



21/09/2023

ו' תשרי תשפ"ד

נייר כלכלה דיגיטלית OECD: דפוסים אפלים (Dark Patterns)

עיקרי הדו"ח¹

אגף הכלכלנית הראשית²

1.	תוכן עניינים
1.	תמצית מנהלים :
2.	רקע
3.	דפוסים אפלים
4.	הגדרת דפוסים אפלים (מסחריים)
4.1	קטגוריות של דפוסים אפלים
4.2	החידוש של דפוסים אפלים בעולם דיגיטלי/ הבעיות הנובעות מדפוסים אפלים
4.3	מקורם של דפוסים אפלים והתמריצים להשתמש בהם
4.4	שכיחות של דפוסים אפלים
4.5	השפעות ונזקים לצרכנים
4.6	השפעה של דפוסים אפלים על קבלת ההחלטות של הצרכנים ויכולת הזיהוי שלהם
5.	הנזקים של דפוסים אפלים לצרכנים
5.1	פגיעה באוטונומיה של הצרכן
5.2	נזק אישי לצרכן
5.3	נזק מבני לצרכן (Structural consumer detriment)
6.	פגיעות צרכנים לדפוסים אפלים
6.1	אמצעי אכיפה ורגולציה לטיפול בדפוסים אפלים
6.2	חוקים והצעות חקיקה לטיפול בדפוסים אפלים
6.3	איסור על סוגים ספציפיים של דפוסים אפלים
6.4	פיתוח ארכיטקטורת בחירה דיגיטלית ידידותית לצרכן
6.5	הוצאת הנחיות רגולטוריות
6.6	העצמת רשויות רגולטוריות לנקוט בפעולה כנגד דפוסים אפלים
7.	טיפול בפגיעות צרכנים בדפוסים אפלים
7.1	יוזמות חינוכיות, טכניות ועסקיות לטיפול בדפוסים אפלים
7.2	העלאת מודעות וחינוך צרכנים לגבי דפוסים אפלים
7.3	דפדפן, אפליקציות וכלי תוכנה לזיהוי, הפחתה או הסרה של דפוסים אפלים
8.	יוזמות של רגולציה עצמית ומשותפת וכלים לטיפול בדפוסים אפלים
9.	ביבליוגרפיה
10.	נספח 1- קטגוריות של דפוסים אפלים

¹ לדוח המלא של ה-OECD

² אנחנו מודים לראומה אפק ששון, מנהלת תחום בכיר הדרכת קהילה וקשרי חוץ, על הסיוע בעריכה ועל הערותיה המועילות.



2. תמצית מנהלים:

המונח "דפוסים אפלים (מסחריים)" מתייחס למגוון רחב של פרקטיקות הנפוצות בממשקי משתמש מקוונים שמובילות את הצרכנים לבצע בחירות שאולי אינן לטובתם, כולל על ידי ניצול הטיות צרכניות. הדפוסים האפלים באופן טיפוסי מיועדים לגרום לצרכנים להוציא יותר כסף, למסור יותר נתונים אישיים או להקדיש יותר תשומת לב מהרצוי. בדרך זו, הם קשורים בצורה משמעותית למודלים עסקיים, גם אם מעצבי ממשקי משתמש עשויים לעתים קרובות להשתמש בהם ללא כוונת זדון.

ועדת ה-OECD למדיניות צרכנית מציעה הגדרת עבודה של דפוסים אפלים כדי לסייע לדיון בין רגולטורים וקובעי מדיניות ברחבי תחומי השיפוט: "דפוסים מסחריים אפלים הם פרקטיקות עסקיות המשתמשות באלמנטים של ארכיטקטורת בחירה דיגיטלית, בפרט בממשקי משתמש מקוונים, שמערערים או פוגעים באוטונומיה של הצרכן, בקבלת החלטות או בבחירה. לעתים קרובות הם מטעים, כופים או עושים מניפולציות על צרכנים ועשויים לגרום נזק ישיר או עקיף לצרכן בדרכים שונות, אם כי זה עשוי להיות קשה או בלתי אפשרי למדוד נזק כזה במקרים רבים".

אתרי ואפליקציות מסחר אלקטרוני רבים, כולל אלה של פלטפורמות מקוונות גדולות, מציגים יותר מדפוס אפל אחד. כמו כן, משחקים מקוונים, דפדפנים והודעות רבות בנושא הסכמת קובצי cookie עלולים לגרום להפרת חוקי הגנת מידע. הדפוסים האפלים הנפוצים יותר באתרי אינטרנט ובאפליקציות כוללים מסגור (בחירה מראש של אפשרויות כברירת מחדל או מתן עדיפות ויזואלית, הסתרת מידע או הסוואת פרסומות); יצירת תחושת דחיפות (באמצעות אינדיקציות מחסור שעלולות להטעות); הפקת הוכחה חברתית (באמצעות אינדיקציות פופולריות שעלולות להטעות); כפיית רישום או גילוי מידע; נדנד לבצע בחירה; קושי על ביטול או על opt out.

בהתחשב ביכולתם של עסקים מקוונים להריץ שוב ושוב ניסויים כדי לחדד ממשקי משתמש, הרגישות המוגברת של הצרכנים להונאה מקוונת והיקף הצרכנים שניתן להגיע אליהם, דפוסים אפלים הם ככל הנראה דאגה גדולה יותר מאשר שיטות מקבילות במצב לא מקוון. הם יכולים להשפיע באופן מהותי על קבלת ההחלטות של הצרכן. הם יעילים יותר במכשירים ניידים וכאשר הם משולבים עם דפוסים אפלים אחרים. חלקם, כגון הסתרת מידע, יעילים יותר מאחרים, לדוגמה סימני מחסור. דפוסים אפלים מתונים לכאורה, כמו ברירת מחדל וקושי בסירוב, עשויים להיות יעילים באותה מידה או יותר מאלה תוקפניים כמו נדנד ומשחק ברגשות. היעילות של דפוס אפל עשויה להיות מונעת בחלקה מהקושי בזיהוי שלו, שעשוי להתייחס לשאלה אם לצרכנים יש ניסיון קודם איתו, העידון הפנימי שלו או תפוצתו הכללית.

בנוסף לפגיעה באוטונומיה, כמה דפוסים אפלים, כמו מחיר לא סופי ומלכודות מנויים, עלולים לגרום להפסד כספי משמעותי. אחרים עלולים לגרום לפגיעה משמעותית בפרטיות או לפגיעה פסיכולוגית. הם עלולים גם לפגוע בצרכנים באופן קולקטיבי, על ידי החלשת התחרות וזריעת חוסר אמון, יכולים לפגוע באופן לא פרופורציונלי בצרכנים מסוימים כגון צרכנים פחות משכילים או ילדים. למרות שעדיין אין ראיות המצביעות על כך שישנם דפוסים אפלים המותאמים אישית לצרכן, המצב עשוי להשתנות עם איסוף הנתונים הגובר של עסקים בשילוב עם טכניקות למידת מכונה.

סביר להניח שכוחות השוק בלבד לא יוכלו להתמודד עם דפוסים אפלים, ולעיתים אף עשויים לתמרץ את השימוש בהם. בהתאם לכך, רשויות הגנת צרכן ורשויות הגנת מידע נוקטות פעולות על בסיס חוקים המוציאים מחוץ לחוק פרקטיקות הקשורות לדפוסים אפלים רבים, תוך מתן הנחיות לעוסקים. אך מקרי האכיפה עד היום מתייחסים בעיקר לכמה דפוסים אפלים המוכרים בדרך כלל על ידי הרגולטורים, מה שיכול



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



להצביע על פערים בחוק, בראיות זמינות או ביכולת האכיפה. בפרט, חלק מהדפוסים האפלים אינם מטעים בעליל ועשויים לחמוק מהאיסורים על פרקטיקות מטעות.

ברחבי תחומי השיפוט של ה-OECD הוצעו או יושמו אמצעים רגולטוריים שונים על מנת להגיב לדפוסים אפלים. אלה כוללים אמצעים לטפל בהם בפרט בפלטפורמות מקוונות; איסור של דפוסים אפלים ספציפיים; טיפוח ארכיטקטורת בחירה ידידותית לצרכן (למשל על ידי הקלה על הביטול); העצמת הרגולטורים; וטיפול בפגיעות צרכנית. עם זאת, עדויות רבות מצביעות על כך שאמצעי גילוי ושקיפות אינם מספיקים. שיקולים מרכזיים נוספים נוגעים לשילוב של חוקי הגנת הצרכן מבוססי עקרונות וכללים; שימוש בכלים ספציפיים לאיסוף ראיות (למשל זחלן אינטרנט); הגברת שיתוף הפעולה בין תחומי המדיניות (למשל מדיניות פרטיות, בינה מלאכותית ותחרות); והתאמת הפרשנות של אמות המידה המשפטיות.

עדויות ראשוניות לשכיחותם של דפוסים אפלים, ליעילותם ולנזק שהם גורמים מספקות כיוונים לפעולה נוספת אפשרית, כגון התמקדות בדפוסים אפלים במכשירים ניידים ובאתרים פופולריים. בהינתן כי דפוסים אפלים הכוללים באופן ספציפי הסתרת מידע, קושי בביטול או opt out, בחירה מראש או מתן עדיפות חזותית והודעות על קובצי Cookie הם יעילים, נפוצים מאוד (באתרים ואפליקציות, כולל בפלטפורמות מקוונות גדולות) וקשה לצרכנים לזהות אותם, הם יכולים להיות מוקד עדיפות. עם זאת, בסך הכל, יש צורך בראיות נוספות לגבי דפוסים אפלים רבים כדי לגבש הנחיות מדיניות ואכיפה נוספות. כלים טכניים, כמו הרחבות לדפדפן, עשויים גם לעזור לצרכנים בהתמודדות עם דפוסים אפלים ואמצעים אחרים יכולים להעלות את המודעות אליהם, כגון קמפיינים חינוכיים. יוזמות עסקיות שונות עשויות לסייע גם, לרבות יוזמות של רגולציה עצמית או משותפת, תקני עיצוב אתיים וביקורות עצמיות של ארכיטקטורת בחירה דיגיטלית. בעוד שכלים ויוזמות כאלה יכולים למלא תפקיד תומך חשוב, יש לראות בהם משלימים לאמצעי רגולציה ואכיפה.

3. רקע

המונח "דפוסים אפלים" הוטבע בשנת 2010 ע"י מעצב חווית משתמש (UX- User Experience), הארי בריגנוול (Harry Brignull), כדי לתאר טריקים שמשתמשים בהם באתרים ובאפליקציות שגורמים למשתמש לעשות דברים שלא התכוון אליהם, כמו רכישה או רישום למערכת כלשהי בעזרת מילוי פרטים אישיים (Brignull, 2020). מונח זה נמצא כיום בשימוש נרחב בקרב מדעני התנהגות ומחשבים העוסקים בעיצוב ממשקי משתמש.

בעוד שהמונח חדש יחסית, המושגים והמכניקה שהוא מתאר נחקרו במשך זמן מה בתחומים שונים. רשויות הגנת הצרכן התייחסו לפרקטיקות מקוונות המאופיינות כיום כדפוסים אפלים באמצעות פעולות אכיפה ויוזמות מדיניות במשך יותר מעשור. מדעני התנהגות חקרו זמן רב את תפקידן של הטיות קוגניטיביות והתנהגותיות, כגון הטיית ברירת מחדל ושנאת הפסד, בהנעת החלטות רכישה מסוימות של צרכנים. גם משווקים השתמשו בעקרונות של כלכלה התנהגותית כדי להשפיע על החלטות אלה.

דפוסים אפלים משתנים על פני מגוון ממדים ומגיעים בצורות ועיצובים רבים ושונים. הם עשויים להשתמש בסוגים שונים של אלמנטים מבוססי עיצוב כמו תיבות דיאלוג קופצות או אלמנטים מבוססי טקסט כמו שפה תוקפנית. דפוסים אפלים יכולים להופיע באתרי מסחר אלקטרוני, באפליקציות, בהודעות הסכמה לקבצי cookie, במנועי חיפוש או במשחקים מקוונים, ויכולים להיות מעורבים בשלבים שונים של העסקה, כגון שלבי הפרסום, רכישה מוקדמת, בתשלום או לאחר הרכישה. הם עשויים לכלול איסוף ושימוש בנתוני צרכנים ו/או שימוש בטכנולוגיות בינה מלאכותית כגון למידת מכונה.



אף על פי כן, כל הדפוסים האפלים מסתמכים על מנגנונים קוגניטיביים כדי להשפיע על הצרכן, יתכן באופן לא מודע, ומנצלים הטיות או יוריסטיקות³ ספציפיות:

- הטיית ברירת מחדל או סטטוס קוו - נטייה להישאר עם הסטטוס קוו או אפשרות ברירת המחדל המוצעת;
 - הטיית המחסור - נטייה לתת ערך גבוה יותר לאופציות נדירות;
 - הטיית האישור החברתי - נטייה לעשות בחירות התואמות את אלה של אחרים;
 - אפקט העיגון - נטייה לבסס החלטות סביב נקודת ייחוס מסוימת;
 - הכשל בעלות השקועה - נטייה להתמיד בבחירה המבוססת על משאבים שהושקעו בה;
 - אפקט מסגור - נטייה לבצע בחירות שונות על סמך מידע זהה בהתאם לאופן שבו הוצג.
- דפוסים אפלים אופיינו כאסטרטגיות המבקשות לנצל את מה שהכלכלן ההתנהגותי, דניאל כהנמן, כינה חשיבה של "מערכת 1", הכוללת קבלת החלטות אוטומטית ואינטואיטיבית עם מעט מאמץ קוגניטיבי, ולא קבלת החלטות דיונית, מודעת ומאומצת הגלומה בחשיבה של "מערכת 2" (Bösch, 2016).

4. דפוסים אפלים

4.2 הגדרת דפוסים אפלים (מסחריים)

"Dark commercial patterns are business practices employing elements of digital choice architecture, in particular in online user interfaces, that subvert or impair consumer autonomy, decision-making or choice. They often deceive, coerce or manipulate consumers and are likely to cause direct or indirect consumer detriment in various ways, though it may be difficult or impossible to measure such detriment in many instances."

