

GLOSA

Personalizace ceny vs. zásada rovnosti: je cenová diskriminace opravdu diskriminací?

Kristýna Bónová*

Abstrakt: Technologie, které se na internetu využívají ke sledování chování a preferencí spotřebitelů, zpracovávají velké množství spotřebitelských dat, která mají vliv jak na uzavírání smlouvy, tak na celkovou zkušenost spotřebitele v online prostředí. Význam spotřebitelských dat představuje pro podnikatele velký potenciál zisku. Personalizace ceny je jednou z obchodních praktik, k níž podnikatelé mohou využívat výsledky analýzy spotřebitelských dat, která sbírají. Díky ní mohou nastavit ceny co nejvyšší tak, aby reflektovaly ochotu spotřebitele zboží koupit, čímž podnikatelé maximalizují zisk. Názory právníků i spotřebitelů na individualizaci cen se liší – některými může být vnímána jako férová a jinými zase jako diskriminační. V tomto článku se proto zabývám personalizací ceny a zásadou rovnosti. Nejprve se zabývám personalizací ceny a tím, jak se na tuto praktiku dívá aktuální legislativa. Následně analyzuji diskriminaci z pohledu základních lidských práv, antidiskriminačního zákona a zákona o ochraně spotřebitele. Součástí této analýzy jsou závěry soudů, které navrhly kritéria, na jejichž základě je možné posoudit, zda se jedná o diskriminaci. Výsledkem tohoto článku je aplikace diskriminačního testu na personalizaci cen a zhodnocení, v jakých případech může být kvalifikována jako diskriminace v právním smyslu. V rámci tohoto posuzování je zohledněna také problematika algoritmického rozhodování.

Klíčová slova: ochrana spotřebitele, personalizace, diskriminace, cenová diskriminace, zásada rovnosti, automatizované rozhodování

Úvod

Technologie využívané v online prostředí umožňují sledování a analýzu velkého množství spotřebitelských dat, která mají vliv jak na uzavírání smlouvy, tak na celkovou zkušenost spotřebitele v online prostředí. Tato data totiž nejsou sbírána pouze v průběhu uzavírání smlouvy, ale během jakékoli aktivity spotřebitele na webové stránce. Díky následné analýze těchto dat podnikatel získává přehled o chování a preferencích spotřebitele. Na základě těchto informací, respektive osobních údajů, pak lze za účelem dosažení vyššího zisku efektivně přizpůsobovat nabídku zboží a služeb buď určitým skupinám spotřebitelů, nebo jednotlivcům.¹ Díky tomu, že se společnosti nemusejí spoléhat pouze na lidské síly, tedy personalizace probíhá velmi sofistikovaným způsobem. Tento proces odehrávající

* Mgr. Kristýna Bónová, Ústav práva a technologií, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7208-2107>. Tento článek vznikl na Masarykově univerzitě v rámci projektu *Právo a technologie XI*, číslo MUNI/A/1293/2022, podpořeného v rámci účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum poskytované MŠMT ČR v roce 2023.

¹ Srov. BORGESIOUS, F. Z. – POORT, J. Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law. *Journal of Consumer Policy*. 2017, Vol. 40, No. 3, s. 347–366. Dostupné z: <https://doi.org/10.1007/s10603-017-9354-z>.

se na pozadí uzavření smlouvy často nemusí být průměrnému spotřebiteli² na první (ani na ten další) pohled zřejmý.³ Návrh na uzavření smlouvy tedy může pro různé spotřebitele vypadat odlišně v závislosti na oné datové analýze, ačkoli na první pohled se zdají okolnosti, za nichž je smlouva uzavíraná, totožné.

Personalizace může mít ve virtualizovaných spotřebitelských vztazích více projevů, například cílená reklama, zobrazovaný obsah (nabídka zboží) nebo personalizovaná cena.⁴ Personalizovaná cena je jedním ze tří typů cenové diskriminace, které se v ekonomii rozlišují.⁵ Pojem „cenová diskriminace“ se v ekonomii používá, na rozdíl od právního odvětví, bez onoho negativního významu.⁶ Přesto se s ním pojí kritika. Diskuze kolem cenové diskriminace se zaměřují především na soutěžní aspekty⁷ a případně na ochranu osobních údajů využívaných k personalizaci.⁸ Cílem tohoto článku je posoudit, za jakých podmínek může být cenová diskriminace skutečně diskriminací v právním smyslu s důrazem na analýzu diskriminačních důvodů a posouzení rizik využívání algoritmů, které jsou využívány k automatizovanému rozhodování. Skutečnost, že zpracování spotřebitelských dat může vést také k narušení soukromí, ani možné soutěžní aspekty nebudou zahrnuty. Cenovou diskriminaci je nutné odlišovat od tzv. dynamických cen, které jsou populární například v oblasti prodeje letenek.⁹ Dynamické ceny nebudou předmětem tohoto článku.

