartel melalui algoritma (*algorithmic collusion*),³³ dan perilaku pelaku usaha yang menimbulkan dampak terhadap konsumen secara langsung (*direct harm to consumer*). Dua kategori pertama menimbulkan dampak terhadap persaingan, sementara kategori ketiga menimbulkan dampak secara langsung pada konsumen. Kategori pertama mencakup praktik perilaku yang membatasi persaingan secara sepihak (*unilateral restraints*), sementara kategori kedua merupakan bentuk penyalahgunaan algoritma untuk memfasilitasi kartel.

Beberapa bentuk *exclusionary practices* yang secara tipikal ditemukan dalam ekonomi digital antara lain adalah preferensi diri sendiri (*self-preferencing*), harga predatori (*predatory pricing*), dan praktik manipulasi algoritma.³⁴ Praktik preferensi diri sendiri dapat terjadi misalnya dalam kasus suatu *platform e-commerce* yang selain menyediakan layanan perantara untuk *e-commerce*, juga menawarkan produknya sendiri, bersaing dengan *merchant* yang menjadi pengguna layanannya (kadang disebut juga sebagai mitranya). Perilaku preferensi diri sendiri dapat terjadi ketika *platform* tersebut memberikan perlakuan istimewa kepada produknya sendiri dan dengan demikian merugikan posisi para mitranya. Hal ini lazimnya dapat dilakukan jika *platform* tersebut memiliki posisi dominan atau setidaknya memiliki posisi yang kuat di dalam pasar relatif dibandingkan dengan mitranya (*superior bargaining power*).

Perilaku harga predatori dapat terjadi ketika suatu *platform* digital mengenakan harga sedemikian rendah atau harga di bawah biaya (atau secara

konvensional disebut jual rugi, *selling at loss*) dengan tujuan untuk mematikan dan mengeluarkan pesaing dari pasar, kemudian menutup kerugiannya selama mengenakan harga rendah, dengan harga monopoli. Praktik harga predatori telah lama dikenal, namun dalam ekonomi digital, terdapat suatu kekhasan dengan bekerjanya efek jaringan dan menjadi semakin kompleks apabila melibatkan MSP.

Praktik manipulasi algoritma dapat terjadi ketika algoritma disalahgunakan untuk antara lain mengarahkan konsumen kepada pelaku usaha tertentu secara manipulatif.³⁵ Hal ini dapat terjadi misalnya dalam penggunaan algoritma untuk aplikasi yang dibuat guna membantu konsumen menemukan suatu layanan atau barang yang sesuai dengan kebutuhannya. Alih-alih secara obyektif memberikan rekomendasi untuk suatu produk yang memang sesuai dengan kebutuhan konsumen, aplikasi mengarahkan konsumen pada produk tertentu dari perusahaan aplikasi bersangkutan. Praktik ini selain dapat menimbulkan dampak negatif bagi persaingan serupa dengan dalam kasus *self-preferencing*, juga bagi konsumen secara langsung karena konsumen sebenarnya dimanipulasi untuk menggunakan suatu produk yang direkomendasikan.

*Algorithmic collusion*³⁶ adalah suatu bentuk penyalahgunaan algoritma untuk mengatasi kesulitan dalam koordinasi dalam suatu kartel.³⁷ Kompleksitas untuk menangani kasus kolusi diam-diam ini menjadi meningkat dengan penggunaan algoritma karena koordinasi yang antarpelaku usaha dapat menjadi semakin sulit untuk dilacak atau dibuktikan.

Sementara itu, kategori ketiga yang melibatkan dampak negatif secara langsung bagi konsumen dapat dijumpai misalnya baik dalam praktik harga yang dipersonalisasi (*personalized*

³² Vikas Kathuria dan Jure Globocnik, "Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy", *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 8, No. 3, (January 2020): 512. DOI: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz036>.

³³ Ariel Ezrachi dan Maurice E. Stucke, "Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion", *17 Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 17, No. 2, (March 2020): 217. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol17/iss2/2>.

³⁴ Michal S Gal, "Algorithmic Challenges to Autonomous Choice", *Michigan Technology Law Review*, Vol. 25, No. 1, (2018): 66. <https://repository.law.umich.edu/mttlr/vol25/iss1/3>.

³⁵ Salil K Mehra, "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms", *Minnesota Law Review*, Vol. 100, (2016): 1326. <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/204>.

³⁶ Ariel Ezrachi dan Maurice E. Stucke, "Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion", 217.

³⁷ Michal S Gal, "Algorithmic Challenges to Autonomous Choice", 66.

pricing)³⁸ maupun personalisasi non-harga (*non-price personalization*) yang merugikan.³⁹ Dalam praktik harga yang dipersonalisasi, suatu *platform* misalnya mengenakan harga kepada masing-masing pelanggan berdasarkan pemrofilan (*profiling*) yang dilakukannya sehingga setiap pelanggan akan dikenai harga yang paling tinggi yang dapat dibayar oleh pelanggan bersangkutan karena kemampuannya dan kesediaannya untuk membayar, dan harga tersebut dapat berbeda satu pelanggan dari pelanggan lainnya.

Dalam personalisasi non-harga, *platform* kembali memberdayakan proses pemrofilan untuk dapat mengekstraksi informasi sebanyak mungkin mengenai seorang pelanggan untuk dapat mengenakan perlakuan nonharga yang menguntungkan *platform*.⁴⁰ Sebagai contoh adalah ranking yang dipersonalisasi, pemberian rekomendasi atau sebaliknya penyaringan informasi untuk konsumen oleh algoritma,⁴¹ diskriminasi oleh algoritma, dan praktik pola gelap (*dark pattern*)⁴² suatu strategi dengan mengeksploitasi kerentanan konsumen dan bias kognitif misalnya melalui desain *user interface* (UI) atau *user experience* (UX) yang digunakan untuk memanipulasi pengguna untuk mengambil keputusan yang tidak akan diambilnya seandainya tidak termanipulasi.

B. Praktik *Privacy Policy Tying* dan Hukum Persaingan Usaha

Beranjak dari analisis dampak yang telah dipaparkan dalam bagian di atas, bagian ini akan menganalisis lebih lanjut bagaimana analisis dampak dalam kasus *privacy policy tying*. Analisis tersebut dibagi dalam dua bagian, pertama, akan dibahas mengenai bagaimana data pribadi berperan dalam analisis hukum persaingan. Pada bagian kedua akan dianalisis bagaimana dampak persaingan dalam kasus *privacy policy tying* dengan mengambil contoh kasus penyalahgunaan posisi dominan oleh Facebook di Jerman.

³⁸ Joe Cannataci, Valeria Falce, and Oreste Pollicino, *Legal Challenges of Big Data*, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020), 58.

³⁹ GOV.UK, "Algorithms: How They Can Reduce Competition and Harm Consumers", 19 January 2021, <https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers>.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Michal S Gal, "Algorithmic Challenges to Autonomous Choice", 66.

1. Data Pribadi dalam Konteks Hukum Persaingan

Data dalam konteks ekonomi digital mencakup beraneka ragam data, dapat berupa antara lain data pribadi, data perusahaan, dan data yang dilindungi oleh hak kekayaan intelektual (HKI). Namun demikian, peran data pribadi menjadi sangat menonjol dalam perkembangan ekonomi digital karena kegunaannya dalam bisnis antara lain untuk dapat menghasilkan layanan yang baru atau yang lebih baik. Sebagai contoh, basis data pribadi pengguna yang besar dan analisis data yang baik akan memungkinkan dilakukannya pemrofilan pengguna untuk menghasilkan *targetted marketing*. Dengan demikian, data berperan sebagai input untuk menyediakan layanan yang relevan kepada pengguna dan pengiklan.