ההגדרה של ה-OECD לדפוסים אפלים (dark patterns) היא פרקטיקות עסקיות המשתמשות באלמנטים של ארכיטקטורת בחירה דיגיטלית, במיוחד בממשקי משתמש מקוונים המערערים או פוגמים באוטונומיה, בקבלת ההחלטות או בבחירות של הצרכן. לעיתים קרובות הם מטעים, כופים או מפעילים מניפולציות על הצרכנים ועלולים לגרום לנזק ישיר או עקיף לצרכן בדרכים שונות, אם כי במקרים רבים זה עשוי להיות קשה או בלתי אפשרי למדוד נזק זה.

הגדרה זו תלויה במסגרת בה היא נידונה, אם היא מיועדת לניתוח מדיניות או ליישום רגולטורי ועל ההקשר המשפטי הרחב יותר שבו נעשה בה שימוש. ההגדרה יכולה גם להתפתח עם הזמן בהתאם להתפתחויות טכנולוגיות ורגולטוריות.

לפי Mathur, Mayer and Kshirsagar (2021) דפוסים אפלים מעוצבים מתוך כוונה להשפיע על בחירת הצרכן, הם מועילים לעסק ומזיקים למשתמש ובחלקם יש שימוש בהטעיה. לא תמיד כוונת זדון היא המניעה את התפתחותם של דפוסים אפלים, אולם שיטות עבודה יכולות להיות דפוסים אפלים ללא קשר לכוונה עסקית. חלק מהדפוסים האפלים לא בהכרח מטעים את הצרכנים, לדוגמה confirmshaming לא מטעה כיוון שלרוב הוא שקוף לחלוטין. הם משתמשים ביוריסטיקות שונות, לדוגמה התראות על מחסור במוצר, ברירת מחדל, אישור חברתי או מסגור כדי להגיע לתוצאה המיטיבה לעסק.

³ יוריסטיקות הם קיצורי דרך מחשבתיים שאנשים משתמשים כדי להפחית שיפוט ובחירה במשימה מורכבת.



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



דפוסים אפלים מתייחסים לממשק המשתמש ולמסע הלקוח בעת הרכישה או קבלת השירות שמעורבת בו פעילות מקוונת אך לא בהכרח כזו הדורשת חיבור רציף לאינטרנט. הם משנים את ארכיטקטורת הבחירה המוצגת לצרכן ע"י שינוי מערך האפשרויות לצרכן, לדוגמה התייחסות אחרת ללקוחות שונים, ביטול אפשרויות שצריכות להיות זמינות או ע"י מניפולציה של זרימת המידע לצרכן, לדוגמה הצגת מידע כוזב או הסתרת מידע רלוונטי.

4.3 קטגוריות של דפוסים אפלים

העבודות האקדמאיות הראשונות על דפוסים אפלים התמקדו באיסוף דוגמאות וסיווג שלהן באמצעות טקסונומיות. הרשימה להלן מציגה את הקטגוריות העולות מהספרות בנושא ומתייחסת בעיקר לדפוסים אפלים שזוהו באתרים ובאפליקציות.

סוגי קטגוריות של דפוסים אפלים:

1. פעולה כפויה (forced action) - מתרחשת כאשר מכריחים את הצרכן לבצע פעולה מסוימת בשביל להגיע לפונקציונליות מסוימת בממשק. לדוגמה לכפות על גילוי פרטים אישיים נוספים, מעבר לנדרש.
2. התערבות בממשק (interface interference) - מכוונת לגרום לצרכן לבצע פעולות שאתר העסק מעוניין בהם. לדוגמה הבלטה ויזואלית של אופציות טובות לעסק, מידע חשוב שמוסתר ויזואלית או ברירת מחדל.
3. נדנד/ ניגויס (nagging) - ממשקים המבקשים שוב ושוב מצרכנים לבצע פעולה שאתר העסק מעוניין בה ומנצלים את כוח הרצון או הזמן המוגבל של הצרכן. לדוגמה בקשות חוזרות ונשנות להצעת רכישה הקופצות כל מספר דקות, בקשה לאפשר התראות, לעקוב אחר מיקום או בקשה לשינוי הגדרות, בכדי להציק לצרכן ולגרום לו לרצות למלא את בקשות המשווק על מנת להיפטר מן המודעות הקופצות.
4. מכשול (obstruction) - הפיכת האינטראקציה עם הממשק לקשה יותר ממה שהיא צריכה להיות, מתוך כוונה להניא פעולות מסוימות. לדוגמה קושי בביטול שירות או מטבע ביניים.
5. התגנבות (sneaking) - החבאה, הסוואה או עיכוב בחשיפת מידע רלוונטי להחלטת הצרכן, בעיקר לגבי עלות הסחורה או השירות, תוך ניצול מגבלת הקשב של הצרכן. לדוגמה הוספת חיובים לעסקה אשר הצרכן אינו מודע או בחר בהם, בשלב הסופי שלה (שלב התשלום).
6. אישור חברתי (social proof) - אינדיקציות לגבי פעולות או המלצות של צרכנים אחרים שעשויות להיות מטעות או שקריות. המטרה היא לגרום לצרכן לקבל החלטה מסוימת על ידי כך שהוא צופה בהתנהגותם של אחרים. לדוגמה הודעה על רכישת המוצר על ידי צרכנים אחרים על מנת לגרום לצרכן להרגיש כי ישנה הסכמה חברתית בנוגע לרכישת המוצר.
7. דחיפות (urgency) - יצירת אפקט של דחיפות בעזרת הצהרה על משך זמן מוגבל של מכירה או עסקה, שעלולה להיות מטעה או שקרית, על מנת ללחוץ על הצרכן לקבל את העסקה תוך ניצול הטיית המחסור. לדוגמה טיימר ספירה לאחור המציין את תום הזמן בו ניתן לבצע את העסקה או לקבל את הדיל או לחלופין התראה על מלאי מוגבל במוצר.

זוהי אינה טקסונומיה שלמה של דפוסים אפלים, כיוון שצורות חדשות של דפוסים אפלים צצים ללא הרף, עם טכנולוגיות חדשות וסוגים חדשים של ממשקי משתמש. כמו כן, כל טקסונומיה משקפת את מטרות מחבריה ואת הקריטריונים להכללה של פרקטיקות מסוימות ולהדרה של אחרות.



4.4 החידוש של דפוסים אפלים בעולם דיגיטלי/ הבעיות הנובעות מדפוסים אפלים

פרקטיקות מסחריות הדומות לדפוסים אפלים אינן תופעה חדשה והן נמצאות בשימוש בחנויות פיזיות כשמטרתם לתמרן ולהונות צרכנים כדי לקבל החלטות לא אופטימליות, לדוגמה פרסום מוטעה על מכירת חיסול עקב סגירת החנות. גם באינטרנט השתמשו בשיטות מקוונות מטעות שהיו בשימוש בעבר, כמו חלון קופץ שמספר לצרכן באופן כוזב על מתנה בחינם. מה אם כן שונה בדפוסים אפלים בעולם המקוון של היום כדי להצדיק התמקדות ספציפית מצד רשויות הצרכנים וקובעי המדיניות?

ישנם מספר גורמים עיקריים. ראשית, מודעות עסקית גבוהה יותר להזדמנויות הגלומות בשימוש בתובנות התנהגותיות כדי לחדד אסטרטגיות שיווק ע"י ניצול הטיות ויוריסטיקות המשפיעות על התנהגות הצרכנים באינטרנט. יש עדויות, לדוגמה, שצרכנים פחות שמים לב לגילויים בסביבה מקוונת, מעבדים פחות טוב מידע בעת קניות וצריכת מידע באינטרנט ולעיתים קרובות יותר ישתמשו בברירת מחדל לכללי אצבע פשוטים כאשר מתמודדים עם עומס מידע. יתרה מכך, מחקרים מראים שצרכנים הנמצאים באינטראקציה עם ממשקים דיגיטליים בצורה ממוקדת משימה, נוטים להתעלם באופן קבוע מסוגים מסוימים של תוכן ולזלזל במניפולציות והונאה בהקשרים מקוונים יותר מאשר בהקשרים לא מקוונים. לעיתים קרובות צרכנים אינם מודעים לנזקים של דפוסים אפלים.

שנית, בניגוד לעסקאות פרונטליות, עסקאות בין צרכנים לעסקים מקוונים נעשות באמצעות מכשיר מקושר ואינטראקטיבי, כמו מחשב או טלפון נייד. עסקאות בין צרכן לעסק הנעשות באמצעים מקוונים מאפשרות איסוף נתונים וייעול השיטות המסחריות בהתאם ע"י ביצוע ניסויים אקראיים (A/B testing) לחידוד העיצוב באמצעות שימוש בלמידת מכונה (machine learning). בהתאם לכך, ניתן לבצע אופטימיזציה של היבטים פרטניים מאוד של ארכיטקטורת הבחירה בממשק המשתמש, כגון מיקום כפתור "קנה" וכו', כדי למקסם את שיעור ההמרה (שיעור הצרכנים שממשיכים לבצע רכישה לאחר ביקור באתר מסחר אלקטרוני) ולתת לצרכנים אשליה של שליטה. כתוצאה מכך, גודל ההשפעה של דפוסים אפלים על קבלת ההחלטות של הצרכנים יכול להיות גדול משמעותית מאלו של טקטיקות מניפולטיביות המופעלות בחנויות פרונטליות. ניתן להתייחס לשימוש באלגוריתמים שמבצעים התאמות שיווק כמבחנים/ניסויים ללא פיקוח שמטרתם למקסם את הרווחים מהפרקטיקות המטעות בהן הם משתמשים. כמו כן, לדפוסים אפלים ישנה השפעה גדולה יותר על קבלת ההחלטות של הצרכנים בגלל אסימטריה במידע, לעסק יש יותר שקיפות על התנהגות הצרכנים בהשוואה לחוסר המידע של הצרכן על התהליכים העסקיים של העסק.

שלישית, היקף הצרכנים שניתן להגיע אליהם באמצעות דפוסים אפלים הוא בעלות נמוכה, במיוחד בפלטפורמה מרכזית מקוונת, לעומת שיטות מקבילות לא מקוונות בחנויות פיזיות, כך שפוטנציאל הפגיעה בצרכנים גדול משמעותית.

ישנם אלו המפרשים חלק מהפרקטיקות שעשויות להיחשב כדפוסים אפלים בהקשרים אחרים. לדוגמה המלצות המבוססות על היסטוריית רכישות עשויים להוביל את הצרכנים להשקיע יותר זמן או כסף מהמתוכנן בפלטפורמה, אולם צרכנים אחרים עשויים להעדיף לקבל תכונות (features) אלה כי הם מאפשרות להם למצוא בקלות מוצרים או תוכן שמעניין אותם. דוגמה נוספת היא הצגת מחסור או פופולריות של מוצר (במידה והמידע אכן נכון) שחלק מהצרכנים עשויים ליחס משקל יתר לפופולריות של המוצר בעוד שלחלק אחר של הצרכנים זה עשוי לספק מידע שימושי לגבי רמת הביקוש למוצר ולכן ישנה ביקורת על הגדרת פעולה זו כדפוס אפל (Luguri and Strahilevitz, 2021).



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



ההבחנה בין שיטות שיווק לגיטימיות לבין דפוסים אפלים היא הכרחית כדי לשרטט את הגבולות של דפוסים אפלים. בבסיס הדפוסים האפלים יש להתייחס להשפעת דפוסים אלו על היכולת של הצרכנים לבצע בחירות חופשיות ומושכלות יחד עם הסבירות לגרום נזק לצרכן.

Luguri and Strahilevitz (2021) במחקרם, מציעים הבחנה לסוגייה זו. לטענתם, רוב הדפוסים האפלים שואפים לתמרן את הצרכן לבחירה שאינה עולה בקנה אחד עם העדפותיו, בעוד שמאמצי השיווק שואפים לשנות את העדפותיו של הצרכן מבלי הצורך בתמרון.

ישנם טכניקות שיווק שקיימות זמן רב גם באופן מקוון וגם בחנויות פיזיות, שמבצעות במידה מסוימת מניפולציות על הצרכנים, אך נחשבות נורמליות ע"י הצרכנים ורשויות הצרכנים. לדוגמה אסטרטגיות תמחור פסיכולוגיות נפוצות, של 4.99 דולר במקום 5 דולר שהוכחו כמעודדים צרכנים לשלם יותר ממה שהם היו משלמים בדרכים אחרות שאינן ידועות לצרכן (Repetto and Solís, 2020). דוגמאות לכך הן ארכיטקטורת הבחירה בסופרמרקטים אשר נועדה לרוב לנצל הטיות צרכנים ע"י הצבת מוצרים עם רווח גבוה עבור העסק בגובה העיניים או הצבת פירות וירקות בכניסה כדי שהצרכנים ירגישו פחות אשמים על בחירת מזון לא בריא לאחר מכן.

4.5 מקורם של דפוסים אפלים והתמריצים להשתמש בהם

המטרה הסופית של דפוסים אפלים היא להגדיל את ההכנסות של העסק, בין אם במונחים של מכירות או במונחי תשואה מפרסום. העסקים עושים זאת במגוון דרכים, כאשר מטרותיהם:

1. לגרום לצרכנים לבצע רכישה או לרכוש יותר ממה שהתכוונו.
2. להמשיך לרכוש מוצר או שירות שלולא השיווק לא היו רוכשים או שהיו רוכשים בכמות פחותה.
3. לבזבז זמן באתר העסק יותר מהרצוי.
4. לספק לעסק יותר נתונים אישיים מהרצוי.

דפוסים אפלים משקפים את ההשפעות השיווקיות במורד הזרם של אסטרטגיה ארגונית רחבה יותר ולכן קשורים באופן בלתי נפרד למודל העסקי הבסיסי. לדוגמה, דפוסים אפלים שגורמים לצרכנים לספק מידע אישי רב יותר מהדרוש או מניפולציות הגורמות לצרכן לבלות יותר זמן באתר עשויים לתמוך במודל עסקי הכולל לכידת תשומת לב של צרכנים ואיסוף נתונים על צרכנים לצורכי פרסום עתידי. דפוסים אפלים המכריחים רישום למנוי ניסיון חינוכי לתקופת זמן מסוימת, מחדשים אוטומטית את הרכישה המקורית ללא הסכמה מפורשת של הצרכן או מקשים על ביטול המנוי, עשויים לתמוך במודל עסקי הכולל הרחבה מהירה של בסיס המשתמשים המקוונים.