Článek se zaměřuje na český právní řád s případným nezbytným přesahem do unijního práva.

1. Cenová diskriminace: definice a ukotvení v českém právním řádu

Cenová diskriminace je obchodní strategie, kterou podnikatelé využívají k optimalizaci zisku tím, že stejný produkt či službu nabízejí různým zákazníkům za různou cenu. Cenová diskriminace má v ekonomii tři formy, respektive stupně, mezi něž patří například slevy na skupinu produktů, cenové balíčky nebo rozdílné ceny pro specifické skupiny, např. studenty nebo seniory.¹⁰ Již z těchto příkladů lze poznat, že cenová diskriminace v ekonomickém smyslu zřejmě není nutně diskriminací v právním smyslu a primárním záměrem ekonomů při výběru terminologie nebylo poukázání na ilegálnost této strategie jako takové. V tomto článku se zaměřím na první stupeň cenové diskriminace, který

² K pojmu průměrný spotřebitel srov. rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 16. 7. 1998, ve věci C-210/96.

³ I přesto, že existuje informační povinnost vůči spotřebiteli, často se skutečný obsah a skutečné informace ke spotřebiteli nedostanou – ať už proto, že si je nepřečte, nebo proto, že mu obchodník odhalí jen to nezbytně nutné a samozřejmě nepopíše každý detail své obchodní strategie tak, jak se ve skutečnosti odehrává.

⁴ Prof. Giovanni Sartor (University of Bologna). Viz SARTOR, G. *Regulating personalization in the European Union* [conference]. Amsterdam, 22.–23. září 2022.

⁵ MORIARTY, J. Why online personalized pricing is unfair. *Ethics and Information Technology*. 2021, Vol. 23, No. 3, s. 496. Ibidem.

⁷ Blíže srov. např. BRAULIN, F. C. The effects of personal information on competition: Consumer privacy and partial price discrimination, *International Journal of Industrial Organization*. 2023, Vol. 87 [cit. 2024-04-24]. Dostupné z: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S016771872300005X>.

⁸ Blíže srov. např. ACQUISTI, A. Price Discrimination, Privacy Technologies, and User Acceptance. In: *CHI Workshop on Personalization and Privacy* [online]. 2006 [cit. 2024-04-28]. Dostupné z: <https://www.researchgate.net/publication/254762024>; nebo BELLEFLAMME, P. – VERGOTE, W. *Monopoly Price Discrimination and Privacy: The Hidden Cost of Hiding* [online]. Belgium: Center for Operations Research and Economics, 2015 [cit. 2024-04-28]. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=2699085>.

⁹ ROTT, P. – STRYCHARZ, J. – ALLEWELDT, F. *Personalized Pricing (study requested by the IMCO committee)*, s. 6.

¹⁰ Ibidem, s. 7.

je z pohledu zákazníků¹¹ i právníků¹² nejproblematictější a nejvíce se blíží právnímu významu diskriminace. Prvostupňová cenová diskriminace totiž spočívá v určení individualizované ceny jednotlivým spotřebitelům na základě jejich specifické charakteristiky. Je založena na poznání rozdílné ochoty zákazníků platit za dané zboží či službu a na rozpoznání preferencí jednotlivých zákazníků.¹³ Vyšší cena je nabídnuta těm, kteří jsou ochotni ji za dané zboží zaplatit.¹⁴ K vyhodnocování preferencí a vypočítání ceny se využívají automatizované metody,¹⁵ zejména u e-shopů.

O tom, že virtualizace¹⁶ dává cenové diskriminaci (v ekonomickém smyslu) nový rozměr, není pochyb – ostatně o tomto fenoménu se začalo psát právě s rozvojem e-shopů a online sledovacích technologií,¹⁷ jako jsou například cookies. Cenová diskriminace je ožehavým tématem nejen kvůli možným právním aspektům,¹⁸ ale také kvůli otázce, zda k ní v praxi reálně dochází.¹⁹ Vzhledem k narůstající digitalizaci a personalizaci obsahu se dá očekávat, že bude stoupat i trend personalizované ceny,²⁰ proto má smysl se jejími potenciálně problematickými souvislostmi zabývat.