Lebih lanjut, tersedianya *big data* yang dicirikan dengan data dalam volume besar, kecepatan (*velocity*) pemrosesan yang tinggi, variasi (*variety*) yang luas, dan nilai dari data (*value*)⁴³ memungkinkan dilakukannya analisis prediktif guna memperoleh informasi mengenai kehidupan seseorang dan preferensinya.⁴⁴ Dengan demikian, data berperan sebagai input untuk menyediakan layanan yang relevan kepada pengguna dan pengiklan.

Data pribadi pengguna merupakan suatu bentuk dari *intermediary product*. Data pengguna bukanlah produk yang diperdagangkan, bahkan data pribadi pengguna bukanlah komoditas. Walaupun diperlakukan sebagai aset, namun memiliki sifat yang berbeda dari aset lainnya. Lebih lanjut, tidak terdapat pasar data pribadi pengguna. Jadi, tidak dapat dilakukan penilaian terhadap *substitutabilitas* data pengguna dan tidak ada pasar bersangkutan yang dapat diidentifikasi berdasarkan data pribadi pengguna. Ketersediaan data pribadi pengguna lebih dilihat sebagai efek samping atau produk sampingan dari penggunaan *platform* daripada sebagai pasokan produk oleh pengguna sebagai

⁴² Jamie Luguri and Lior Jacob Strahilevitz, "Shining a Light on Dark Patterns", *Journal of Legal Analysis*, Vol. 13, No. 1, (March 2021): 44. DOI: <https://doi.org/10.1093/jla/laaa006>.

⁴³ Ariel Ezrachi dan Maurice E. Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, (Cambridge, Massachusetts London: Harvard University Press, 2016): 15.

⁴⁴ Jens-Erik Mai, "Big Data Privacy: The Datafication of Personal Information", *The Information Society*, Vol. 32, No. 3, (May 2016): 193. DOI: <https://doi.org/10.1080/01972243.2016.1153010>.

imbalan untuk dapat menggunakan suatu layanan, seperti fungsi pencarian atau jejaring sosial.

Dalam ekonomi digital, pelaku usaha dapat memberikan layanan harga nol⁴⁵ namun demikian, pada dasarnya kosumen melakukan pembayaran, hanya bentuknya adalah non-moneter, ketika menggunakan layanan tersebut dengan memberikan data pribadinya sebagai imbalan (penggantinya).⁴⁶

Platform layanan dengan harga nol merupakan *platform* dengan pertimbangan dinamis,⁴⁷ sebagai bagian integral yang memaksimalkan keuntungan,⁴⁸ dengan menawarkan suatu produk tanpa imbalan uang” (*zero-price*) dari pengguna.⁴⁹ Di sini pentingnya efek jaringan yang kuat dapat dilihat, karena efek jaringanlah yang menghubungkan segmen pasar.⁵⁰ Efek jaringan (*network effect*) terjadi ketika suatu produk lebih berharga bagi pengguna, jika semakin banyak pengguna menggunakan produk yang sama atau yang kompatibel. Efek jaringan tidak langsung mempengaruhi mekanisme penentuan harga dan interaksi dalam pasar tersebut.⁵¹ Para ekonom menyebut fenomena ini sebagai eksternalitas jaringan.⁵²

Efek jaringan dapat menjadi sumber pertumbuhan *platform* yang cepat, sehingga dapat menjadi perusahaan yang berharga hanya dalam waktu singkat. Cara kerja efek jaringan sangat sederhana, misalnya ketika sebuah perusahaan meluncurkan aplikasi baru yang kemudian digunakan seseorang lalu orang tersebut merasa senang dengan aplikasi

tersebut lalu merekomendasikannya kepada empat rekannya dan keempat rekannya juga merasa puas dengan aplikasi baru tersebut dan merekomendasikannya kepada kolega lain dan seterusnya.

Platform memungkinkan kelompok pengguna pada suatu sisi tertentu untuk meminimalkan biaya transaksi yang seharusnya mereka keluarkan saat melakukan kegiatan di satu sisi *platform*, misalnya pencarian dalam *platform* mesin pencarian.⁵³ Inilah yang dalam bagian sebelumnya dimaksud dengan struktur harga. Untuk tiap sisi *platform* dapat dikenakan harga yang berbeda, bahkan pada satu sisi dapat dikenakan harga nol kepada pengguna. Namun demikian, struktur harga dengan pengenaan harga yang berbeda pada sisi *platform* yang berbeda ini tidak dapat diartikan sebagai diskriminasi harga.

Platform yang menawarkan layanan dengan harga nol ini, namun demikian, perlu dicermati lebih lanjut. Dalam layanan seperti ini, lazimnya yang menjadi pusat perhatian *platform* adalah untuk mendapatkan informasi yang mendalam mengenai penggunaannya dan kunjungan pengguna di *platform* untuk dapat ditawarkan tayangan iklan (*view/audience market* atau *attention market*).^{54,55}

Beberapa aspek perlu diperhatikan dalam hal ini. Aspek pertama adalah *critical mass* yang mengacu pada efek jaringan yang dijelaskan pada bagian sebelumnya. Untuk dapat menarik pelanggan pada sisi *platform* yang lain, maka basis pelanggan pada suatu sisi *platform* harus mencapai *critical mass*,

⁴⁵ Jens-Uwe Franck dan Martin Peitz, "Market Definition and Market Power in the Platform Economy", Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 23, (December 2021): 91-92.

⁴⁶ Jan Krämer, "Digital Markets and Online Platforms: New Perspectives on Regulation and Competition Law", Brussels: Centre on Regulation in Europe (CERRE), 18 November 2020, 14. <https://cerre.eu/publications/digital-markets-online-platforms-new-regulation-competition-law/>.

⁴⁷ Jens-Uwe Franck dan Martin Peitz, "Market Definition and Market Power in the Platform Economy", 120.

⁴⁸ Latham & Watkins, "Market Definition Notice Under Review", *Antitrust Client Briefing*, 20 Juli 2021, 5. <https://www.lw.com/thoughtLeadership/market-definition-notice-under-review>.

⁴⁹ Jens-Uwe Franck dan Martin Peitz, "Market Definition and Market Power in the Platform Economy", 120.

⁵⁰ Jerrold Nadler and David N. Cicilline, "Investigation of Competition in Digital Markets", *Majority Staff Report and Recommendation*, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, United States, October 2020, 41.

https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519.

⁵¹ OECD, "Abuse of Dominance in Digital Markets", 2-3.

⁵² Directorate-General for Competition (European Commission), "Glossary of Terms Used in EU Competition Policy: Antitrust and Control of Concentrations", Publication Office, 2002, 33. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/100e1bc8-cee3-4f65-9b30-e232ec3064d6>.

⁵³ Arora, R., "E-commerce, (Big) Data and Competition Law: Need for New Framework for the Application of Competition Law to Online Platforms", *Semantic Scholar*, 2018, 2. [https://www.semanticscholar.org/paper/E-commerce%2C-\(Big\)-Data-and-Competition-Law-Need-for-Arora/7adf1d8fd9bc62269b4a0aecf163d9aedc9094e8](https://www.semanticscholar.org/paper/E-commerce%2C-(Big)-Data-and-Competition-Law-Need-for-Arora/7adf1d8fd9bc62269b4a0aecf163d9aedc9094e8). Diakses 6 September 2022.

⁵⁴ Jens-Uwe Franck and Martin Peitz, "Market Definition and Market Power in the Platform Economy", 118.