ניתן להסיק מכך שדפוסים אפלים אינם נוצרים במקרה. מעצבים אכן מקבלים לעיתים קרובות תמריצים לפתח ממשקי משתמש בעלי ביצועים טובים במונחים של מדדים רלוונטיים למודל העסקי (למשל שיעורי המרה, מכירות, זמן שהייה באתר, נתונים שנאספו). בדיקות A/B עוזרות לקבוע אילו ממשקי משתמש מתפקדים בצורה הטובה ביותר על פי מדדים אלו, ולעיתים קרובות אלו המשתמשים בדפוסים אפלים מתפקדים טוב יותר (Narayanan et al., 2020; Brignull, 2021). עם זאת, ישנן דוגמאות רבות למודלים עסקיים מקוונים מצליחים הנשענים על ממשקי משתמש שאינם משלבים דפוסים אפלים. יתר על כן, מעצבים עשויים לעיתים קרובות להשתמש בדפוסים אפלים ללא כוונות זדוניות או חוסר מודעות לכך שהממשקים שלהם משלבים דפוסים אפלים (Willis, 2020). מחקרים אכן מראים כי מעצבים חשים לעיתים קרובות מוטיבציה לפעול בצורה אתית, אך עלולים להיות מוגבלים ביכולתם לעשות זאת עקב לחצים מסחריים או הבנה מוגבלת ביכולתם להשפיע על החלטות הצרכנים. (Beattie, Lacey and Caudwell,)



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



(2020). יתרה מכך, כאשר עיצוב הממשק מתבצע אוטומטית באמצעות אופטימיזציה אלגוריתמית, ייתכן שלא יהיה מעצב אנושי המיישם באופן פעיל דפוס אפל (Willis, 2020).

השימוש בדפוסים אפלים מסוימים, כגון סימני מחסור או הודעות על פעילות, מתאפשרים לעיתים על ידי צד שלישי המספק את היכולת ליצור וליישם דפוסים אפלים באתרי מסחר אלקטרוני, לעיתים קרובות על ידי תוספים (Mathur et al, 2019). בתגובה להכנסת תקנה כללית להגנה על מידע באיחוד האירופי (2016/679 GDPR), צצו פלטפורמות צד שלישי לניהול הסכמה כדי להקל על הטיפול בהסכמה למעקב באתרי האיחוד האירופי באמצעות הודעות הסכמה אשר מכילות דפוסים אפלים בעיצוב ממשקי המשתמש שלהם.

כוחות השוק עשויים ללחוץ על עסקים מקוונים להשתמש בדפוסים אפלים, במיוחד כאשר הם אינם אסורים בבירור, כדי להישאר תחרותיים. מחקרים הוכיחו כי הימצאות של הטיות צרכניות בשווקים תחרותיים, עשויים להיות תמריצים גדולים יותר לחברות לעסוק בניצול התנהגותי כגון drip pricing (Gabaix and Laibson, 2006). הסביבה נטולת המחסומים של השווקים המקוונים עשויה לתרום עוד יותר לעסקים העוסקים ב"מרץ לתחתית" (race to the bottom) באמצעות דפוסים אפלים (Leiser, 2020). ועדת סטיגלר לפלטפורמות דיגיטליות ציינה שעסקים המעוניינים להימנע מדפוסים אפלים עלולים להתקשות להתחרות כאשר הצרכנים אינם מסוגלים לזהות או התרגלו לדפוסים אפלים שבשימוש בשוק ולכן אינם מתעדפים עסקים שאינם משתמשים בדפוסים אפלים (Stigler Committee, 2019).

גם אם דפוסים אפלים אגרסיביים מסוימים עלולים להרחיק חלק מהצרכנים, ההכנסה המוגדלת מרוב הצרכנים שעליהם הם יעילים עשויה עדיין לתמרץ את השימוש בהם, לאורך זמן עסקים עשויים לנסות לקבוע את השימוש הממקסם את הרווחים בדפוסים אפלים (Egberts, 2021). בארה"ב, לדוגמה, מפיץ כרטיסים גילה ב-2015 באמצעות ניסוי שכאשר מסתירים עמלות חובה עד לשלב הסופי בעסקה לקוחות הוציאו על כרטיסים יותר מ-20% לעומת חשיפת העמלות בתחילת העסקה. בעקבות כך, החברה שבה להסתיר את העמלות חובה שלה כדי להישאר תחרותית (Sarinsky, 2021). עם זאת, במידה שהצרכנים מזהים ודוחים דפוסים אפלים, כמה פרשנים הציעו כי כל רווח בטווח הקצר שעסק מקוון מקבל עקב שימוש בדפוסים אפלים צפוי לגרום להפסד בטווח הרחוק (Brownlee, 2016).

4.6 שכיחות של דפוסים אפלים

דפוסים אפלים נפוצים באתרי מסחר מקוונים, באפליקציות, בהודעות הסכמה לקובצי cookie, במנועי חיפוש ובמשחקים. עם זאת, שכיחות הדפוסים האפלים שזוהתה ע"י החוקרים אינה אחידה, בשל מגוון גורמים כולל מתודולוגיית המחקר המיושמת.

דוגמאות מהמחקרים לשכיחות של דפוסים אפלים:

- 11.1% מתוך כ-11,000 אתרי מסחר אלקטרוני פופולריים שנבדקו הציגו דפוסים אפלים (Mathur et al., 2019).
- סריקה (sweep) שנערכה ע"י הארגון הבין לאומי לאכיפת הגנת הצרכן (ICPEN) בשנת 2019 מצאה ש-24% מ-1,754 אתרי אינטרנט/ אפליקציות מסחר אלקטרוני שנחקרו הציגו "dark nudges" (ICPEN, 2019).
- 80% מהאפליקציות הפופולריות ביותר לילדים הכילו לפחות תכונת עיצוב מניפולטיבית אחת (Radesky et al., 2022).



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



- 95% ממדגם של 240 אפליקציות פופולריות הכילו לפחות דפוס אפל אחד ו- 49% מהאפליקציות שנדגמו כללו שבעה דפוסים אפלים או יותר בממשקי המשתמש שלהם (Di Geronimo et al., 2020).
- 97% מ- 75 אתרי מסחר אלקטרוני ואפליקציות פופולריים באיחוד האירופי הכילו לפחות דפוס אפל אחד (EC, 2022).
- כל 105 השירותים המקוונים הפופולריים ביותר בחנות Google Play שהיה להם גם אפליקציה וגם אתר הכילו לפחות דפוס אפל אחד (Gunawan et al., 2021).
- כל 200 הקמעונאים המקוונים הפופולריים ביותר בארה"ב הכילו לפחות ארבעה מקרים של "impulse buying features" (Moser, Schoenebeck and Resnick, 2019).

הסוגים השכיחים ביותר של דפוסים אפלים שזוהו באתרי מסחר מקוון ובאפליקציות היו: טיימרים לספירה לאחור, התראות על מלאי נמוך, התראות על פעילות, המלצות מטעות, היררכיה מדומה של אפשרויות, בחירה מראש של אפשרויות ספציפיות, רישום כפוי או חשיפה של נתונים אישיים, פרסום סמוי, נדנד, הסתרת מידע חיוני, confirmshaming, וקושי לביטול השירות/ ביטול הסכמה/ opt out.

סוגים של דפוסים אפלים שפחות נפוצים הם הסתרת עלויות, פיתוי והחלפה, הגנבת פריטים לסל הקניות, מנוי נסתר, יצירת קושי בהשוואת מחירים או מחיקת חשבון, שאלות טריקיות וספאם מחברים.

דפוסים אפלים מבוססי עיצוב הם לא פחות נפוצים מדפוסים אפלים מבוססי טקסט.

התדירות הכוללת של דפוסים אפלים שזוהו באתרי מסחר אלקטרוני ובאפליקציות משתנות בצורה משמעותית בין המחקרים השונים. רבים מהאתרים והאפליקציות כוללים יותר מדפוס אפל אחד, במיוחד אלו הפופולריים.

השונויות בין המחקרים השונים בתדירות הדפוסים האפלים שזוהו עשויה להיות תלויה במספר גורמים:

- גרסת אפליקציה לעומת גרסת האתר- יכולה להיות שכיחות שונה של שימוש בדפוסים אפלים עבור אותו עסק בגרסת האפליקציה לעומת גרסת האתר.
- סוג האתר או האפליקציות שנדגמו- יש הבדל בשכיחות של דפוסים אפלים שונים בין סוגי אתרים, לדוגמה אפליקציית סחר קמעוני לעומת אפליקציית כושר.
- שיטת זיהוי- שימוש בסורק אינטרנטי לעומת זיהוי אנושי ע"י חוקרים.
- סוגי הדפוסים האפלים שנלקחו בחשבון- חלק מהחוקרים הכלילו דפוסים מסוימים (לדוגמה gamification) וחלק לא כללו אותם כחלק מהדפוסים האפלים. ישנן הגדרות שונות לדפוס אפל. לדוגמה, אם טיימרים ספירה לאחור או התראות על מלאי נמוך לא כללו מידע שקרי, אז הם לא נחשבו כדפוסים אפלים על ידי חלק מהחוקרים.
- סמכות שיפוט- מחקרים שבוצעו בתחומי שיפוט שונים עשויים לשקף הבדלים בפרקטיקות המותרות.

למרות השונויות בין המחקרים ביחס לשכיחות של דפוסים אפלים, הממצאים של המחקרים מאשרים כי דפוסים אפלים היא לא תופעה בשוליים. יש לציין שיתכן ועסקים מסוימים המשתמשים בדפוסים אפלים לא בהכרח התכוונו ספציפית להונות או לתמרן את הצרכנים, וגם כי קיימת חוסר הסכמה אם חלק משיטות העבודה הנהוגות נכללות תחת ההגדרה של דפוסים אפלים.



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



יש גם ממצאים לשכיחות של ישויות צד שלישי המאפשרות דפוסים אפלים. ישויות צד שלישי הם ישויות אשר דרכן מתבצעת ההטעיה או השימוש בדפוס האפל במקום דרך אתר העסק הרשמי והן המקלות על שיטות הטעיה וצפויות להפר את חוקי הצרכנות Mathur et al. (2019) זיהו בסריקת אינטרנט 22 ישויות צד שלישי המאפשרות יישום של דפוסים אפלים ב- 1,066 אתרי קניות מתוך כ- 11,000 אתרים שנדגמו, מתוכם שתי פרקטיקות המפורסמות בגלוי ומאפשרות מסרים מטעים. הם משמשות לעיתים קרובות כדי להקל על היישום של התראות פעילות הקשורות להוכחה חברתית באתרי מסחר אלקטרוני, שעשויות להיות שגויות או מטעות. ניתן לסווג ישויות אלו לשתי קבוצות, כאלו המספקות אך ורק אינטגרציה של התראות פעילות או כאלה המציעות מגוון שירותי שיווק המאפשרים לעיתים קרובות דפוסים אפלים אחרים כגון סימני מחסור. חלקם הציעו אפשרות להתאים את הודעות הפעילות להעדפות ולרקע של הצרכנים וחלקם פרסמו בגלוי את היכולת ליצור הודעות מזויפות של הוכחה חברתית.

5. השפעות ונזקים לצרכנים

דפוסים אפלים יכולים להשפיע באופן מהותי על קבלת ההחלטות של הצרכן. הם נפוצים ויעילים יותר במכשירים ניידים, באפליקציות, בממשקים לנייד ובשילוב השימוש שלהם באתרי אינטרנט.

5.1 השפעה של דפוסים אפלים על קבלת ההחלטות של הצרכנים ויכולת הזיהוי שלהם

נראה שלא כל הדפוסים האפלים בעייתיים לצרכן באותה מידה וישנם רמות שונות של אפקטיביות (Gray et al., 2018; Hurwitz, 2020). ממחקרים שונים עולה כי השימוש בדפוסים אפלים כגון הסתרת מידע, קושי בביטול השירות, ברירת מחדל, היררכיה מדומה, אישור חברתי ושאלות טריקיות יכולים להשפיע באופן מהותי על קבלת ההחלטות של הצרכן (Luguri and Strahilevitz, 2021). ה-CMA (UK Competition and Markets Authority) מצא ראיות משמעותיות לכוחן של הגדרות ברירת מחדל, drip pricing ומחיר ייחוס (CMA 2022). כמו כן, נמצא כי הדפוסים האפלים ברירת מחדל, היררכיה מדומה וקושי בביטול אפקטיביים במיוחד בהודעות הסכמה לקבצי cookie (Utz et al., 2019; Graßl et al., 2019; Machuletz and Böhme, 2021).

שילוב של דפוסים אפלים שונים מוביל לאפקטיביות מצטברת. Luguri and Strahilevitz (2021) הראו שהסתרת מידע בשילוב עם מכשול משפיעים על קבלת ההחלטות של הצרכנים יותר מאשר שימוש בכל דפוס אפל בנפרד. זה יכול לנבוע מאינטראקציות בין דפוסים אפלים או מהגדלת הסיכוי שלפחות דפוס אפל אחד יהיה אפקטיבי. ראיות אלה מספקות הקשר נוסף לממצאים שפלטפורמות מקוונות גדולות ורוב האפליקציות נוטות לכלול מספר דפוסים אפלים.

מעבר לכך, ממצאים מצביעים על אפקטיביות גדולה יותר של דפוסים אפלים במכשירים ניידים או במסכים קטנים יותר שבהם המידע פחות בולט (Utz et al., 2019; Strahilevitz, 2021). מחקרים אחרים תומכים בממצאים אלו ומראים שנדרש מאמץ קוגניטיבי גדול יותר כדי להבחין בין תוכן חדשות לבין פרסום סמוי במסכים ניידים (Amazeen, 2021).

יעילות ההשפעה על בחירת הצרכן משתנה בין סוגי הדפוסים האפלים השונים. לדוגמה, Luguri and Strahilevitz (2021) והאיחוד האירופי (EC 2022) מצאו שהסתרת מידע הייתה יעילה יותר בהשפעה על צרכנים מאשר דפוסים אפלים אחרים כמו אישור חברתי, סימון מחסור, confirmshaming או שימוש בשפה מניפולטיבית רגשית (toying with emotion). ממצאים אמפיריים אחרים מצביעים על יעילות מעורבת של סימון מחסור (scarcity cues) ביחס לאישור חברתי (social proof). באופן ספציפי, נמצא שגם אישור חברתי



וגם סימון מחסור הגבירו את שיעורי ההמרה או רכישה אימפולסיבית (Zacharioudakis and Sin et al., 2022; Teubner and Graul, 2020).