Okolnosti, které proces uzavírání smlouvy prostřednictvím internetu doprovázejí, jsou výrazně odlišné oproti těm ve fyzickém světě. Moriarty přišel s myšlenkou, že za ekvivalent cenové diskriminace v offline podobě je možné považovat smlouvání ceny.²¹ Toto srovnání je ale nepřesné, a to ze tří důvodů. Prvním z nich je, že smlouvání zpravidla iniciuje spotřebitel. Nejedná se tedy o snahu podnikatele ovlivnit cenu, naopak se jedná o snahu spotřebitele využít své vyjednávací síly. Zadruhé, na smlouvání podnikatel může snadno vydělat méně – výsledek smlouvání totiž může skončit nikoli na nejvyšší ceně, co je spotřebitel ochotný zaplatit, ale na nejnižší ceně, za kterou je podnikatel ochotný zboží prodat – a někdy ani to ne, neboť svoji roli hrají také emoce a schopnost spotřebitele vést dialog. Ve virtuálním světě naopak podnikatel zpravidla nenastaví cenu takovou, kterou by považoval pro sebe za nepřiměřeně nízkou. Tím si zajistí nějaký standard výdělku, kterého se mu vždy dostane. Třetí důvod spočívá v absenci diskriminačního důvodu.

Ve virtuálním světě je personalizovaná cena velkým tématem díky sledovacím technologiím, které umožňují monitorovat chování spotřebitele, sbírat o něm informace a na jejich základě následně vyhodnocovat nastavení cenových podmínek. Naproti tomu v běžném světě neexistují takové technologie, které by personalizaci cen umožňovaly, alespoň ne v takové míře. Jediný způsob, jakým by bylo možné tento způsob získávání potřebných informací nahradit, by byl velmi důkladně strukturovaný dialog. Ani ta nejdůslednější vytvořená sada otázek by však nenahradila to, co je možné ve virtuální podobě –

¹¹ LIPPERT-RASMUSSEN, K. – AASTRUP MUNCH, L. Price Discrimination in the Digital Age. In: VÉLIZ, Carissa (ed.). *Oxford Handbook of Digital Ethics*. Oxford University Press, 2023, s. 468 [cit. 2024-05-05]. Dostupné z: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198857815.013.24>.

¹² ROTT, P. – STRYCHARZ, J. – ALLEWELDT, F. *Personalized Pricing (study requested by the IMCO committee)*, s. 6.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem, s. 17.

¹⁵ Ibidem, s. 6.

¹⁶ Srov. LÉVY, P. *Becoming Virtual, Reality in the Digital Age*.

¹⁷ Shodně též MORIARTY, J. *Why online personalized pricing is unfair*, s. 496.

¹⁸ Kromě samotné diskriminace se jedná také například o zpracování osobních údajů a s tím spojené udělování souhlasu, naplňování zásady transparentnosti nebo soutěžní otázky.

¹⁹ ROTT, P. – STRYCHARZ, J. – ALLEWELDT, F. *Personalized Pricing (study requested by the IMCO committee)*, s. 6, 12.

²⁰ Ibidem, s. 17.

²¹ MORIARTY, J. *Why online personalized pricing is unfair*, s. 496.

ať už kvalitativně, nebo kvantitativně. I kdyby se nicméně podařilo správně formulovat vhodné otázky, na jejichž základě by bylo možné cenu personalizovat v kamenném obchodě, je zde stále jeden zásadní rozdíl. Odhlédneme-li od nepraktičnosti tohoto postupu, je nutné vzít v úvahu psychologické založení člověka a jeho vnímání. Domnívám se, že v momentě, kdy by mu byly kladeny podrobnější otázky ohledně jeho ekonomického chování a preferencí, by si byl člověk v běžném světě mnohem lépe schopný uvědomit podstatu situace a účel, za jakým jsou mu tyto otázky kladeny. V momentě, kdy je průměrný spotřebitel²² konfrontován s „realitou“,²³ dokáže zpravidla lépe vyhodnotit důsledky dané situace oproti virtuálnímu světu, který člověk stále často bohužel jako realitu nevnímá, neboť je pro něj obtížněji uchopitelná, a to i v momentě, kdy má podnikatel povinnost jej o způsobu určení ceny informovat (srov. fenomény *information overload*, *consent fatigue* a další...).