⁵⁵ Natascha Just, "Governing Online Platforms: Competition Policy in Times of Platformization", *Telecommunications Policy*, Vol. 45, No. 5, (June 2018): 386. DOI:<https://doi.org/10.1016/j.telpol.2018.02.006>.

mencapai suatu volume tertentu. Oleh karena itu, sangat penting bagi *platform* multi-sisi untuk menarik pelanggan untuk mencapai *critical mass* ini sebelum dapat beroperasi dengan baik.

Hal kedua adalah kontribusi data pada kekuatan pasar. Perlu dipahami bahwa yang penting bukan sekedar jumlah dan kualitas datanya, melainkan lebih penting adalah kemampuan untuk memonetisasi informasi yang dikumpulkan. Dengan demikian, kemampuan pelaku usaha untuk menempatkan sumber daya dan kapasitas teknologi menjadi faktor-faktor lain yang harus dipertimbangkan. Sementara itu, untuk penghitungan pangsa pasar, alih-alih menggunakan basis data pengguna, dapat digunakan total omzet yang diperoleh pelaku usaha yang aktif dalam pasar potensial yang menggunakan suatu jenis data tertentu.

Walaupun *'winner take all'* mungkin tidak terjadi, namun karakter *platform* multi-sisi meningkatkan potensi suatu *platform online* yang berhasil untuk meraih kekuatan pasar atau bahkan menjadi dominan di dalam pasar.

Ketiga, akses terhadap data pengguna karenanya memainkan peranan penting bagi pelaku usaha dan hukum persaingan usaha mendapatkan tantangan baru untuk menangani kasus-kasus

persaingan yang melibatkan data pengguna.⁵⁶ Akses terhadap data pengguna secara spesifik tunduk pada regulasi yang terpisah mengenai perlindungan data pribadi yang mensyaratkan adanya persetujuan (*consent*) dari subyek data⁵⁷ dan hal ini bukan termasuk dalam ranah hukum persaingan. Namun demikian, persoalan akses juga relevan dalam hukum persaingan karena dimungkinkannya bagi pengguna untuk menggunakan lebih dari satu *platform* (*multihoming*) atau berpindah *platform*. Hal ini dapat menghindarkan persoalan *lock-in* dengan memungkinkan pelanggan untuk tetap memiliki pilihan.

Persoalan akses dapat dilihat pula dari sisi pengguna untuk dapat memperoleh akses atas datanya sendiri yang ada pada dawai yang berbeda, jadi bukan hanya pada *platform* yang berbeda. Jaminan bagi pengguna untuk mendapatkan akses tersebut juga dapat menghindarkannya dari persoalan *lock-in* seperti di atas.⁵⁸

Multi-homing adalah suatu situasi ketika agen⁵⁹ atau sekelompok konsumen⁶⁰ dapat memilih lebih dari satu *platform* atau menggunakan beberapa *platform* secara simultan,⁶¹ ⁶² atau paralel⁶³ ⁶⁴ atau bersamaan⁶⁵ untuk layanan yang sama⁶⁶ atau mengakses produk atau layanan tertentu,⁶⁷ yang menekankan pada aspek harga, kualitas dan

⁵⁶ Konstatina Bania, "The Role of Consumer Data in the Enforcement of EU Competition Law", *European Competition Journal*, Vol. 14, No. 1, (Januari 2018): 38-39. DOI: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1429555>

⁵⁷ Paul Voigt and Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*, (Cham: Springer, 2017), 93.

⁵⁸ Josef Drexler, "Connected Devices - An Unfair Competition Law Approach to Data Access Rights of Users", dalam German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection dan Max-Planck-Institute for Innovation and Competition, *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*, (Baden-baden: Nomos, 2021), 526.

⁵⁹ Bruno Jullien and Wilfried Sand-Zantman, "The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy", *Information Economics and Policy*, Vol. 45, (Maret 2021): 11. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100880>.

⁶⁰ Competition Policy and Law Group APEC Economic Committee, "Competition Policy for Regulating Online Platforms in the APEC Region - Mexico", the Federal Telecommunications Institute (IFT) México, August 2019, 16. <https://www.apec.org/apecapi/publication/getfile?publicationId=49659630-d6f2-4ad6-a576-ba48b190d8cd>.

⁶¹ Competition Policy and Law Group APEC Economic Committee, "Competition Policy for Regulating Online Platforms in the APEC Region - Mexico", 19.

⁶² David S Evans and Richard Schmalensee, "The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses", 166,

⁶³ OECD, *Market Definition in Multi-Sided Markets*, Note by Sebastian Wismer & Arno Rasek, DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL, 21-23 Juni 2017, 10. <https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2933/FINAL&docLanguage=En>.

⁶⁴ Directorate-General for Competition (European Commission), "Support Study Accompanying the Evaluation of the Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law", 11-12, 78.

⁶⁵ Inge Graef, Sih Yuliana Wahyuningtyas, and Peggy Valcke, "Assessing Data Access Issues in Online Platforms", *Telecommunications Policy*, Vol. 39, (June 2015): 379. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2014.12.001>.

⁶⁶ OECD, "Two-Sided Market", DAF/COMP(2009)20, 17 December 2009, 33. <https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>.

⁶⁷ Competition Policy and Law Group APEC Economic Committee, 19.

layanan.⁶⁸ *Multi homing* merupakan cara untuk menuai manfaat atau keuntungan dari eksternalitas jaringan⁶⁹ yang lebih besar. Perilaku *multi-homing* berguna dalam analisis untuk melihat implikasinya terhadap persaingan harga,⁷⁰ insentif kepada pesaing untuk berkoordinasi,⁷¹ insentif persaingan harga (hubungan eksklusif),⁷² ada atau tidaknya kekuatan monopoli dalam menyediakan akses kepada pelanggan, fasilitas bagi pengguna untuk dapat menegosiasikan harga dan ketersediaan fasilitas di beberapa aplikasi secara *real time* dengan sedikit usaha.⁷³

Multi homing dapat digunakan pula sebagai alat untuk mengevaluasi merger, mengevaluasi komplementaritas atau substitusi antara *platform* gabungan, mengevaluasi biaya peralihan yang dialami konsumen dan intensitas persaingan,⁷⁴ sebagai elemen tambahan yang digunakan untuk mendefinisikan pasar bersangkutan dalam *platform* dan layanan digital⁷⁵ atau pasar yang sempit,⁷⁶ dan dapat ditentukan menggunakan elemen yang berbeda-beda, misalkan adanya biaya peralihan yang signifikan hingga preferensi konsumen.⁷⁷

Sementara itu, problem *lock-in* terjadi ketika pengguna tidak dapat beralih kepada *platform* lain, tidak tanpa biaya atau upaya yang signifikan cukup untuk membuat pengguna tersebut terpaksa bergantung pada satu *platform* tertentu tersebut. Problem ini lazimnya dipengaruhi oleh efek jaringan.^{78 79}

Oleh karena itu, akses terhadap data memainkan peranan penting bagi pelaku usaha. Akses terhadap data pengguna secara spesifik tunduk pada

regulasi yang terpisah mengenai perlindungan data pribadi yang mensyaratkan adanya persetujuan (*consent*) dari subyek data dan hal ini bukan termasuk dalam ranah hukum persaingan. Namun demikian, akses menjadi relevan dalam hukum persaingan karena dimungkinkannya pengguna untuk menggunakan lebih dari satu *platform* atau berpindah *platform* akan dapat menghindarkan dari persoalan *lock-in* dengan memungkinkan pelanggan untuk tetap memiliki pilihan.