Luguri and Strahilevitz (2021) הראו שגם דפוסים אפלים שהם לכאורה קלים או עדינים (מתונים) ומעוררים תגובה מועטה מהצרכנים, יכולים להיות יעילים כמו דפוסים אגרסיביים. לדוגמה, לחצן שנבחר מראש "Accept and continue (recommended)" (ברירת מחדל והיררכיה מדומה) המשולבים עם לחצן "אפשרויות אחרות" (המקשה יותר לדחות מאשר לקבל) יכולים להיות יעילים כמו נדנוד או שימוש בשפה מניפולטיבית רגשית.

ספרות אמפירית עדכנית מצביעה על כך שהיעילות של דפוסים אפלים בהשפעה על הצרכנים עשויה להיות תלויה בין השאר ביכולת הזיהוי וההבחנה או בתפיסה שלהם:

- יכולת הזיהוי וההבחנה- יש צרכנים רבים שעיוורים לדפוסים אפלים (Di Maier and Harr, 2020; Geronimo et al., 2020) ויש צרכנים שמזהים בקלות רבה עיצובים מניפולטיביים. צרכנים אלו רואים את עצמם מושפעים מדפוסים אפלים בסבירות נמוכה יותר (Bongard-Blanchy et al., 2021).

- תפיסה- יש צרכנים המקבלים את השימוש בדפוסים אפלים עדינים כחלק מהחווייה הדיגיטלית (EC, 2022). האופי המטעה של דפוס אפל מורגש פחות כאשר העיצוב שלו מושך יותר ולכן נחשב לאמין יותר (Bhoot, Shinde and Mishra, 2020).

Bhoot, Shinde and Mishra (2020), Bongard-Blanchy et al. (2021) and Di Geronimo et al. (2020) מצאו ראיות לכך שישנם דפוסים אפלים כגון ביוש, סימון מחסור, המשכיות מאולצת ופיתוי והחלפה שהם קלים יותר לזיהוי לעומת דפוסים אפלים כגון קושי בביטול השירות, חשיפה כפויה, בחירה מראש של ברירת מחדל, הסתרת מידע ושאלות טריקות שהם קשים יותר לזיהוי. ניסיון קודם של הצרכן או מודעות לדפוס אפל יחד עם שימוש נפוץ שלו, הופכים אותו לפחות אפקטיבי (Bhoot, Shinde and Mishra, 2020). לדוגמה, טיימרים לספירה לאחור וביוש, עשויים להיות לא יעילים מכיוון שהם הפכו לדבר שבשגרה (Luguri and Strahilevitz (2021) ו- EC, 2022).

עם זאת, ישנם ממצאים לכך שצרכנים עשויים להיות מושפעים גם כאשר הם מודעים לכך שארכיטקטורת הבחירה משמשת נגדם (Loewenstein et al., 2015; Bongard-Blanchy et al., 2021), כך שהמודעות לבדה לא מספיקה כדי להגן על הצרכנים (CMA, 2022). בהתאם לכך, יכולת הזיהוי צריכה להיות קריטריון משני לתעודן מדיניות ואכיפה של דפוסים אפלים, לעומת קריטריונים אחרים של שכיחות, יעילות והפגיעה של דפוסים אפלים.

מחקרים מראים ששימוש ב"דפוסים בהירים" (bright patterns) מסוימים, כלומר עיצובי ממשק משתמש שמטרתם לכוון את הצרכנים לאפשרויות ידידותיות לצרכן, יכולים להיות אפקטיביים. אלה כוללים ארכיטקטורות בחירה המספקות לצרכנים אפשרויות הסכמה מפורטות יותר או שהופכות אפשרויות פרטיות ידידותיות לקלות יותר לבחירה מאשר אפשרויות פרטיות חודרניות, באמצעות ברירות מחדל שנבחרו מראש או מסגור אסתטי (Graßl et al., 2021; SERNAC, 2022).

מבחינת מדיניות ואכיפה של דפוסים אפלים, הקריטריונים צריכים להיות שכיחות, יעילות והפגיעה בצרכנים.



5.2 הנזקים של דפוסים אפלים לצרכנים

יש מחקרים על ההשפעות של דפוסים אפלים על קבלת ההחלטות של הצרכן, אולם יש פחות מחקרים על הערכת הנזקים האולטימטיביים שדפוסים אפלים גורמים לצרכן. הסעיפים הבאים בוחנים נזקים לצרכן במונחים של השפעות על האוטונומיה של הצרכן ופגיעה אישית ומבנית לצרכן.

3.2.1 פגיעה באוטונומיה של הצרכן

אוטונומיה אישית הוגדרה כיכולתו של הפרט לבצע בחירות חופשיות ומרצון, לקבל החלטות לגבי עצמו ולנתב את פעילותו. דפוסים אפלים פוגעים באוטונומיה האישית של הצרכנים במידה והם מובילים את הצרכנים לבצע בחירות אשר סביר כי לא היו מבצעים לולא הדפוס האפל, ובכך שוללים את יכולת הבחירה של הצרכן.

צמצום האוטונומיה באמצעות מניפולציה מקוונת יכול להוביל גם לנזקים קולקטיביים מעבר לתחום הצרכני, כגון איומים על הדמוקרטיה וחופש הביטוי.

3.2.2 נזק אישי לצרכן

3.2.2.1 הפסד כספי (financial loss) - ישנם הפסדים כספיים ישירים לצרכן כגון רכישת מוצר

שאינו לצרכן צורך בו או הוצאה כספית גבוה יותר מהמתוכננת. לדוגמה עלויות נסתרות, התגנבות לסל, סימון מחסור או drip pricing. כמו כן, ישנם הפסדים כספיים עקיפים לצרכנים כגון ברירת מחדל (למשל, גרסה יקרה יותר שסומנה כברירת מחדל). בדפוסים אפלים כמו מני נסתר או קושי בביטול השירות, ההוצאה הכספית הבלתי מכוונת עשויה להתרחש באופן שוטף ולהסתכם בהפסדים גדולים משמעותית מאלו שנגרמו מרכישות חד פעמיות.

3.2.2.2 פגיעה בפרטיות (Privacy harms) - דפוסים אפלים מסוימים גורמים לצרכן לשתף נתונים

אישיים יותר מהנדרש, מה שעלול לחשוף אותו לסיכונים נוספים. דוגמאות לכך הם הגדרות חודרניות לפרטיות כברירת מחדל, שמקשות על הבחירות הקשורות לפרטיות או מידע שקשה לגשת אליו ו/או ביטול הסכמה (חשיפה כפויה, הסתרת מידע וקושי בביטול השירות) או דנדוד וביוש הצרכן לקבלת הסכמה להגדרות חודרניות לפרטיות. הערכת היקף הנזק בפגיעה בפרטיות היא מאתגרת יותר מפגיעה כספית, שכן אין אינדיקטור שניתן לכמת אותו וכיוון שהצרכנים כלל אינם מודעים לפגיעה בפרטיותם. צרכנים גם עשויים להתקשות בהערכת הנזק הנובע מעסקה שכוללת את פרטיהם האישיים, בגלל הקושי לבצע הערכה בין החלופות של התועלת המוחשית והמיידית לטווח הקצר של השימוש בשירות לבין העלויות של אובדן פרטיות פוטנציאלית לטווח הארוך.

במידה ונחשיב את הצרכנים כ"משלמים" עבור עסקאות מקוונות לא כספיות ע"י ברטר (סחר חליפין)/ החלפה של הנתונים האישיים או זמן הקשב שלהם, אז הנזק כ"מחיר נתונים" גבוה יותר ממה שהם היו בוחרים בצורה חופשית בתמורה לאיכות השירות.

3.2.2.3 נזק פסיכולוגי ואובדן זמן (Psychological detriment and time loss) - הנזק הפסיכולוגי

מתייחס למצוקה רגשית, כגון תסכול, תחושות של בושה והונאה והעומס הקוגניטיבי של הוצאת אנרגיה מיותרת או תשומת לב, מה שעלול להוביל לאובדן זמן. תסכול ועומס קוגניטיבי עלולים לנבוע מניצול האינרציה של הצרכנים או כוח רצון מוגבל, טווח הקשב או הזמן, למשל ע"י הנחיה חוזרת לצרכן להסכים להגדרות מסוימות (נדנד), להקשות על ביטול לעומת רישום קל ומהיר או לבחור את הבחירה המתאימה לעסק (שאלות טריקיות).



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



דפוסים אפלים שלוכדים את תשומת הלב של הצרכן לפרקי זמן ממושכים עשויים להיחשב כממכרים כמו הפעלה אוטומטית בפלטפורמות מדיה חברתית ובמשחקי וידאו קופסאות של נחשבו כמשלבות דפוסים אפלים הגורמים להתמכרות, במיוחד עבור ילדים. הם אופיינו כסוג של "הימור" בשל השימוש שלהם באלמנטים הנראים בדרך כלל במכונות מזל-וכ- "predatory monetisation schemes" מכיוון שהם מסווים את העלות הכוללת שלהם לטווח הארוך עד שהשחקנים כבר יהיו מחויבים כלכלית ופסיכולוגית.

דפוסים אפלים גורמים לרגשות שליליים ותגובות פיזיולוגיות אצל צרכנים, רגשות כגון עצבנות, תסכול ותחושת מרמה, הצרכן הופך מוטרד משמעותית, עלול לחוש מצוקה, עוינות ותוקפנות, ותגובות פיזיולוגיות כמו עליה בדופק, תנועות עיניים מהירות יותר ולחיצות עכבר לא סדירות שיכולים להצביע על חרדה וערנות רבה יותר. לא בהכרח כל הדפוסים האפלים גורמים לתגובה רגשית.

נזקים אלו עשויים להצטבר כאשר מספר דפוסים אפלים מופעלים בו זמנית ולעיתים קרובות קשורים זה בזה (למשל אובדן כספי ואובדן פרטיות עלולים להוביל גם לפגיעה פסיכולוגית).

3.2.3 נזק מבני לצרכן (Structural consumer detriment)

השפעה מצטברת על הצרכנים באופן קולקטיבי, גם כאשר הנזקים בלתי מורגשים ברמת הפרט. ניתן לבחון השפעות אלו במונחים של תחרות, אמון הצרכנים ומעורבות בשוק.

3.2.2.4 החלשה או עיוות התחרות (Weaker or distorted competition) - ערעור והשפעה על התחרות, דוגמאות לכך הם עיכוב או הרתעה בהשוואת הצעות במהלך תהליך הרכישה, drip pricing, סימון מראש של ברירת מחדל ורמזים למחסור. דפוסים אפלים אחרים יכולים לקבע את הצרכנים לשירותים קיימים ולהפריע למעבר לשירות אחר, כגון רישום כפוי, מנוי נסתר, ודפוסים אפלים שקשה לבטל.

שימוש בדפוסים אפלים עשוי להגדיל את מכירות החברות ולאפשר גישה לנתונים אישיים ובכך להשיג יתרון תחרותי על פני חברות שאינם משתמשות בדפוסים אפלים, מבלי להציע מוצרים או שירותים באיכות טובה יותר. כמו כן, חברות דומיננטיות עשויות להשתמש בדפוסים אפלים כדי לבסס עוד יותר את מעמדם בשוק.

דפוסים אפלים יכולים למנוע מהצרכנים את היכולת לבחור את החברה הטובה ביותר לפי היתרונות שהמוצר שלה מציע, ובכך לעוות את התהליך התחרותי בכללותו. יעילות השוק נפגעת משימוש בדפוסים אפלים. יש סיכונים ב"phishing equilibrium" לא אופטימלי כאשר עסקים נאלצים להשתמש בשיטות מטעות כדי להתחרות, כתוצאה משילוב של אסימטריה במידע וכשל שוק התנהגותי.

3.2.2.5 ירידה באמון הצרכנים ומעורבותם (Less consumer trust and engagement) - חלק ניכר מהתנהגות הצרכנים כלפי עסקים מבוסס על אמון וציפייה שהעסקים יפעלו בצורה חיובית וצפויה. במידה שדפוסים אפלים יערימו על הצרכנים לחשוף יותר מידע אישי או לשלם יותר מהרצוי, הם עלולים לגרום לחוסר אמון בעסקים המקוונים (במידה והצרכנים מודעים לדפוסים אלו) ולאורך זמן לגרום לצרכנים לאבד אמון בשווקים ובכוחות השוק. גם אם צרכנים ילמדו להתנגד לדפוסים אפלים כמו טיימרים שקריים לספירה לאחור, התנגדות כזו עלולה לגרום לפגיעה בצרכנים ובעסקים, ולסכן עוד יותר את התחרות הבריאה במידה והצרכנים יפסיקו לבצע קניות ולפקח על עסקים לא הגונים.



5.3 פגיעות צרכנים לדפוסים אפלים

דפוסים אפלים מתוכננים כדי לנצל הטיות קוגניטיביות והתנהגותיות מסוימות כדי להוביל צרכנים לקבל החלטה שאולי לא היו מקבלים אחרת. צרכנים מטבעם פגיעים יותר לדפוסים אפלים ביחס לשיטות מסחריות אחרות שאינן נושאות את אותה אפשרות של מניפולציה צרכנית.

הדחיפות להסדרת דפוסים אפלים נובעת מכך שבעלי עניין רבים זיהו את הפגיעות המוגברת לדפוסים אפלים של תת קבוצות מסוימות של צרכנים. קבוצות אלו בסבירות גבוהה יכללו את אלו שכבר נמצאים בחסרונות חברתיים מסוימים כגון קשישים עם כישורי טכנולוגיה פחות מפותחים או אנשים פחות משכילים. כמו כן, ילדים רגישים יותר לדפוסים אפלים מאשר מבוגרים⁴ בגלל חמישה הבדלים: יכולות מנהליות לא מפותחות, יצירת יחסים דמיוניים עם דמויות, רגישות לתגמול, אדישות או חוסר בקיאות בפרטיות המידע וחוסר הבנה של מטבעות וירטואליים.

דפוסים אפלים שתועדו בספרות עד כה פעלו באותו אופן על כל הצרכנים, ללא קשר לתכונותיהם האישיות או התנהגותם. עם זאת, חלק מהחוקרים חוזים כי לאורך זמן עסקים יוכלו יותר ויותר להתאים אישית דפוסים אפלים, מה שיקל על מיקוד הפגיעה בצרכנים.

עסקים שמסוגלים לכוון דפוסים אפלים לצרכנים מסוימים בהתבסס למשל על מקום מגוריהם, מחלות שהם סובלים מהם וכו' יגרמו לצרכנים להיות פגיעים יותר. אפשרויות אלה מרחיבות את ההגדרה המסורתית של "צרכנים פגיעים" למערכת רחבה יותר של נסיבות מעבר להגדרה באמצעות מאפיינים דמוגרפיים.

6. אמצעי אכיפה ורגולציה לטיפול בדפוסים אפלים

ישנה הסכמה רחבה בקרב החוקרים שלא סביר שכוחות השוק לבדם יוכלו לטפל בדפוסים אפלים בצורה משביעת רצון, וששווקים תחרותיים עשויים למעשה לתמרץ יותר שימוש בדפוסים אפלים במקום להפחית את השימוש. בהתאם לכך, רשויות צרכנים והגנת המידע פעלו בטיפול בדפוסים אפלים על בסיס חוקים רלוונטיים. אלו כוללים חוקי הגנת הצרכן המבוססים על עקרונות או באופן ספציפי שאוסרים על שיטות מטעות ופרקטיקות לא הוגנות עם דפוסים אפלים, בנוסף, קיימים חוקי הגנת פרטיות המחייבים לבצע עסקאות ברמה מתאימה של שקיפות או הסכמה שאינם עולים בקנה אחד עם דפוסים אפלים מסוימים.

האיחוד האירופי

הנציבות האירופית (EC- European Commission) וה- ACM (Netherlands Authority for Consumers & Markets) מייעצים שהאיסורים המבוססים על העקרונות של ה- EU Unfair Commercial Practices Directive) על שיטות עבודה בלתי הוגנות - פעולות מטעות, השמטות או שיטות אגרסיביות, יכולים כל אחד מהם לחול על דפוסים אפלים. (כיוון שהם גם מעוותות באופן מהותי את ההתנהגות הכלכלית של הצרכן הממוצע וגם מנוגדות לדרישות של הקפדה מקצועית). נספח I ב- UCPD מכיל רשימה שחורה של פרקטיקות ספציפיות שיכולות לחול על דפוסים אפלים ספציפיים. דוגמאות: פרקטיקה מס' 7 ברשימה מתייחסת להצהרות מטעות של זמן מוגבל (רלוונטי לטיימרים ספירה לאחר מטעים), פרקטיקה מס' 11 מתייחסת לשימוש בתוכן ערוך במדיה לצורך פרסום מבלי להבהיר זאת בתוכן (רלוונטי לפרסום סמוי), פרקטיקה מס' 18 מתייחסת להצהרות לא מדויקות על תנאי השוק (רלוונטי להודעות מלאי נמוך מטעות), פרקטיקה מס' 26 מתייחסת לשידולים מתמשכים ולא רצויים ע"י מדיה מרוחקת (רלוונטי לנדנד). דפוסים אפלים המכוונים לפגיעות של צרכנים בודדים או קבוצות ספציפיות

⁴ Radesky, J. (2021), Comments at US FTC workshop "Bringing light to dark patterns"



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



עלולים להוות סוג של מניפולציה שבה הסוחר מפעיל השפעה בלתי הוגנת על הצרכן, שזה אסור לפי פרקטיקות מס' 8 ו-9.

הנציבות האירופית, בעלי עניין וחוקרים מציעים שדפוסים אפלים רבים צפויים להפר חוקים אחרים של האיחוד האירופי, כולל ה-GDPR, הוראות זכויות יצרן (רלוונטי למנוי נסתר, עלויות נסתרות), הוראות תנאי חוזה בלתי הוגנים (רלוונטי לקושי לבטל) וכו'.

ארצות הברית

בארה"ב סעיף 5 של ה-FTC ACT מכיל איסורים המבוססים על העקרונות של מעשים או פרקטיקות מטעות ולא הוגנות. ה-FTC מחשיב מעשה מטעה כל ייצוג, פעולה או מחדל שהוא גם מהותי וגם עלול להטעות צרכנים הפועלים באופן סביר תחת הנסיבות (US FTC, 1984). פרקטיקת סחר בלתי הוגנת מוגדרת כפרקטיקה שגורמת או עשויה לגרום לפגיעה מהותית בצרכן, אינה נמנעת באופן סביר ע"י הצרכנים עצמם ואינה עולה על יתרונות המנוגדים לצרכנים או לתחרות. החוק האמריקאי קובע גם איסורים מפורשים על פרקטיקות ספציפיות המצויות בדפוסים אפלים, כגון פיתוי והחלפה, המשך חיוב הצרכן על סחורה או שירות אחרי התחלת העסקה ללא הסכמה מפורשת של הלקוח ועל קושי לבטל שירות.

ישנם דפוסים אפלים רבים שאינם חוקיים לפי חוקים פדרליים של ארה"ב או לפי חוקים האוסרים על שיטות מטעות ובלתי הוגנות. לדוגמה, סעיף 5 בחוק האוסר על מעשים מטעים במסחר מערער על קושי בביטול, הסתרת מידע, המשכיות כפויה, בחירה מראש, שאלות טריקות ופרסום סמוי.

אוסטרליה

בחוק הצרכנות האוסטרלי (ACL), schedule 2 של חוק התחרות והצרכנות 2010, מכיל הגנות כלליות מפני התנהגות מטעה, בלתי מתקבלת על הדעת ותנאי חוזה בלתי הוגנים שיכולים לשמש כנגד דפוסים אפלים. הוא מכיל גם הגנות ספציפיות מפני מגוון שיטות שעשויות להיות מעורבות בדפוסים אפלים מסוימים, כמו דרישת תשלום עבור סחורה או שירות לא רצויים (התגנבות לסל) ואי הצגה באופן בולט את המחיר הכולל של הסחורה או השירות (הסתרת עלויות).

במידה וחברות דומיננטיות משתמשות בדפוסים אפלים, דיני התחרות יכולים להוות כלי דרכו ניתן לטפל בהם, למשל חוקים נגד מונופול בארה"ב או ניצול לרעה של כוח שוק באוסטרליה.

6.1 חוקים והצעות חקיקה לטיפול בדפוסים אפלים

הצעות להסדרת החקיקה בנושא דפוסים אפלים מתמקדות בפלטפורמות מקוונות, בהתחשב בתפקיד המשמעותי שהן ממלאות בכלכלה הדיגיטלית, מבחינת קנה מידה, גישה לנתונים וחוסר איזון כוח ביחס לצרכנים. בחלק מתחומי השיפוט של ה-OECD כבר הוציאו מחוץ לחוק פרקטיקות הקשורות לדפוסים אפלים או הטילו מגבלות המקשות על השימוש בהם.

האיחוד האירופי

חוק השירותים הדיגיטליים של האיחוד האירופי (DSA) וחוק השווקים הדיגיטליים (DMA) משנת 2022 מציבים חובות ואיסורים חדשים על פלטפורמות מקוונות באיחוד האירופי. ה-DSA מגדיר דפוסים אפלים ואוסר על פלטפורמות מקוונות לעצב, לארגן או להפעיל ממשקים מקוונים באופן שמטעה, מתמרן או מעוות באופן מהותי או פוגע ביכולתם של מקבלי השירות שלהם לקבל החלטות חופשיות ומושכלות (EP, 2022). כמו כן, קובע ה-DSA שהאיחוד האירופי יוכל להוציא הנחיות כיצד האיסור חל ביחס לדפוסים אפלים



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



ספציפיים, במיוחד היררכיה מדומה, נדנד או קושי בביטול השירות, וכי האיסור אינו חל על שיטות עבודה שכבר נכללו ע"י UCPD ו-GDPR. בנוסף, ה-DMA יאסור על שימוש בדפוסים אפלים כדי לעקוף את המחויבויות שהוא קובע על פלטפורמות מקוונות בעלות תפקיד מערכתי בשוק הפנימי של האיחוד האירופי ("שומרי סף", "gatekeepers").

ארצות הברית

בשנת 2019 הציגו לראשונה סנאטורים בארה"ב את חוק ה-DETOUR שיאסור על פלטפורמות מקוונות גדולות להשתמש בדפוסים אפלים כדי להערים על צרכנים לספק לעסק נתונים אישיים לא נחוצים אודותיהם. בנוסף, הוא יאסור על פלטפורמות כאלה לחלק לקבוצות משנה או לפלח צרכנים למטרות ניסויים התנהגותיים ללא הסכמה מדעת של הצרכן ותחייב אופרציות מקוונות גדולות להקים ועדת ביקורת פנימית עצמאית כדי לפקח על שיטות עבודה כאלה ולהגן על רווחת הצרכן. אין בחוק הגדרה של דפוסים אפלים, אולם אין זה חוקי עבור פלטפורמה מקוונת גדולה לעצב, לשנות או לתפעל ממשק משתמש עם מטרה או השפעה ניכרת לטשטוש או פגיעה באוטונומיה של המשתמש, בקבלת החלטות או בבחירה לספק נתוני משתמש.

בשנת 2020 עבר בקליפורניה חוק ה-CPR (California Privacy Rights Act) ונחשב לחקיקה הראשונה שמספקת הגדרה של דפוסים אפלים כ"ממשק משתמש שתוכנן או עבר מניפולציה עם השפעה ניכרת של ערעור או פגיעה באוטונומיה של המשתמש, בקבלת החלטות או בבחירה, כפי שהוגדרו עוד ברגולציה" (CPR/ Cal. Civ. Code § 1798.140(l)). במסגרת כך צוין שהסכמה שהושגה באמצעות דפוסים אפלים אינה מהווה הסכמה.

צרפת

בשנת 2019 סנאטורים בצרפת הציעו הצעת חוק להבטחת הבחירה החופשית של הצרכן במרחב הווירטואלי, שבגרסה מאוחרת יותר (2020) הכילה הוראות לאסור על פלטפורמות מקוונות לעצב, לשנות או לעשות מניפולציה על ממשק משתמש במטרה להשפיע, לערער או לשנות את האוטונומיה של הצרכן בקבלת החלטה או הסכמה.

הממלכה המאוחדת

בשנת 2020 המליץ ה-CMA להנהיג חובת "fairness in design" בפלטפורמות מקוונות כדי להשלים את חובת ה-"data protection by design" של ה-GDPR מבוססת על עקרונות המחייבים פלטפורמות לעצב ארכיטקטורת בחירה באופן שמעודד בחירה חופשית ומושכלת של צרכנים על פני השימוש בנתונים האישיים שלהם. הפלטפורמות ידרשו להוכיח עמידה בהתחייבות.

אוסטרליה

ה-ACCC סבר שיש לשקול באוסטרליה התחייבות מבוססת עקרונות המחייבת פלטפורמות להציג מידע ובחירות בצורה נגישה, מאוזנת, המאפשרת לצרכנים להפעיל את ההגדרות שלהם, בכפוף לפיקוח של גוף חיצוני, מה שיכול לתת מענה לדוגמה לדפוסים אפלים של היררכיה מדומה, נדנד וקושי בביטול השירות.



חוקרים תמכו בהצעות אלו ואחרות הדומות להן. Fletcher et al (2021) חושבים באופן ספציפי שהפלטפורמות המקוונות הגדולות צריכות לקבל אחריות כדי להבטיח שארכיטקטורת הבחירה שלהן תהיה ניטרלית. Costa and Halpern (2019) מציעים מנגנוני ממשל ופיקוח ספציפיים על פלטפורמות. באותו אופן, ועדת סטיגלר (2019) מציעה לכפות כללי ברירת מחדל "צרכניים", כללים המטילים הגדרות ברירת מחדל שלגביהן יש מגבלות מחמירות של ויתור על ברירת מחדל לטובת הגנה פחותה על הנתונים או הגדרות אחרות הידידותיות לצרכן. חוקרים אחרים הציעו סוגים שונים של מחויבויות על פלטפורמות מקוונות או עסקים מקוונים באופן כללי, כדי לטפל בדפוסים אפלים, כגון קוד אתי, תעודה חיובית של יושרה או מסגרת שירות אוניברסלית.

בדומה לחוק DETOUR המוצע בארה"ב, Fletcher et al (2021), ועדת סטיגלר מציעים ליישם כללים המסדירים גישה ושקיפות לתוצאות ניסוי על צרכנים (בדיקות A/B) של פלטפורמות מקוונות גדולות, כולל דרישה שהמידע על התוצאות יהיה זמין לחוקרים ולרגולטורים כדי לזהות דפוסים אפלים פוטנציאליים.

6.2 איסור על סוגים ספציפיים של דפוסים אפלים

מגוון תגובות הוצעו או יושמו כדי לאסור שימוש בדפוסים אפלים ספציפיים לא רק ע"י פלטפורמות מקוונות אלא על ידי עסקים מקוונים בכלל.

- כמה חוקרי הגנת הצרכן הציעו לאסור את השימוש בברירת מחדל שמחייב את הצרכן ל"opt out" (שימוש במנגנון ברירת מחדל מניח הסכמה של הצרכן לאפשרות המועדפת על העסק ונדרשת פעולה אקטיבית כדי לבטל את הסכמתו על מנת להימנע מהתחייבות כספית, שימוש במנגנון זה גורם לצרכנים "לבחור" באפשרות הטובה יותר מבין החלופות עבור העסק ולא בהכרח עבור הצרכן עצמו).
- איסור על הודעות היוצרות תחושת דחיפות או מחסור שקריות.
- דרישה שהמחירים יוצגו מראש ובצורה בולטת ויכללו את כל העמלות והחייבים.
- איסור על עיצוב ממשק משתמש שפועל להפנות צרכנים באופן שגוי.
- וויסות ביקורות מזויפות, ספאם מחברים, מלכודות מנויים ודפוסים אפלים חודרי פרטיות.