Dalam hal inilah akses diperlukan dan konsep interoperabilitas menjadi penting dalam hukum persaingan untuk menghindarkan hambatan masuk ke dalam pasar. Salah satu cara yang ditempuh adalah melalui penerapan portabilitas data (*data portability*). Dalam konteks ini, maka penolakan untuk memberikan akses (*denial to give access*) – tentunya yang telah memenuhi syarat perlindungan data pribadi (*consent*) – dapat menjadi kasus ‘*refusal to deal*’ di bawah penerapan doktrin fasilitas yang esensial (*essential facility doctrine*). Dalam praktik di Uni Eropa, kasus ini mensyaratkan dua hal, yaitu posisi dominan dan indispensabilitas (*indispensability*).⁸⁰

Pentingnya akses terhadap data pengguna dapat dilihat dalam kasus akuisisi Google terhadap *DoubleClick* di Amerika.⁸¹ Dalam kasus tersebut, dapat dilihat pentingnya akses atas data dan bagaimana otoritas persaingan melakukan analisis atas hal tersebut dalam kasus merger. Dalam kasus ini, *Federal Trade Commission* (FTC) memeriksa usulan akuisisi *DoubleClick* oleh Google, mempertimbangkan adanya keberatan yang diajukan

⁶⁸ OECD, *Two-Sided Market*, 138.

⁶⁹ Jean-Charles Rochet and Jean Tirole. “Two-Sided Markets: A Progress Report”, *The RAND Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3, (Autumn 2006): 667. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1756-2171.2006.tb00036.x>.

⁷⁰ Pil J. Choi, “Tying in Two-Sided Markets With Multi-Homing”, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 58, No. 3, (September 2010): 613. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-6451.2010.00426.x>.

⁷¹ OECD, ‘Two-Sided Market’, 42.

⁷² Jean-Charles Rochet and Jean Tirole, “Platform Competition in Two-Sided Markets”, *Journal of the European Economic Association*, Vol. 1, No. 4, (June 2003): 993. DOI: <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>.

⁷³ OECD, ‘Two-Sided Market’, 164.

⁷⁴ Competition Policy and Law Group APEC Economic Committee, 19, 22-23.

⁷⁵ *Ibid*.

⁷⁶ OECD, “Market Definition in Multi-Sided Markets”, 15.

⁷⁷ Competition Policy and Law Group APEC Economic Committee, 16.

⁷⁸ Daniel F. Spulber, “Unlocking Technology: Antitrust and Innovation”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 4, No. 4, (May 2008): 917. DOI: [doi:10.1093/joclec/nhn016](https://doi.org/10.1093/joclec/nhn016).

⁷⁹ Tom Bjorkroth, “Loyal or Locked-In and Why Should We Care?”. *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 10, No. 1, (2014), 47-48. DOI: <https://doi.org/10.1093/joclec/nht022>.

⁸⁰ Geradin, Damien, dan Monika Kuschewsky. “Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue”, *Concurrences*, Vol. 2, (2013): 15. DOI: [DOI:10.2139/SSRN.2216088](https://doi.org/10.2139/ssrn.2216088).

⁸¹ FTC File No. 071-0170 - Google/DoubleClick (Statement of FTC, 20 Desember 2007), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf.

atas dasar teori bahwa kombinasi dari basis data pengguna di kedua perusahaan dapat dieksploitasi sedemikian hingga mengancam privasi konsumen dan dapat menimbulkan kerugian terhadap persaingan.

Dalam investigasinya, FTC mempertimbangkan bahwa kombinasi basis data pengguna Google dan DoubleClick akan memberi Google keuntungan luar biasa di pasar perantara iklan. Popularitas mesin pencari Google dan kecakapan teknisnya telah memberi Google banyak informasi tentang pelanggan bahkan sebelum transaksi dilakukan. Namun demikian, informasi pelanggan dan pesaing yang dikumpulkan *DoubleClick* saat ini adalah milik penerbit dan bukan milik *DoubleClick*. Pembatasan dalam kontrak *DoubleClick* dengan pelanggannya melindungi informasi tersebut dari pengungkapan dan Google telah berkomitmen untuk menghormati kontrak tersebut.

Lebih lanjut bukti menunjukkan bahwa baik data yang tersedia untuk Google, maupun data yang tersedia untuk *DoubleClick*, bukanlah input yang penting untuk produk periklanan online. Sejumlah pesaing Google juga memiliki data berharga yang tidak dimiliki Google. Sebagai contoh, pesaing Google yang paling signifikan di pasar perantara iklan, seperti Microsoft, Yahoo!, dan Time Warner memiliki akses atas data unik mereka sendiri. Perusahaan-perusahaan ini memiliki mesin pencari yang populer dan memiliki akses atas informasi konsumen dari server iklan internal mereka, layanan perantara iklan, properti web lainnya, dan perangkat lunak.

FTC memandang bahwa akuisisi Google atas Doubleclick tidak mengancam persaingan dengan perusahaan-perusahaan tersebut. Demikian pula, karena teori potensi kerugian terhadap persaingan tidak terbukti, FTC memandang bahwa tidak ada dasar untuk mengenakan persyaratan atas akuisisi tersebut.

2. Dampak dalam Kasus *Privacy Policy Tying*

Salah satu kasus yang mengemuka berkaitan dengan *privacy policy tying* adalah kasus penyalah-

gunaan posisi dominan oleh Facebook di Jerman dalam melalui kebijakan privasi pengumpulan data pribadi penggunanya. Posisi dominan dalam hukum persaingan Jerman diatur dalam Pasal 18 Undang-undang Persaingan Jerman/ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*⁸² (GWB). Suatu pelaku usaha dianggap memiliki posisi dominan apabila ia sebagai pemasok atau pembeli dari suatu jenis tertentu barang atau layanan komersial pada produk dan pasar yang relevan secara geografis: (1) tanpa pesaing; (2) tidak tunduk pada persaingan yang signifikan; atau (3) memiliki posisi pasar yang unggul dibandingkan para pesaingnya.⁸³ Kasus ini akan digunakan sebagai contoh untuk dapat melihat bagaimana dampak persaingan akan dianalisis dalam kasus *privacy policy tying*.

Dalam kasus ini, Facebook Ireland Limited (Facebook) (sekarang menggunakan nama "Meta", namun dalam paper ini masih akan disebut dengan "Facebook" sesuai dengan nama yang digunakan ketika kasus berlangsung) yang berkedudukan di Irlandia mengoperasikan jejaring sosial Facebook di Eropa yang menyediakan *platform* komunikasi online bagi pengguna. Dalam kasus ini, Facebook telah mengumpulkan dan memproses data pribadi pengguna yang tinggal di Jerman ketika menggunakan layanan dalam *platform* terafiliasi dengan Facebook tanpa persetujuan pengguna. Pengumpulan data tersebut dilakukan melalui program antarmuka yang diintegrasikan ke dalam situs atau *plugin* aplikasi sosial media, login dan paket akun Facebook serta layanan lainnya ketika pengguna menggunakan situs atau aplikasi seluler pihak ketiga.⁸⁴

Setelah investigasi, pada tanggal 6 Februari 2019, *Bundeskartellamt* (BKartA), otoritas persaingan Jerman, memutuskan bahwa pengumpulan data yang berlebihan oleh Facebook, khususnya dari Instagram, WhatsApp, dan situs web pihak ketiga, merupakan pelanggaran terhadap regulasi perlindungan data pribadi/ *European Union General Data Protection Regulation* (EU-GDPR) sekaligus merupakan penyalahgunaan posisi dominan berdasarkan undang-undang persaingan.⁸⁵ BKartA memerin-

⁸² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. June 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. July 2022 (BGBl. I S. 1214) geändert worden ist.

⁸³ Pasal 18 ayat (1) GWB. Pasal 18 ayat (1) GWB.