רבות מההצעות הללו כבר יושמו בצורה כלשהי בתחומי השיפוט של ה-OECD. במקומות שעדיין לא עשו זאת החוקרים מציעים שניתן יהיה לחוקק רבים מהם באמצעות שינויים קלים בחוקים ובעזרת רגולציות קיימות או באמצעות חוק החלטות המפרש את אמות המידה הקיימות של התנהגות. יש הצעות הדורשות ניתוח רב יותר של יכולת האכיפה והשלכות לא מכוונות.

להלן פרטים נוספים על אמצעים נבחרים שנועדו לאסור סוגים ספציפיים של דפוסים אפלים:

- דפוסים אפלים "לא הוגנים" ו"פוגעניים" – סוגים מסוימים של דפוסים אפלים לא מהווים בבירור מעשים מטעים (כגון ביוש או נדנד) ולכן לא נכללים באיסורים מבוססי עקרונות על שיטות מסחריות מטעות בחוקי הצרכנות. הכללת צורות אחרות של איסורים מבוססי עקרונות עשויים לספק סמכות משפטית לטפל בדפוסים אפלים כאלה. באוסטרליה, למשל, שבה אין איסור כללי על שיטות מסחר בלתי הוגנות, ה-ACCC ופרשנים אחרים הציעו להכניס הוראה מוגדרת בקפידה וממוקדת האוסרת על שיטות מסחר בלתי הוגנות כדי לסייע בטיפול בדפוסים אפלים המונעים באופן משמעותי את בחירת הצרכן וגורמים נזק (ACCC, 2021).



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



- קושי בביטול השירות/opt out ומינויים נסתרים- מספר תחומי שיפוט הכריזו על בחינת חוקים לטיפול בדפוסים אלו. בארגנטינה, לדוגמה, בשנת 2020 הציגו תקנה המחייבת עסקים להציג באופן בולט כפתור לצרכנים המאפשר לבטל בקלות את הרכישה המקוונת של המוצר או השירות, ללא הליכים נוספים. בארה"ב בשנת 2022 פרסם ה- FTC הצהרת מדיניות אכיפה המבהירה שלפי חוקי ה- FTC הרשמה לשירות מחייבת את העסק לספק מידע ברור מראש, להשיג הסכמה מדעת של הצרכנים ולהפוך את הביטול לפשוט (US FTC, 2021).
- דפוסים אפלים הקשורים להסכמה- הצעת חוק שהוצגה בקנדה בשנת 2022, חוק יישום האמנה הדיגיטלית (Bill C-27), יאסור ויבטל הסכמה שהשוגה באמצעות מידע כוזב או מטעה או שימוש בפרקטיקות מטעות.
- דפוסים אפלים מבוססי בינה מלאכותית המשתמשים בטכניקות סאבלימינליות (תת הכרה) או מנצלים נקודות תורפה- בשנת 2021 הנציבות האירופית הציעה תקנה בנושא בינה מלאכותית שתאסור, בין היתר, מערכות בינה מלאכותית המאפשרות טכניקות סאבלימינליות או מנצלות נקודות תורפה הקשורות לגיל, מוגבלות פיזית או נפשית על מנת לעוות מהותית התנהגות צרכנית שגורמת לנזק פיזי או פסיכולוגי (EC, 2021).
- BEUC -Confirmshaming (2022) הציע כי השימוש בשפה וברגש על מנת לגרום לצרכנים לבחור או להימנע מבחירה או פעולה ספציפית, כמו רכישה (שתכלול ביוש) תיאסר באופן ספציפי כחלק מהרשימה השחורה של ה- UCPD.

6.3 פיתוח ארכיטקטורת בחירה דיגיטלית ידידותית לצרכן

אפשרות נוספת לטיפול בדפוסים אפלים כהשלמה לאיסורים הקיימים יכולה להיות הצעה לעסקים מקוונים לעמוד בדרישות לארכיטקטורת בחירה דיגיטלית ידידותית לצרכן. ארכיטקטורה ניטרלית אובייקטיבית, דפוס בהיר, המכוונת את הצרכנים לבחירות חופשיות שסביר להניח יהיו לטובתם ולא בהכרח לטובת העסק.

דפוסים בהירים (Bright Patterns) מאפשרים בחירה המשפרת את רווחת הצרכן או מקשה על ביצוע החלטה שמפחיתה את רווחת הצרכן. Strahilevitz and Luguri (2019) פיתחו בתחום הפרטיות תפיסה של כללי ברירת מחדל צרכניים, דרישות להגדרות שישקפו כברירת מחדל את ההעדפות או הציפיות של רוב הצרכנים. דפוסים בהירים שונים מאמצעי גילוי ושקיפות כיוון שהם מתייחסים לעיצוב ארכיטקטורת הבחירה של העסק ותהליך קבלת ההחלטות של הצרכן ולא למתן מידע לצרכן, ובכך עשויים להפחית מהצרכן את נטל העיסוק במידע.

דוגמאות לארכיטקטורת בחירה דיגיטלית ידידותית לצרכן כוללות עיצובי ממשקי משתמש המקלים על הצרכן בבחירת אפשרויות ידידותיות לפרטיות מאשר אפשרויות חודרניות לפרטיות, למשל ע"י בחירה מראש של ברירת מחדל או הבלטה חזותית והאפשרות לבטל את השירות באותו אופן שנרשמת אליו, למשל ע"י כפתור נגיש. Chugh and Jain (2021) מציעים לרגולטורים לפתח הנחיות או לחייב ממשקי משתמש ידידותיים לצרכן. לפעמים העדפות הצרכנים אינם ידועות או שאין העדפה ברורה לאופציה מסוימת, לכן חיוב של דרישות עיצוב מסוימות יכול להוות גם השפעה שלילית. במקרים כאלו, יתכן ויהיה אופטימלי יותר עיצוב ממשק המחייב את הצרכנים לבצע בחירה אקטיבית, ללא ברירות מחדל, הנחיות או אפשרויות הזמנה בצורה מסוימת. יתכן ויהיה צורך בבדיקות נוספות ובאמצעי הגנה אחרים כדי להבטיח שארכיטקטורת הבחירה הידידותית לצרכן תהיה אופטימלית.



6.4 הוצאת הנחיות רגולטוריות

בנוסף לפעולות האכיפה שלהן, מספר רשויות צרכנים והגנה על מידע פיתחו הנחיות לעסקים לגבי פרשנות חוקים הרלוונטיים לדפוסים אפלים, נתנו דוגמאות לשיטות עבודה טובות וניהלו קמפיינים להעלאת המודעות בקרב העסקים. דוגמאות להנחיות רגולטוריות:

- הנחיות מהנציבות האירופית וה- ACM בנוגע לדיני הצרכנות של האיחוד האירופי, ה- EDPB ומספר רשויות אירופאיות להגנת המידע בנוגע לחוקי הגנת המידע באיחוד האירופי על קבלת הסכמה.
- ה- FTC על האופן שבו היא מיישמת את החוק על פרקטיקות שיטות שיווק שליליות.
- הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן (ישראל) על השימוש באפשרויות ברירת מחדל כשהצרכן צריך לבטל את ההסכמה באופן אקטיבי.
- ה- ICO לגבי עיצובים חודרי פרטיות המכוונים לילדים.

הנחיות כאלה באות על גבי ההנחיות הקיימות שספציפיות לפרקטיקות מסוימות שהוכרו לא מכבר על ידי רשויות הצרכנים, למשל מלכודות מנויים (subscription traps), drip pricing והמלצות מזויפות. במקרים מסוימים הנחיות ישנות יותר עשויות להתעדכן כדי לתת את הדעת על דפוסים אפלים מסוימים, לדוגמה בשנת 2022, ה- FTC האמריקאי ביקש הערות פומביות על תיקונים להנחיות הקיימות בנושא פרסום דיגיטלי כדי לטפל טוב יותר בדפוסים אפלים.

ההנחיות יכולות לכלול גם דוגמאות ויזואליות של עיצובי ממשק משתמש מקובלים ואלו שלא מקובלים, שיפתחו בשיתוף פעולה עם בעלי עניין מרכזיים כגון עסקים מקוונים ואיגודי הסחר שלהם, מעצבי ממשק משתמש וארגוני צרכנים. ה- CNIL, למשל, פיתחה דוגמאות מעשיות של ממשקים שמטרתם לעזור למעצבים לעמוד ב- GDPR. באופן דומה, ה- EDPB פרסם קווים מנחים המציעים המלצות מעשיות ושיטות עבודה מומלצות למעצבים ולמשתמשים של פלטפורמות מדיה חברתית כיצד להעריך ולהימנע מדפוסים אפלים בממשקי מדיה חברתית המפרים את דרישות ה- GDPR. ה- BMUV גם פיתח דוגמאות לפרקטיקות טובות לבאגרים ידידותיים למשתמש ותואמים ל- GDPR במסגרת פרויקט בעלי עניין אירופאיים שונים. הנחיה כזו עשויה גם לעודד עסקים לבחון האם ממשקי המשתמש שלהם תואמים ומובילים לתוצאות טובות לצרכנים.

6.5 העצמת רשויות רגולטוריות לנקוט בפעולה כנגד דפוסים אפלים

בכמה תחומי שיפוט יושמו או הוצעו צעדים כדי להעצים רשויות רגולטוריות לטפל בדפוסים אפלים בקלות רבה יותר, כיוון שדפוסים אפלים חדשים עשויים להופיע במהירות או להופיע בשינוי קל של דפוסים קיימים במטרה להתחמק מהחוק. סמכויות כאלה עשויות להיות כרוכות ביכולת לקבוע כללים האוסרים או מגבילים דפוסים אפלים ספציפיים או הטלת קנס ישיר על עסקים עקב השימוש בהם. דוגמאות:

- בשנת 2021, ה- FTC האמריקאי הדגיש את החשיבות של טיפול בדפוסים אפלים, כולל ע"י אישור החלטות חדשות לתהליכים מחייבים במספר תחומי אכיפה מרכזיים, כגון התנהלות מטעה ומניפולטיבית באינטרנט הקשורה למניפולציה של ממשקי משתמש. החלטות אלו נועדו לאפשר חקירות מהירות יותר של התנהלות בתחומים אלה. חוק ה- DETOUR, למרות שהוא עדיין בשלבי חקיקה מוקדמים ביותר, יחייב את ה- FTC ליצור כללים המסדירים הסכמה מדעת, ועדות ביקורת עצמאיות וגופי תקינה מקצועיים.



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



- בשנת 2022, ממשלת בריטניה הסכימה לתת ל- CMA את הסמכות לאכוף ישירות חוקי צרכנות ולהטיל הנחיות וקנסות כספיים על עסקים ללא צורך לעבור בבתי משפט אזרחיים. אילו היה ל- CMA סמכויות כאלה בעבר, אז פעולות אכיפה שבוצעו במשך מספר שנים נגד דפוסים אפלים היו מהירים יותר.
- בשנת 2022, ה- ACCC הציעה כי חקיקה תוכל לספק לה או לרשות אחרת סמכויות לפתח וליישם כללים המסדירים פלטפורמות או שירותים דיגיטליים כדי להשיג מטרות או עקרונות כלליים הכלולים בחקיקה.
- הגדרה של דפוסים אפלים שאומצה ע"י ה- CCPA מסמיכה את ה- CCPA להרחיב את ההגדרות על שיטות עבודה המהוות דפוסים אפלים ע"י רגולציה.

חוקרים הציעו שרשויות צרכנים יהיו מוסמכות לקבוע תקנות רלוונטיות לטיפול בדפוסים אפלים, בכפוף לאמצעי הגנה מתאימים (Stigler Committee, 2019; Chugh and Jain, 2021). ישנם כאלו הטוענים שניתן להעניק לרשויות הצרכנים סמכות דומה לזו שיש בידי חלק מהרגולטורים על ניירות ערך שיכולים לאסור מוצרים פיננסיים מזיקים (CPRC, 2020). מעבר לכך, Willis (2020) מציע שבהיעדר חקיקה חדשה, רשויות צרכנים ובתי משפט עשויים לפרש גם איסורים כלליים הקיימים בדיני הצרכנות, למשל פירוש בדרכים חדשות, ביחס לפרקטיקות לא הוגנות או מטעות, אשר על אף שהן עדיין תואמות את רוח החוק הקיים, ואפשרו לטפל ביעילות בדפוסים אפלים.

6.6 טיפול בפגיעות צרכנים בדפוסים אפלים

חוקרים ומחוקקים במספר תחומי שיפוט הציעו איסורים על שימוש בפרקטיקות דיגיטליות מצד פלטפורמות ועסקים מקוונים, לרבות אלה הכרוכות בארכיטקטורת בחירה, שמפלות או פוגעות בדרך אחרת בצרכנים של קבוצות ספציפיות, כולל אלה שעשויים להיות פגיעים במיוחד לפרקטיקות מסוימות (Costa and Halpern, 2019; Fletcher et al., 2021). חלק מהחוקרים הציעו בנוסף לעגן בדיני הצרכנות את המושג של פגיעות דיגיטליות, המובן כתנאי אוניברסלי שחל באופן פוטנציאלי לכלל הצרכנים בשוק הדיגיטלי (Helberger et al., 2021).

לא תמיד הגברת אמצעי גילוי, חשיפת מידע ושקיפות מסייעים לצרכנים והם אף עלולים להגדיל את הנטל על הצרכן ולגרום לו לבצע בחירות שלא בהכרח יהיו לטובתו. לפי מספר מחקרים גם כאשר סיפקו מידע נוסף לצרכן לגבי הדפוס האפל, כגון מידע לגבי המחיר או בקשות ל- cookies, לא נצפתה הפחתה מובהקת סטטיסטית ביעילות של הדפוס האפל. המסקנה היא שהגברת השקיפות אינה מספיקה בהגנה על הצרכן ויש לשקול את דרך השימוש באמצעים אלו.

ניתן להגיע להגנה רחבה יותר על הצרכן מפני דפוסים אפלים על ידי רגולציה וכללים המשלבים איסורים עקרוניים ביחס לפרקטיקות שיכולות להיחשב "בלתי הוגנות" או "פוגעניות" ורשימות שחורות של פרקטיקות ספציפיות.