⁸⁴ BGH (German Federal Court of Justice), decision of 23 June 2020 – KVR 69/19 – OLG Düsseldorf (Düsseldorf Higher Regional Court), Courtesy translation of Decision

KVR 69/19 rendered by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 23/06/2020 provided by the Bundeskartellamt. https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/06/BGH-Beschluss-v-23.06.2020_Englisch.pdf. Diakses tanggal 25 September 2022.

⁸⁵ Roger Van den Bergh and Franziska Weber, "The German Facebook Saga: Abuse of Dominance or Abuse

tahan Facebook untuk menyesuaikan persyaratan penggunaannya sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Atas putusan tersebut, Facebook mengajukan banding ke *Oberlandesgericht* (Pengadilan Tinggi Regional Düsseldorf). Pengadilan Düsseldorf belum memutuskan banding yang diajukan terhadap keputusan ini. Namun demikian, atas permintaan Facebook, pada tanggal 26 Agustus 2019 Pengadilan memerintahkan penangguhan atas proses banding karena keraguan serius terhadap legalitas putusan *BKartA*. Sebagai akibatnya, putusan *BKartA* tidak dapat dilaksanakan sampai pengadilan membuat putusan atas perkara banding tersebut⁸⁶

Pada tanggal 23 Juni 2020, *Bundesgerichtshof* (BGH), Mahkamah Agung Jerman, membatalkan keputusan Pengadilan Düsseldorf dan menolak permintaan untuk memerintahkan penangguhan banding. Masih dalam putusan sela, BGH menolak keputusan Pengadilan Düsseldorf dan memerintahkan Facebook untuk mulai menerapkan putusan *BKartA* sambil menunggu putusan akhir dalam perkara pokoknya.⁸⁷ Namun demikian, berbeda dari *BKartA*, BGH tidak mendasarkan putusannya pada pelanggaran Facebook atas regulasi perlindungan data pribadi, namun pada pembatasan yang dilakukannya atas hak konsumen untuk memilih. Kebebasan memilih bagi pelaku ekonomi merupakan prinsip penting dari persaingan dan berfungsinya pasar dengan baik. Ketika suatu pelaku usaha dalam posisi dominan menempatkan konsumen pada pilihan *take-it-or-leave-it*, maka kebebasan konsumen menjadi dikurangi sehingga menciptakan distorsi persaingan.⁸⁸

Pada tanggal 24 Maret 2021, Pengadilan Düsseldorf menangguhkan prosedur dan mengajukan kasus ini ke Pengadilan Uni Eropa/ *European Court of Justice* (ECJ) untuk mendapatkan putusan apakah pelanggaran atas regulasi perlindungan data pribadi dapat digunakan sebagai basis dalam analisis hukum persaingan. Hingga saat ini, kasus ini masih menunggu putusan dari ECJ.⁸⁹

Kasus tersebut menunjukkan contoh kompleksitas analisis dampak *privacy policy tying* yang dapat digunakan untuk menjelaskan bagaimana analisis tersebut dapat dilakukan. Pertama-tama, kasus di atas merupakan kasus penyalahgunaan posisi dominan. Dapat dikatakan bahwa praktik *privacy policy tying* dimungkinkan ketika pelaku usaha atau platform digital bersangkutan memiliki posisi dominan di dalam pasar, sehingga meskipun kebijakan privasi yang diterapkannya membatasi hak pengguna, namun terlebih dengan bekerjanya efek jaringan, pengguna tidak dapat atau setidaknya tidak dengan mudah beralih kepada pelaku usaha atau platform lain (*locked-in*).

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, praktik ini pada gilirannya digunakan oleh pelaku usaha tersebut untuk memperkuat posisi dominannya. Data pengguna yang sedemikian banyak dan beragam dapat menghasilkan berbagai informasi yang bermanfaat untuk pelaku usaha tersebut dapat menghasilkan layanan yang sulit untuk ditandingi di dalam pasar.

Pada tataran berikutnya, dampak merugikan dari praktik *privacy policy tying* sebagaimana terlihat dalam kasus di atas, dapat berupa kerugian pada sisi pengguna sebagai subyek data karena pelanggaran atas regulasi perlindungan data pribadi. Namun demikian, dampak ini tidak dapat digunakan sebagai basis untuk mengkualifikasikan adanya pelanggaran terhadap hukum persaingan.⁹⁰ Kasus ini oleh karenanya menjadi penting karena memperlihatkan bagaimana demarkasi antara hukum persaingan usaha dengan perlindungan data pribadi. Pelanggaran atas regulasi yang melindungi data pribadi tunduk pada prosedur penegakan hukum perlindungan data pribadi, bukan hukum persaingan.

Sementara itu, dampak *privacy policy tying* dalam analisis hukum persaingan dapat dikaji dengan mengevaluasi implikasi dari praktik tersebut terhadap persaingan dan konsumen. Secara umum, perbuatan anti persaingan dapat dibedakan antara *exclusionary dan exploitative conduct*, dan dalam kasus-

of Competition Law?", *World Competition*, Vol. 44, No. 1, (March 2021): 39. DOI: DOI:10.54648/WOCO2021003

⁸⁶ *Ibid.*, 42.

⁸⁷ BGH, decision of 23 June 2020.

⁸⁸ Roger Van den Bergh and Franziska Weber, "The German Facebook Saga: Abuse of Dominance or Abuse of Competition Law", 39.

⁸⁹ Klaus Wiedemann, "A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-

of-Dominance Proceedings *Bundeskartellamt v. Facebook* (Case KVR 69/19)", *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*. Vol. 51, No. 9, (November 2020): 1180. DOI: DOI:10.1007/s40319-020-00990-3.

⁹⁰ Mor Bakhom et al., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?*, (Berlin: Springer, 2018), 76.

kasus tertentu dapat merupakan kombinasi dari keduanya.

Dampak *exclusionary* dapat timbul ketika perbuatan pelaku usaha berakibat munculnya hambatan masuk ke dalam pasar. Hal ini dapat dilakukan misalnya dengan membuat strategi sedemikian yang mematikan pesaing atau menghalangi masuknya pesaing potensial. Dampak *exploitative* dapat terjadi ketika pelaku usaha mengeksploitasi kekuatan pasar atau posisi dominannya untuk membuat pihak lain melakukan hal-hal yang sebenarnya memberatkan bagi pihak lain tersebut dan tidak akan dilakukannya dalam situasi yang berbeda. Pihak lain dalam hal ini termasuk konsumen.

Dalam kasus di atas, putusan dari BGH di Jerman menunjukkan bagaimana dampak dari *privacy policy tying* yang dilakukan oleh Facebook dengan melihat bagaimana interaksi pelaku usaha tersebut dengan pengguna atau konsumen dalam praktik tersebut. Diterapkannya *privacy policy tying* dalam hal ini dipandang telah membatasi hak konsumen untuk memilih dan dengan demikian, mengambil alih sampai tingkatan tertentu otonomi konsumen dan hal ini diperhitungkan sebagai dampak yang merugikan bagi konsumen. Dalam hal ini, terlihat elemen *exploitative* dari perilaku pelaku usaha.

Dengan menggunakan teknik analisis ini, sebagaimana dikemukakan di atas, terlihat batas yang jelas antara kasus hukum persaingan dan kasus pelanggaran regulasi perlindungan data pribadi. Dengan diundangkannya Undang-undang Nomor 27 Tahun 2022 tentang Pelindungan Data Pribadi, diharapkan terdapat batasan yang jelas antara ranah hukum persaingan usaha dengan perlindungan data pribadi. Demikian pula, pembelajaran dari praktik dan pengalaman di negara lain dapat berguna agar nantinya tidak timbul kerancuan dalam analisis hukum dan proses penegakan hukum persaingan ketika berhadapan dengan kasus-kasus yang melibatkan elemen pelanggaran terhadap perlindungan data pribadi.

Dari sisi regulasi, perkembangan hukum di Uni Eropa dengan diadopsinya DMA dapat menjadi bahan perbandingan untuk memastikan berlangsungnya persaingan yang sehat di pasar terutama

manakala berhadapan dengan pelaku usaha besar dalam pasar digital. DMA awalnya diusulkan pada Desember 2020⁹¹ dan DMA secara resmi diadopsi setelah pemungutan suara terakhir di Parlemen Eropa pada 5 Juli 2022.

Di bawah DMA, praktik tertentu oleh *platform* besar yang bertindak sebagai ‘penjaga gerbang’ (*gatekeeper*) akan dilarang dan Komisi Eropa akan diizinkan untuk melakukan penyelidikan pasar dan memberikan sanksi terhadap perilaku yang tidak sesuai.⁹² DMA menargetkan *platform* digital yang disebut ‘layanan *platform* inti’ (*core platform services*, disingkat CPS) yang rentan terhadap praktik anti-persaingan, yang sebagian besar jaringan sosial dan mesin pencari dengan kapitalisasi pasar setidaknya EUR 75 miliar Euro atau omset tahunan EUR 7,5 miliar. Berdasarkan Pasal 3 ayat (1) dan (2) dari DMA, pengertian penjaga gerbang mengacu pada perusahaan yang memenuhi kriteria tertentu.

Pertama, perusahaan memiliki dampak yang signifikan terhadap pasar internal. Kriteria ini dianggap terpenuhi jika perusahaan memiliki omset tahunan di Uni Eropa dari EUR 7,5 miliar di masing-masing dari tiga tahun keuangan terakhir (atau kapitalisasi pasar rata-rata atau nilai pasar wajar yang setara EUR 75 miliar), dan CPS disediakan setidaknya dalam tiga negara anggota Uni Eropa. Kedua, perusahaan menyediakan CPS yang merupakan pintu gerbang penting bagi pengguna bisnis untuk menjangkau pengguna akhir. Kriteria ini dianggap terpenuhi jika pengguna akhir aktif bulanan di EUR 45 juta dan pengguna bisnis aktif tahunan di EUR 10 ribu pada tahun keuangan terakhir. Ketiga, perusahaan menikmati posisi yang kokoh dan tahan lama, atau dapat diperkirakan akan melakukannya dalam waktu dekat. Kriteria ini dianggap terpenuhi jika ambang batas pengguna di bawah kriteria kedua dipenuhi di masing-masing dari tiga tahun keuangan terakhir.

Dalam Pasal 5 ayat (2) DMA dimuat kewajiban ‘*opt-in*’ (memilih untuk turut serta, sebagai lawan dari ‘*opt-out*’, memilih untuk keluar) untuk penggunaan data pribadi. Dalam ketentuan ini, *platform* yang merupakan penjaga gerbang sesuai kategori dalam DMA di atas, tidak dapat melakukan

⁹¹ Philipp Bongartz, Sarah Langenstein, and Rupprecht Podszun, “The Digital Markets Act: Moving from Competition Law to Regulation for Large Gatekeepers”. *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, No. 2, (May 2021): 60. <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/10.2/EuCML2021017>

⁹² European Parliament, “Regulating Digital Gatekeepers: Background on the Future Digital Markets Act”, *Briefing*, December 2020. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/659397/EPRS_BRI\(2020\)659397_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/659397/EPRS_BRI(2020)659397_EN.pdf).

hal-hal berikut: (a) memproses data pribadi pengguna akhir untuk tujuan periklanan menggunakan layanan pihak ketiga yang menggunakan CPS penjaga gerbang; (b) menggabungkan data pribadi dari CPSnya dengan data pribadi dari layanan lain yang disediakan penjaga gerbang atau pihak ketiga layanan; (c) penggunaan silang data pribadi dari CPSnya di layanan yang disediakan oleh penjaga gerbang lainnya dan sebaliknya dan (d) memasukkan pengguna akhir ke layanan yang disediakan oleh penjaga gerbang lainnya untuk menggabungkan data pribadi, kecuali jika pengguna akhir memiliki disetujui sesuai dengan GDPR. Di dalam DMA tidak spesifik disebut tentang *privacy policy tying*, namun kewajiban dalam Pasal 5 ayat (2) tersebut mengakomodasi kebutuhan atas perlindungan dari praktik-praktik yang memfasilitasi *privacy policy tying*.

Persoalan hukum persaingan di Indonesia dapat saja tidak secara persis sama dengan di Uni Eropa, misalnya, alih-alih berhadapan dengan persoalan *platform* dengan skala penjaga gerbang dalam definisi DMA, persoalan di Indonesia lebih pada platform yang tidak sebesar penjaga gerbang namun memiliki kekuatan pasar yang besar atau bahkan posisi dominan di dalam pasar. Sementara itu, persoalan perilaku *platform* yang bersifat anti persaingan dapat memiliki persamaan dengan persoalan perilaku yang diacu dalam DMA. Oleh karena itu, studi pasar diperlukan untuk dapat mengidentifikasi kebutuhan spesifik di Indonesia, sementara perbandingan dengan DMA dapat dilakukan sebagai salah satu bahan rujukan.

IV. Penutup

A. Simpulan

Dari penelitian yang dilakukan, paper ini menyimpulkan dua hal. Pertama, dengan semakin pentingnya data pribadi dalam ekonomi digital, perlu adanya pemahaman yang jernih mengenai bagaimana data pribadi berperan dalam analisis hukum persaingan sehingga dapat dipahami pula bagaimana hal tersebut dapat menjadi motif yang melatarbelakangi perilaku anti persaingan pelaku usaha. Data pribadi itu sendiri bukanlah komoditas atau produk yang diperdagangkan dan secara hukum, tidak ada pasar data pribadi, namun pelaku usaha membutuhkannya untuk menghasilkan produk akhir berupa layanan yang paling relevan bagi konsumen untuk memenangkan persaingan.

Kedua, *privacy policy tying* merupakan strategi bagi pelaku usaha untuk dapat memperoleh data pribadi pengguna dari beragam layanan. Persoalan-

nya adalah bahwa praktik ini diterapkan secara *abusive* dengan mengeksploitasi kekuatan pasar atau posisi dominan pelaku usaha bersangkutan, sehingga pengguna mau tidak mau mengikutinya. Kualifikasi pelanggaran hukum persaingan dilihat dari dampak praktik tersebut terhadap persaingan atau konsumen. Dalam hal ini, analisis dampak dilakukan dengan menguji elemen *exclusionary dan exploitative* dari praktik yang dilakukan.

B. Saran

Sebagai rekomendasi, ketajaman analisis diperlukan agar tidak terjadi kekaburan batas-batas antara hukum persaingan dan perlindungan pribadi, termasuk kekaburan kewenangan otoritas penegak hukumnya. Lebih lanjut, perlu disusun suatu pedoman analisis dampak untuk kasus-kasus yang berkaitan dengan data pribadi misalnya dalam bentuk Pedoman Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). Di dalam pedoman tersebut perlu dimuat antara lain instrumen analisis dan metode pembuktiannya, untuk menjadi panduan dalam proses penegakan hukum dan pada sisi lain membantu pelaku usaha untuk dapat menjalankan langkah-langkah kepatuhan. Selain itu, studi pasar dan perbandingan dengan ketentuan-ketentuan dalam DMA dapat dipertimbangkan untuk membantu proses pembentukan regulasi yang dapat mengakomodasi kebutuhan perlindungan hukum persaingan sesuai dengan perkembangan dalam ekonomi digital, khususnya ketika hukum persaingan berhadapan dengan kasus persaingan yang melibatkan data pribadi pengguna.