כיום בתחומי שיפוט מסוימים בוחנים האם ישנה פרקטיקות לא הוגנות או הטעיה של הצרכן לפי הערכת צרכן ממוצע או סביר, המתחשבים בגורמים חברתיים, תרבותיים ולשוניים. חוקרים מציעים שבתי המשפט יאמצו פרשנות שמשקפת טוב יותר את הצרכן כמקבל החלטות פגום, כלומר יפחיתו בהערכתו של הצרכן ובכך יאתגרו את הרף של הדפוסים האפלים. כפי שכבר צוין לעיל, נראה שעם הזמן יגבר השימוש בדפוסים אפלים מותאמים אישית, פרסונליזציה, בשילוב עם למידת מכונה, ויהיה מאתגר יותר להוכיח פגיעה בצרכנים בבתי המשפט, בין היתר כיוון שאין גישה לנתוני הניסוי של העסק. לכן יש לשקול שנטל ההוכחה



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



על אי פגיעה בצרכן יושת על העסק. במקרים של פרסונליזציה יש להתייחס לצרכן הממוצע כצרכן יחיד, כלומר הצרכן שעליו התמקדו בדפוס האפל.

דפוסים אפלים קשורים למגוון תחומי מדיניות מעבר למדיניות צרכנים, כגון פרטיות, בינה מלאכותית ותחרות. שיתוף פעולה ועבודה בין כלל הגורמים הרגולטוריים הרלוונטיים יכולה לקדם את הטיפול בדפוסים אפלים ולמנוע חפיפה בעבודה. לדוגמה, ניתן לטפל בשיטות מידע לא הוגנות ע"י חקיקה בחוק הצרכן, הגנה על נתונים, תחרות או הקמת פורום לטיפול משותף בנושא. שיתופי פעולה בין מדינות על דפוסים אפלים חשוב להפקת לקחים, פיתוח גישה משותפת והימנעות מפיצול רגולטורי.

עקב המשאבים המוגבלים של רשויות הצרכנים, יש להתמקד באיסוף ממצאים הקשורים לפגיעה בצרכנים (שכיחות, השפעות ופגיעה אישית ומבנית) לצורך קביעת מדיניות ומאמצי אכיפה בנושאים שגורמים לנזק רב לצרכן. דפוסים אפלים נפוצים ועילים יותר מצדיקים תשומת לב רבה יותר, אולם דפוסים פחות נפוצים אך עילים לא בהכרח מצדיקים את העלויות הכרוכות בכך. דפוסים אפלים שעשויים "ליפול בין הכיסאות" מבחינה משפטית, דורשים תשומת לב רבה יותר של קובעי המדיניות מאשר אלו שכבר נכללים תחת סמכויותיהם של רשויות הצרכנים. יכולת זיהוי של דפוסים אפלים צריכה להוות קריטריון משני במכלול השיקולים.

סוגים של ממצאים היכולים לסייע בקביעת סדרי העדיפויות בטיפול בדפוסים אפלים:

- זיהוי שכיחות של דפוסים אפלים ע"י סריקה ידנית או אוטומטית של צילומי מסך, ביקורת סלקטיבית של ממשקי משתמש וכלי סריקה המבוססים על למידת מכונה או שיתוף פעולה עם חוקרים שיש להם כבר יכולות סריקה מתקדמות. סריקת האינטרנט יכולה למנוע הטיה כתוצאה מהסתמכות על תלונות צרכנים או מודעות עצמית.
 - הערכת היעילות, יכולת הזיהוי והפגיעה מדפוסים אפלים ע"י שימוש בניסויים התנהגותיים וסקרי צרכנים. רגולטורים יכולים לבקש מעסקים החשודים כמשתמשים בדפוסים אפלים תוצאות של ניסויים (בדיקות A/B) וכדומה.
 - הערכת נתינת מענה הולם של מסגרות רגולטוריות לדפוסים אפלים ע"י ניתוח משפטי (סקירת פסיקה משפטית) ובמידת הצורך השוואות עם מסגרות רגולטוריות אחרות בתחומי שיפוט אחרים.
- שימוש בחלק מהכלים המוצעים דורש סמכויות חקירה שמומלץ למדינות לספק לרשויות הרגולטוריות שלהן.

המלצות להתמקדות בנושאים הבאים בתהליך התייעודף של מאמצי מדיניות ואכיפה:

- דפוסים אפלים באפליקציות ובמכשירים ניידים- יעילים יותר בהשפעה על הצרכנים ונפוצים יותר בניידים מאשר במחשבים ניידים.
- שילוב דפוסים אפלים- יש כוח מצטבר לריבוי בדפוסים אפלים בהשפעה על קבלת החלטות הצרכנים.
- דפוסים אפלים בפלטפורמות מקוונות גדולות, באתרים ובאפליקציות פופולריים- אתרים אלו נוטים להשתמש יותר בדפוסים אפלים.
- ישויות צד שלישי המאפשרות דפוסים אפלים- ישויות המקלות על שיטות הטעיה וצפויות להפר את חוקי הצרכנות.



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



- הגנה על צרכנים פגיעים יותר- צרכנים פחות משכילים, ילדים, צעירים או אנשים בסיטואציות של לחץ זמן נמצאו פגיעים יותר לדפוסים אפלים.
- טיפוח ארכיטקטורת בחירה דיגיטלית ידידותית לצרכן ("דפוסים בהירים")- ממשקי משתמש שעוזרים למשתמש לבצע בחירות לטובתו.

רשימה של דפוסים אפלים שנפוצים במספר תחומים (אתרי סחר, אפליקציות, הודעות בקשה ל-cookie, פלטפורמות אונליין מרכזיות ומנועי חיפוש) ויעילים בהשפעה על קבלת החלטות הצרכנים: קושי בביטול השירות, הסתרת מידע, היררכיה מדומה ובחירה מראש.

כאשר יש דפוסים אפלים שיש בהם פערים בראיות בנוגע לשכחותם, יעילותם, הנזק שהם גורמים ופערים משפטיים אפשריים, רשויות צרכנים, הגנה על נתונים וקובעי מדיניות צריכים להיות ערניים בנוגע אליהם ולאסוף ראיות נוספות כדי לקבוע ולחדד אמצעים וסדרי עדיפויות. בנוסף, בהתאם לדפוס האפל, הנזק ברמת הצרכן האישי עשוי להחמיר על ידי פגיעה קולקטיבית, כמו מבחינת השפעת התחרות. ההמלצה לקובעי ואוכפי מדיניות היא למקד בצורה מיטבית את מאמציהם באותם דפוסים אפלים שנמצאו כגורמים נזק על פני ממדים מרובים, במונחים של נזק אישי ומבני כאחד.

7. יוזמות חינוכיות, טכניות ועסקיות לטיפול בדפוסים אפלים

7.1 העלאת מודעות וחינוך צרכנים לגבי דפוסים אפלים

מספר רשויות צרכנים ערכו מסעות פרסום כדי להעלות את מודעות הצרכנים לדפוסים אפלים ולעזור לצרכנים להימנע מהם, כמו הרשות המקסיקנית להגנת הצרכן (PROFECO), ה-CMA והרשות להגנת הצרכן הפורואנית (Indecopi). חוקרים הציעו, תחת נסיבות מסוימות, התערבויות חינוכיות המבקשות לבנות יכולות קוגניטיביות אצל הצרכנים ואת יכולתם לשלוט בסביבה המקוונת (ידוע כ-boosting), כך שהם יוכלו להגן על עצמם באופן יעיל יותר מדפוסים אפלים. לדוגמה, עידוד אימוץ כללים פרוצדוראליים מסוימים לפני ביצוע בחירה (Kozyreva, Lewandowsky and Hertwig, 2020; Graßl et al., 2021; Bongard-Blanchy et al., 2021). ישנם ראיות לכך שהתערבויות ממוקדות להעלאת מודעות הצרכנים לדפוסים אפלים ופיתוח "אוריינות המניפולציה" או "אוריינות דיגיטלית ביקורתית" של הצרכנים עשויים לעזור להם לזהות ולהימנע מדפוסים אפלים (Magnusson, 2019; DITP & DGCCRF, 2021; Bell and Fitton, 2021; Di Geronimo et al., 2020).

מספר כלים פותחו או הוצעו לדיווח, העלאת מודעות או ביוש עסקים המשתמשים בדפוסים אפלים, לדוגמה אתר שנותן דוגמאות לדפוסים אפלים או אתר שבו צרכנים מדווחים על דפוסים אפלים.

7.2 דפדפן, אפליקציות וכלי תוכנה לזיהוי, הפחתה או הסרה של דפוסים אפלים

ישנם דפדפנים שצרכנים יכולים להשתמש בהם כדי לזהות או להפחית את השימוש בדפוסים אפלים, במיוחד אלו הקשורים לפרטיות. חוקרים ועסקים ביקשו לבנות כלי תוכנה לצרכנים כדי לטפל בדפוסים אפלים באופן סלקטיבי. Truebill, למשל, שואפת לסייע לצרכנים בזיהוי וביטול מנויים לא רצויים. פרויקט לזיהוי דפוסים אפלים (Dark Pattern Detection Project) שואף לבנות אפליקציה לזיהוי דפוסים אפלים המשתמשת בניחות טקסט מבוסס בינה מלאכותית כדי לזהות באופן אוטומטי דפוסים אפלים שאותם הצרכן יוכל לעצב מחדש. חלק מהדפוסים האפלים יידרשו זיהוי ע"י אימות ידני או שכלל לא יהיה ניתן לזהותם באמצעות סריקת אינטרנט עקב השונות באופן ההגדרה או היישום של הדפוס האפל. דוגמה לכך היא קושי בביטול המנוי שאולי לא ניתן יהיה לזהות זאת בזמן ההרשמה למנוי.



7.3 יוזמות של רגולציה עצמית ומשותפת וכלים לטיפול בדפוסים אפלים

קיימים מספר יוזמות רגולציה עצמית או משותפת של פרסום ושיווק המתייחסים לדפוסים אפלים, בכך שהם כוללים עקרונות הקשורים לפרסום מקוון, היבטים מסוימים של עיצוב ממשק משתמש ופרקטיקות אחרות במסחר מקוון.

לדוגמה, קוד הפרסום והתקשורת השיווקית (Advertising and Marketing Communications Code) של לשכת המסחר הבין לאומית (ICC) מכיל עקרונות המעודדים משווקים:

1. להיות ישרים ואמתיים ולא להטעות.
2. לא לנצל לרעה את אמון הצרכנים או חסר הידע שלהם.
3. להציג מידע שעשוי להשפיע על החלטות הצרכנים כך שהצרכן יוכל לקחת אותו בחשבון.
4. להשתמש בהמלצות אמתיות.
5. להגן על פרטיות הצרכן בעת איסוף הנתונים. לפי ה-ICC גופי רגולציה עצמית ב-42 מדינות פיתחו או מפתחים קודים לאומיים המבוססים על הקוד שלהם.

יש גופי רגולציה עצמית נוספים שמעודדים עקרונות לאימוץ גילויי מידע ברורים בנוגע לשימוש בנתונים הצרכנים ומנגנונים שקופים לצרכנים למימוש הבחירה שלהם לגבי הנתונים. לדוגמה, בצרפת גוף הרגולציה העצמית של הפרסום (ARPP) יישם כלי מבוסס בינה מלאכותית לאיתור הפרות של קוד הפרסום שלו, כולל שימוש בתיימרים מזויפים של ספירה לאחר.

בשנת 2018 השיק ה-BMUV את יוזמת האחריות הדיגיטלית התאגידית (CDR), המעודדת עסקים לקחת על עצמם אחריות גדולה יותר בתחום הדיגיטלי מעבר לדרישות החוק. היוזמה נתמכת ע"י ה-CDR Code ומכילה עקרונות שהחברות החתומות עליה מסכימות לדבוק בהם, לרבות מניעת נזק ואפליה של צרכנים, שקיפות, מחויבות למתן דין וחשבון וכיבוד האוטונומיה של הצרכן (BMUV, 2021). במסגרת יוזמת ה-CDR, ה-BMUV השיק פרויקט לפיתוח דוגמאות לבאנרים ידידותיים לצרכנים של קבצי cookie יחד עם בעלי עניין אירופאיים שונים מהמגזר הפרטי, החברה האזרחית והמגזר הציבורי.

בשנים האחרונות עלו קריאות בקרב קהילת העיצוב של UI/UX (ממשק משתמש/ חווית משתמש) להעלות את המודעות לדפוסים אפלים, להטיל את האחריות על העסקים באמצעות שיימינג ציבורי ולאמץ סטנדרטים אתיים לעיצוב ושיטות עבודה מומלצות. מעצבים הציעו שיהיה קוד אתי של פרקטיקה או סטנדרטים פורמליים שקהילת ה-UI/UX תעמוד בהם ושימת דגש רב לאתיקה בקורסי עיצוב UX.

ישנם הצעות לעסקים להשתמש במנגנונים שיבחנו את ארכיטקטורת הבחירה והתהליכים העסקיים שלהם כדי לזהות ולהפחית את השימוש בדפוסים אפלים.

אמצעי רגולציה ואכיפה משלימים

יוזמות של רגולציה עצמית או משותפת של עסקים כגון קודים של התנהגות ואתיקה יכולים למלא תפקיד חשוב בהגנה על הצרכנים מפני דפוסים אפלים ולספק הגנות נוספות מעבר לדרישות החוק או כאשר הם ממלאים תפקיד בפיקוח ואכיפה משלימים לרשות הצרכנית. ההצלחה של היוזמות תלויה במספר פרמטרים וסביר להניח שהם לבדם לא יהיו אמצעי מספק להגנה על הצרכן. בסקירה רחבה של יוזמות עצמיות ורגולציה משותפת נמצא כי כאשר לעסקים בתעשייה יש חלק משמעותי בהיגוי ובתכנון של יוזמות כאלה, יש סיכון לסטנדרטים נמוכים יותר בביצוע וערעור על יעדי המדיניות והרגולציה (McEntaggart, Etienne and Uddin, 2019). ועדת סטיגלר (2019) סברה שהניסיונות של התעשייה לרגולציה עצמית בארה"ב, כדי



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



לטפל בזכות לפרטיות, לא היו מוצלחות משום שהובילו לאכיפה וניטור רופפים. בנוסף, משתתפים בסדנה על דפוסים אפלים של ה-FTC בארה"ב בשנת 2021 מצאו שרגולציה עצמית עשויה לסייע, אך לא להחליף פעולות אכיפה אפקטיביות מצד רשויות צרכנים. (US FTC, 2021).

עם זאת, התעשייה יכולה למלא תפקיד חשוב בעבודה עם רגולטורים וקובעי מדיניות גם כדי לפתח תגובות מדיניות ישימות וגם כדי לבסס שיטות עבודה מומלצות, כחלק למשל מההנחיות הרגולטוריות. יתרה מזאת, עסקים המשתמשים בדפוסים אפלים יכולים להשיג יתרונות לא הוגנים על פני אלה שלא משתמשים בדפוסים אפלים, למשל ע"י הגדלת מכירות, החזקה בנתונים אישיים על הצרכן, זמן קשב רב יותר של הצרכנים ועל ידי הפרעה ליכולת של צרכנים לבחור עסקים מתחרים. מכאן שלעסקים יש תמריצים תחרותיים לחפש אכיפה חזקה של כללים המפחיתים שימוש בדפוסים אפלים על מנת לשמור על תחרות שווה.

באותה צורה אמצעיים חינוכיים, העלאת מודעות וכלים טכניים לצרכנים יכולים גם הם למלא תפקיד תומך בהגנה על הצרכנים מפני דפוסים אפלים. עם זאת, אסימטריות המידע המשמעותיות המאפיינות דפוסים אפלים, גורמות לכך שאפילו צרכן מושכל ובעל כלים טובים בדרך כלל לא יהיה במעמד שווה לעסק המשתמש בדפוסים אפלים. סביר להניח שמודעות לא תספיק כדי להגן על הצרכנים מפני רוב הדפוסים האפלים ואמצעי הגילוי והשקיפות מוגבלים ביעילותם בטיפול בדפוסים אפלים. בנוסף, ההתפתחות המהירה של דפוסים אפלים המאופיינת במורכבות ובהבחנה בדקויות, משמעותה שאמצעים אלו עשויים לעיתים קרובות להוות פתרונות לדפוסים האפלים קודמים ולא לספק פתרונות לדפוסים אפלים חדשים. לפיכך יש לראות גם באמצעים כאלה כמשלימים לאמצעי רגולציה ואכיפה חזקים.



8. ביבליוגרפיה

- Amazeen, M. (2021), "Native Advertising in a Mobile Era: Effects of Ability and Motivation on Recognition in Digital News Contexts", *Digital Journalism*, <https://doi.org/10.1080/21670811.2020.1860783>.
- Bell, B. and D. Fitton (2021), *Dark Patterns in Mobile Games: A Source of Online Risk for Youths?*.
- Bhoot, A., M. Shinde and W. Mishra (2020), "Towards the identification of dark patterns: An analysis based on end-user reactions", *ACM International Conference Proceeding Series*, pp. 24-33, <https://doi.org/10.1145/3429290.3429293>.
- Bongard-Blanchy, K. et al. (2021), *I am Definitely Manipulated, even When I am Aware of it. It's Ridiculous! - Dark Patterns from the End-User Perspective*, Association for Computing Machinery, Inc, <https://doi.org/10.1145/3461778.3462086>.
- Brignull, H. (2020), *Types of Dark Pattern*, <https://www.deceptive.design/>.
- Brignull, H. (2021), *Comments at US FTC workshop "Bringing Dark Patterns to Light"*.
- Narayanan, A. et al. (2020), "Dark patterns: Past, Present, and Future. The Evolution of Tricky User Interfaces", *Communications of the ACM*, Vol. 63/9, pp. 42-47, <https://doi.org/10.1145/3397884>.
- Bösch, C. et al. (2016), "Tales from the Dark Side: Privacy Dark Strategies and Privacy Dark Patterns", *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, Vol. 2016/4, pp. 237-254, <https://doi.org/10.1515/popets-2016-0038>.
- Chugh, B. and P. Jain (2021), "Unpacking dark patterns: Understanding dark patterns and their implications for consumer protection in the digital economy", *RGNUL Student Research Review*, Vol. 7/1, <http://rsr.in/wp-content/uploads/2021/04/UNPACKING-DARK-PATTERNS-UNDERSTANDING-DARK.pdf>.
- Costa, E. and D. Halpern (2019), *The behavioural science of online harm and manipulation, and what to do about it*.
- CPRC (2020), *UNFAIR TRADING PRACTICES IN DIGITAL MARKETS-EVIDENCE AND REGULATORY GAPS*.
- Di Geronimo, L. et al. (2020), *UI Dark Patterns and Where to Find Them: A Study on Mobile Applications and User Perception*, Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, <https://doi.org/10.1145/3313831.3376600>.
- DITP & DGCCRF (2021), *Sciences comportementales appliquées: mieux protéger le consommateur en ligne*.
- Drossos, D., M. Zacharioudakis and G. Dionysiou (2019), "Online traffic sources and persuasion techniques: How to change consumer behavior", *ICEEG 2019: Proceedings of the 2019 3rd International Conference on E-commerce, E-Business and E-Government*, pp. 80-84, <https://doi.org/10.1145/3340017.3342243>.
- EC (2022), *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation. Final Report*.
- Egberts, A. (2021), *Manipulation through Design: A Law and Economics Analysis of EU Dark Patterns Regulation*.
- Fansher, M., S. Chivukula and C. Gray (2018), *#Darkpatterns: UX Practitioner Conversations About Ethical Design*, <https://doi.org/10.1145/3170427.3188553>.



- Fletcher, A. et al. (2021), "Consumer Protection for Online Markets and Large Digital Platforms", *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3923588>.
- Gabaix, X. and D. Laibson (2006), "Shrouded attributes, consumer myopia, and information suppression in competitive markets", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 121/2, pp. 505-540, <https://doi.org/10.1162/qjec.2006.121.2.505>.
- Graßl, P. et al. (2021), "Dark and Bright Patterns in Cookie Consent Requests", *Journal of Digital Social Research*, Vol. 3/1, pp. 1-38, <https://doi.org/10.33621/jdsr.v3i1.54>.
- Helberger, N. et al. (2021), *EU CONSUMER PROTECTION 2.0 Structural asymmetries in digital consumer markets*.
- ICPEN (2019), *Internet sweep on the theme "dark nudges"*.
- Kozyreva, A., S. Lewandowsky and R. Hertwig (2020), "Citizens Versus the Internet: Confronting Digital Challenges With Cognitive Tools", *Psychological Science in the Public Interest*, Vol. 21/3, pp. 103-156, <https://doi.org/10.1177/1529100620946707>.
- Leiser, M. (2020), 'Dark Patterns': the case for regulatory pluralism, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3625637>.
- Loewenstein, G. et al. (2015), "Warning: You are about to be nudged", *Behavioral Science & Policy*, Vol. 1/1, pp. 35-42.
- Luguri, J. and L. Strahilevitz (2021), "Shining a Light on Dark Patterns", *Journal of Legal Analysis*, Vol. 13/1, pp. 43-109, <https://doi.org/10.1093/jla/laaa006>.
- Machuletz, D. and R. Böhme (2019), "Multiple Purposes, Multiple Problems: A User Study of Consent Dialogs after GDPR", *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, Vol. 2020/2, pp. 481-498, <https://doi.org/10.2478/popets-2020-0037>.
- Magnusson, J. (2019), *Improving Dark Pattern Literacy of End Users*.
- Maier, M. and R. Harr (2020), "Dark design patterns: An end-user perspective", *Human Technology*, Vol. 16/2, pp. 170-199, <https://doi.org/10.17011/ht/urn.202008245641>.
- Mathur, A. et al. (2019), "Dark patterns at scale: Findings from a crawl of 11K shopping websites", *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, Vol. 3/CSCW, <https://doi.org/10.1145/3359183>.
- Mathur, A., J. Mayer and M. Kshirsagar (2021), "What Makes a Dark Pattern... Dark? Design Attributes, Normative Considerations, and Measurement Methods", <https://doi.org/10.1145/3411764.3445610>.
- Mathur, A. et al. (2019), "Dark patterns at scale: Findings from a crawl of 11K shopping websites", *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*, Vol. 3/CSCW, <https://doi.org/10.1145/3359183>.
- McEntaggart, K., J. Etienne and J. Uddin (2019), *Designing self- and co-regulation initiatives: evidence on best practices. A literature review. BEIS Research Paper Number 2019/025*.
- Moser, C., S. Schoenebeck and P. Resnick (2019), "Impulse buying: Design practices and consumer needs", *Proceedings of the 2019 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI '19)*, <https://doi.org/10.1145/3290605.3300472>.
- Radesky, J. et al. (2022), "Prevalence and Characteristics of Manipulative Design in Mobile Applications Used by Children", *JAMA Network Open*, Vol. 5/6, p. e2217641, <https://doi.org/10.1001/jamanetworkopen.2022.17641>.



Sarinsky, M. (2021), *Stop the Hidden-Fee Rip-Off*,
<https://www.nytimes.com/2021/08/02/opinion/consumers-drip-pricing.html>.

SERNAC (2022), *CONSENTIMIENTO EN EL USO DE COOKIES: EVIDENCIA EXPERIMENTAL SOBRE EL IMPACTO DE LA PRIVACIDAD POR DEFECTO Y LOS PATRONES OSCUROS EN LAS DECISIONES DE LOS CONSUMIDORES*

Stigler Committee on Digital Platforms (2019), *Final Report*.

Strahilevitz, L. (2021), *Comments at US FTC workshop "Bringing Dark Patterns to Light"*.

Strahilevitz, L. and J. Luguri (2019), "CONSUMERTARIAN DEFAULT RULES", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 82/4, pp. 139-161.

Teubner, T. and A. Graul (2020), "Only one room left! How scarcity cues affect booking intentions on hospitality platforms", *Electronic Commerce Research and Applications*, Vol. 39, p. 100910, <https://doi.org/10.1016/J.ELERAP.2019.100910>.

Willis, L. (2020), "Deception by Design", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 34/1, pp. 115-190.

US FTC (2021), *Enforcement Policy Statement Regarding Negative Option Marketing*.

US FTC (1984), *FTC Policy Statement on Deception*.

US FTC (2021), *Transcript of online workshop "Bringing Light to Dark Patterns"*.

Utz, C. et al. (2019), "(Un)informed Consent: Studying GDPR consent notices in the field", *Proceedings of the 2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security (CCS '19)*, pp. 973-990, <https://doi.org/10.1145/3319535.3354212>.



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



9. נספח 1- קטגוריות של דפוסים אפלים

קטגוריה	שם של דפוס אפל	תיאור
פעולה כפויה (forced action)	רישום כפוי (Forced registration)	צרכן נאלץ להירשם או מוטעה לחשוב שהרישום הכרחי
	חשיפה כפויה (Forced disclosure / Privacy Suckering)	צרכן הוטעה או נאלץ לשתף מידע אישי יותר מהרצוי
	ספאם מחברים/ הונאות פירמידה חברתית/ התעלקות על רשימת אנשי קשר (Friend spam / Social pyramid) / Address book leeching	חילוץ מניפולטיבי של מידע על משתמשים אחרים
	משחק/ התמשחות (Gamification)	ניתן "להרוויח" היבטים מסוימים של השירות רק בשימוש חוזר ונשנה בשירות
התערבות בממשק (interface interference)	הסתרת מידע (Hidden information)	מידע חשוב שמוסתר ויזואלית
	היררכיה מדומה (False hierarchy)	הבלטה חזותית שניתנת להעדפות החברה או לגרסה של המוצר
	בחירה מראש (Preselection)	בחירה מראש של ברירת מחדל שמועדפת על העסק (למשל סימון ברירת מחדל של אפשרות יקרה יותר או אופציה עם פחות הגנה על הפרטיות)
	תמחור מטעה (Misleading reference pricing)	הצגת מחיר כהנחה ממחיר ייחוס מטעה או כוזב
	שאלות טריקיות/מכשילות (Trick questions)	עמימות מכוונת או ניסוח מסורבל (למשל שלילי כפול)
	מודעות מוסוות (Disguised ads)	הצרכן מונע ללחוץ על משהו שאינו פרסומת גלויה
	ביוש הצרכן (אישור שיימינג)/ שימוש בשפה מניפולטיבית רגשית (Confirmshaming / Toying with emotion)	שימוש בשפה מניפולטיבית רגשית כדי לגרום לצרכן לבחור באפשרות מסוימת
נדנד (nagging)	נדנד (Nagging)	בקשות חוזרות ונשנות לעשות משהו שהפירמה מעדיפה
מכשול (obstruction)	קושי בביטול השירות/ קל להיכנס קשה לצאת Hard to cancel or opt out / Roach motel / Click fatigue / Ease	אסימטריה בקלות ההרשמה או ההצטרפות לשירות או בחירה ידיוותית לפירמה לעומת הקושי בביטול השירות או ביטול ההסכמה
	מניעת השוואת מחירים (Prevention (Price) comparison)	מניעת יכולת השוואה של מחיר או תוכן
	חשבוניות בני אלמוות Immortal accounts	לא ניתן למחוק פרטי חשבון
	מטבע ביניים (Intermediate currency)	רכישה במטבע וירטואלי כדי לטשטש עלויות
התגנבות (sneaking)	התגנבות לסל הקניות Sneak into basket	פריט שהצרכן לא הוסיף נמצא בסל/עגלת הקניות
	עלויות נסתרות/ מחיר לא כולל (Hidden costs / Drip pricing)	עלויות שהוסתרו או נחשפו בשלב מאוחר של העסקה



מדינת ישראל

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן



מנוי נסתר / המשכיות מאולצת (Hidden subscription / Forced continuity)	חידוש אוטומטי של שירות שהחידוש הוא לא צפוי או לא רצוי
פיתוי והחלפה, כולל פיתוי מחיר (Bait and switch, including bait pricing)	מוצע לצרכן מוצר או מחיר שונה מזה שפורסם במקור
הודעות פעילות Activity messages	אינדיקציות לגבי פעולות של צרכנים אחרים שעשויים להיות מטעים או שקריים
המלצות (Testimonials)	המלצות של צרכנים אחרים לגבי מוצר שעלולים להיות מטעים או שקריים
הודעות מלאי נמוך / הודעות ביקוש גבוה (message Low stock / High demand)	ציון כמויות מוגבלות של מוצר שעלולות להיות מטעות או שקריות
שעון ספירה לאחור / הצעה מוגבלת בזמן (time Countdown timer / Limited message)	אינדיקציה לזמן המוגבל של עסקה או הנחה שעלול להיות מטעה או שקרי