Daftar Pustaka

- Bakhoun, Mor, et al. *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?*. Berlin: Springer, 2018.
- Bania, Konstatina. "The Role of Consumer Data in the Enforcement of EU Competition Law". *European Competition Journal*, Vol. 14, No. 1, (January 2018): 38-80. DOI: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1429555>.
- Bergh, Roger Van den, and Franziska Weber. "The German Facebook Saga: Abuse of Dominance or Abuse of Competition Law?". *World Competition*, Vol. 44, No. 1 (March 2021): 29-52. DOI:10.54648/WOCO2021003.

- BGH (German Federal Court of Justice), decision of 23 June 2020 - KVR 69/19 - OLG Düsseldorf (Düsseldorf Higher Regional Court). Courtesy translation of Decision KVR 69/19 rendered by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 23/06/2020 provided by the Bundeskartellamt. https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/06/BGH-Beschluss-v.-23.06.2020_Englisch.pdf.
- Bjorkroth, Tom. "Loyal or Locked-In and Why Should We Care?". *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 10, No. 1, (2014): 47-62. DOI: <https://doi.org/10.1093/joclec/nht022>.
- Blair, Roger D. and D. Daniel Sokol (Eds.). *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*. Volume 1, Oxford: Oxford Academic, 2015.
- Bongartz, Philipp, Sarah Langenstein, and Rupprecht Podszun. "The Digital Markets Act: Moving from Competition Law to Regulation for Large Gatekeepers". *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 10, No. 2, (May 2021): 60-67. <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/10.2/EuCML2021017>.
- Botta, Marco, and Klaus Wiedemann, "Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision". *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 8, (November 2019): 465-478. DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz064>.
- Cannataci, Joe, Valeria Falce and Oreste Pollicino. *Legal Challenges of Big Data*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Carrier, Michael A. "The Four-Step Rule of Reason". *Antitrust*, Vol. 33, No. 2, (Spring 2019): 50-55. <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2019/04/ANTITRUST4-step-RoR.pdf>.
- CCCS. "E-Commerce Platforms Market Study - finding and recommendations", *Market Study Report*, 10 September 2020. <https://www.cccs.gov.sg/-/media/custom/ccs/files/media-and-publications/publications/market-studies/cccse-commerce-platforms-market-study-report.pdf?la=en&hash=167617E34FD C1DB6E2B68B66B9F7B6801B7B9A35>.
- Choi, J. Pil. "Tying in Two-Sided Markets With Multi-Homing". *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 58, No. 3, (September 2010): 607-626. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-6451.2010.00426.x>
- Competition Policy and Law Group APEC Economic Committee. "Competition Policy for Regulating Online Platforms in the APEC Region - Mexico", August 2019, the Federal Telecommunications Institute (IFT) México. <https://www.apec.org/apecapi/publication/getfile?publicationId=49659630-d6f2-4ad6-a576-ba48b190d8cd>.
- Condorelli, Daniele, and Jorge Padilla, "Data-Driven Envelopment with Privacy-Policy Tying", SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 12 May 2020. DOI:10.2139/ssrn.3600725.
- Condorelli, Daniele, dan Jorge Padilla. "Data-Driven Envelopment with Privacy-Policy Tying". SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 12 May 2020. doi:10.2139/ssrn.3600725.
- Condorelli, Daniele, and Jorge Padilla, "Harnessing Platform Envelopment in the Digital World". *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 16, No. 2, (April 2020): 143-187. DOI:10.2139/ssrn.3504025.
- Dewenter, Ralf, Ulrich Heimeshoff, and Franziska Löw, "Market Definition of Platform Markets", Working Paper No. 176, Helmut Schmidt University Hamburg, March 2017, 15. <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/184879/1/882821601.pdf>.
- Directorate-General for Competition (European Commission). "Support Study Accompanying the Evaluation of the Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law",

- Final Report*, Luxembourg, 2021. https://ec.europa.eu/competition/policy/system/files/2021-06/kd0221712ennmarket_definition_notice_2021_1.pdf. Diakses tanggal 28 Agustus 2022.
- Drexel, Josef. "Anticompetitive Stumbling Stones on the Way to A Cleaner World: Protecting Competition in Innovation Without A Market". *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8, No. 3, (September 2012): 507-542. DOI: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhs019>.
- Edelman, Benjamin, and Damien Geradin. "Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google's Practices in Mobile". *European Competition Journal*, Vol. 12, No. 2-3, (November 2016): 159-194. DOI: <https://doi.org/10.1080/17441056.2016.1254483>.
- Esayas, Samson. "Competition in (Data) Privacy: 'Zero' Price Markets, Market Power and the Role of Competition Law". *International Data Privacy Law*, Vol. 8, No. 3, (2018): 181-199. DOI: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipy014>.
- European Parliament. "Regulating Digital Gatekeepers: Background on the Future Digital Markets Act", *Briefing*. December 2020. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/659397/EPRS_BRI\(2020\)659397_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/659397/EPRS_BRI(2020)659397_EN.pdf).
- Ezrachi, Ariel, and Maurice E. Stucke. "Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion". *17 Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 17, No. 2, (March 2020): 217-260. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol17/iss2/2>.
- Ezrachi, Ariel, and Maurice E. Stucke. *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Massachusetts London: Harvard University Press, 2016.
- Fox, M. Eleanor. "What Is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect". *Antitrust Law Journal*, Vol. 70, No. 2, (January 2002): 371-411. <https://www.jstor.org/stable/40843559>.
- Franck, Jens-Uwe, and Martin Peitz. *Market Definition and Market Power in the Platform Economy*. Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 23, Desember 2021, 91-127.
- FTC File No. 071-0170 - Google/DoubleClick (Statement of FTC, 20 Desember 2007), https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf.
- Gal, Michal S. "Algorithmic Challenges to Autonomous Choice". *Michigan Technology Law Review*, Vol. 25, No. 1, (2018): 59-104. <https://repository.law.umich.edu/mttlr/vol25/iss1/3>.
- Geradin, Damien, and Monika Kuschewsky. "Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue". *Concurrences*, Vol. 2, (2013): 1-16. DOI: DOI:10.2139/SSRN.2216088.
- German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection dan Max-Planck-Institute for Innovation and Competition. *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*. Baden-baden: Nomos, 2021.
- Google Android Case. Case AT.40099, Official Journal of the EU, C402/19, 18 July 2018. [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/ALL/?uri=CELEX:52019XC1128\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/ALL/?uri=CELEX:52019XC1128(02)).
- GOV.UK. "Algorithms: How They Can Reduce Competition and Harm Consumers". <https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers>. Diakses tanggal 25 Agustus 2022.
- Graef, Inge, Sih Yuliana Wahyuningtyas, and Peggy Valcke, "Assessing Data Access Issues in Online Platforms", *Telecommunications Policy*, Vol. 39, (June 2015): 375-387. DOI:

- <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2014.12.001>.
- Hovenkamp, Herbert J. "The Rule of Reason". *Florida Law Review*, Vol. 70, (2018): 81-167. <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol70/iss1/2/>.
- Jacobides, G. Michael, and Ioannis Lianos, "Ecosystems and Competition Law in Theory and Practice", *Industrial and Corporate Change*, Vol. 30, (October 2021): 1199-1229. DOI: <https://doi.org/10.1093/icc/dtab061>.
- Jullien, Bruno, and Wilfried Sand-Zantman, 'The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy', *Information Economics and Policy*, Vol. 45, (March 2021): 11. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100880>.
- Just, Natascha, "Governing Online Platforms: Competition Policy in Times of Platformization", *Telecommunications Policy*, Vol. 45, No. 5, (June 2018): 386-394. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2018.02.006>.
- Kathuria, Vikas, and Jure Globocnik. "Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy", *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 8, No. 3, (January 2020): 511-534. DOI: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz036>.
- Kathuria, Vikas, "Greed for Data and Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets", *Computer Law & Security Review*, Vol. 35, No.1, (February 2019): 89. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.12.001>.
- Kovacic, E. William, and Carl Shapiro. "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking". *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14, No. 1, (Winter 2000): 43-60. DOI: 10.1257/jep.14.1.43.
- Krämer, Jan. "Digital Markets and Online Platforms: New Perspectives on Regulation and Competition Law", Brussels: Centre on Regulation in Europe (CERRE), 20 August 2020. <https://cerre.eu/publications/digital-markets-online-platforms-new-regulation-competition-law/>.
- Luguri, Jamie, and Lior Jacob Strahilevitz. "Shining a Light on Dark Patterns". *Journal of Legal Analysis*, Vol. 13, No. 1, (March 2021): 43-109. DOI: <https://doi.org/10.1093/jla/laaa006>.
- Lundqvist, Björn, and Michal S. Gal. *Competition Law for the Digital Economy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.
- Mäihäniemi, Beata. *Competition Law and Big Data: Imposing Access to Information in Digital Markets*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Mai, Jens-Erik. "Big Data Privacy: The Datafication of Personal Information". *The Information Society*, Vol. 32, No. 3, (May 2016): 192-199. DOI: <https://doi.org/10.1080/01972243.2016.1153010>.
- Mehra, Salil K. "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms". *Minnesota Law Review*, Vol. 100, (2016): 1323-1375. <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/204>.
- Motta, Massimo, Martin Peitz, and Heike Schweitzer (Eds.), *Market Investigations*, 1st ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- Newman, M. John. "Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations". *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 164, No. 2, (2015): 149-206. https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss1/4/.
- OECD. "Abuse of Dominance in Digital Markets", July 2020. <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>.
- OECD. "Handbook on Competition Policy in the Digital Age" (2022). <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/>. Diakses tanggal 11 September 2022.
- OECD. "Market Definition in Multi-Sided Markets", Note by Sebastian Wismer & Arno

- Rasek, DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL, 21-23 June 2017. <https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2933/FINAL&docLanguage=En>.
- OECD. *Two-Sided Market*, DAF/COMP(2009)20, 17 Desember 2009. <https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>.
- Rochet, Jean-Charles, and Jean Tirole. "Platform Competition in Two-Sided Markets". *Journal of the European Economic Association*, Vol. 1, No. 4, (Juni 2003): 990-1029. DOI: <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>.
- Rochet, Jean-Charles, dan Jean Tirole. "Two-Sided Markets: A Progress Report". *The RAND Journal of Economics*, Vol. 37, No. 3, (Autumn 2006): 645-667. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1756-2171.2006.tb00036.x>.
- Spulber, F. Daniel. "Unlocking Technology: Antitrust and Innovation". *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 4, No. 4, (Mei 2008): 915-966. DOI: [doi:10.1093/joclec/nhn016](https://doi.org/10.1093/joclec/nhn016).
- Voigt, Paul, and Axel von dem Bussche. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide: Voigt*. Cham: Springer, 2017.
- Wiedemann, Klaus. "A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19)". *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*. Vol. 51, No. 9, (November 2020): 1168-1181. DOI: [DOI:10.1007/s40319-020-00990-3](https://doi.org/10.1007/s40319-020-00990-3).

Syarat Pendirian dan Tanggung Jawab Pemegang Saham Perseroan Perorangan

Sulasi Rongiyati

Pusat Analisis Keparlemenan Badan Keahlian Sekretariat Jenderal DPR RI

Gedung Nusantara 1 Lantai 2, DPR RI

Jl. Jenderal Gatot Subroto, Senayan, Jakarta

Email: sulasi.rongiyati@dpr.go.id

Naskah diterima: 7 Maret 2023

Naskah direvisi: 16 Mei 2023

Naskah diterbitkan: 30 Juni 2023

Abstract

As a strategic component of the national economy, micro, small, and medium enterprises (MSMEs) have made significant contributions to employment and the gross domestic product. Paradoxically, MSMEs, particularly micro and small enterprises (MSEs), continue to encounter challenges in their business operations. With the enactment of the Law on Job Creation, subsequently replaced by the Government Regulation in Lieu of Law (Perppu) on Job Creation, the government introduced policies aimed at facilitating business activities for entrepreneurs, including MSEs. The establishment of individual companies represents a significant policy breakthrough for MSEs. This research employs a normative juridical approach with qualitative analysis. The research examines the regulatory requirements and mechanisms governing the establishment of individual companies as part of the ease-of-doing-business provisions outlined in the Perppu on Job Creation. Additionally, it explores the responsibilities of shareholders in relation to individual companies. The analysis reveals that the regulations pertaining to individual companies prescribe simplified requirements for the establishment, such as individual registration, electronic registration, exemption from notary deeds, flexibility in authorized capital arrangements, and the obligation to convert the status of individual companies if it fails to meet the minimum wage criteria. Shareholders' responsibilities are limited to their invested capital, and they are not personally liable for the company's engagements or losses exceeding their share ownership. This research recommends that the government enhance the regulation of individual companies, particularly regarding shareholder responsibilities.

Keywords: *individual limited liability company; micro, small business; shareholder responsibility*

Abstrak

Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah (UMKM) sebagai bagian strategis perekonomian Nasional telah memberikan kontribusi signifikan terhadap penyerapan tenaga kerja dan *Produk Domestik Bruto*. Ironisnya UMKM, khususnya Usaha Mikro Kecil (UMK) masih menghadapi permasalahan dalam menjalankan usahanya. Melalui pembentukan UU tentang Cipta Kerja yang kemudian diganti dengan Perpu tentang Cipta Kerja, pemerintah membuat kebijakan kemudahan berusaha bagi pelaku usaha, termasuk UMK. Pendirian Persero Perorangan menjadi terobosan kebijakan khusus bagi UMK. Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif yang dianalisis secara kualitatif. Tulisan ini mengkaji pengaturan persyaratan dan mekanisme pendirian Perseroan Perorangan sebagai bagian dari kemudahan berusaha yang diatur dalam Perpu Cipta Kerja; serta tanggung jawab pemegang saham terhadap Perseroan Perorangan. Hasil analisis menggambarkan regulasi terkait Perseroan Perorangan mengatur persyaratan yang lebih mudah dalam pendirian, antara lain pendirian dilakukan perorangan, pendaftaran secara elektronik, tidak memerlukan akta notaris, penyesuaian pengaturan modal dasar, dan kewajiban mengubah status Perseroan Perorangan apabila sudah tidak memenuhi kriteria UMK. Tanggung jawab pemegang saham terbatas pada modal dan tidak memiliki tanggung jawab secara pribadi atas perikatan yang dibuat oleh perseroan serta tidak bertanggung jawab terhadap kerugian melebihi saham yang dimiliki. Tulisan ini merekomendasikan kepada pemerintah penyempurnaan regulasi Perseroan Perorangan, khususnya pengaturan tanggung jawab pemegang saham Perseroan Perorangan.

Kata kunci: Perseroan Terbatas Perorangan; usaha mikro kecil; tanggung jawab pemegang saham