Individualizované ceny se již dostaly do hledáčku zákonodárců, díky čemuž i v českém zákoně přibyl v § 1820 občanského zákoníku dodatek o tom, že spotřebitel musí být informován o případné personalizaci ceny, která je mu nabídnuta. Jedná se o projev implementace směrnice EU 2019/2161, o lepším vymáhání a modernizaci právních předpisů na ochranu spotřebitele (směrnice 2019/2161), dle jejíhož recitálu je personalizace ceny povolenou praktikou. Ze směrnice 2019/2161 je dále zřejmé, že personalizovaná cena je výsledkem automatizovaného individuálního rozhodnutí ve smyslu obecného nařízení o ochraně osobních údajů (GDPR). Automatizované rozhodování jako takové je podle čl. 22 GDPR možné pouze ve výjimečných případech a v kontextu personalizovaných cen pouze na základě výslovného souhlasu spotřebitele. Článek 22 GDPR navíc stanovuje právo subjektu údajů nebyt předmětem automatizovaného rozhodování.

Dle Evropské unie není cenová diskriminace *a priori* nijak protizákonná, což je zřejmé jak z aktuální legislativy, tak z webových stránek Unie (paradoxně nadepsané „nekalé praktiky“).²⁴ Tento závěr považuje odborná veřejnost za problematický a jiné právní řády personalizaci ceny vyhodnocují odlišně. Zakázána je například v Číně, kde podle tamních předpisů naplňuje znaky nekalé praktiky.²⁵ Zároveň je v Číně zakázáno využívat data a algoritmy způsobem, který by mohl vést k nekalé soutěži.²⁶ Stejně tak v USA označuje FTC cenovou diskriminaci jako nekalou.²⁷ I v českém, respektive evropském prostředí

²² Institut průměrného spotřebitele pro daný závěr hraje významnou roli. Zranitelní spotřebitelé, například senioři, jsou totiž dnes a denně vystavováni praktikám podnikatelů specializujících se na prodej zboží mimo obchodní prostory, kde hraje právě bezprostřední kontakt a umění vedení dialogu zcela zásadní roli při přesvědčování ve prospěch uzavření nevýhodné smlouvy. V takových případech může být skutečnost, že je smlouva uzavírána za fyzické přítomnosti obou stran, rozhodná pro neprospěch, nikoli prospěch spotřebitele.

²³ Pojem „realita“ je zde použit jako součást ustáleného slovního spojení v češtině, které pouze vhodně popisuje uvedený kontrast a které je důkazem, že pojem „reálný“ je ve vztahu k „virtuálnímu“ v běžné řeči chápán nepřesně, blíže srov. LÉVY, P. *Becoming Virtual, Reality in the Digital Age*.

²⁴ Nekalé cenové praktiky. In: *Evropská unie* [online]. [cit. 2023-01-02]. Dostupné z: https://europa.eu/youreurope/citizens/consumers/unfair-treatment/unfair-pricing/index_cs.htm#shortcut-5.

²⁵ ZENG, R. – LI, X. On the Illegality and Regulation of Algorithmic Price Discrimination in China's Digital Economy. *Journal of Politics and Law*. 2023, Vol. 16, No. 4, s. 39 [cit. 2024-05-07]. Dostupné z: <https://ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/0/49444>.

²⁶ Ibidem.

²⁷ KNUDSON, L. E. Stalking in the Grocery Aisles: Using Section 5 of the FTC Act to Curtail Big Data Driven Price Discrimination. *Iowa Law Review*. 2022, Vol. 107, No. 3, s. 1283 [cit. 2024-04-30]. Dostupné z: <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-107-issue-3/stalking-in-the-grocery-aisles-using-section-5-of-the-ftc-act-to-curtail-big-data-driven-price-discrimination>.

se nicméně najdou oblasti, v nichž by personalizovaná cena měla být nepřipustná, a to v energetice a telekomunikacích, kde je nutné zachovat rovný přístup ke službám.²⁸

2. Zásada rovnosti v českém právním systému a diskriminace spotřebitele

Pro posouzení toho, kdy cenová diskriminace může naplňovat znaky diskriminace v právním smyslu, je nejprve nutné stanovit znaky diskriminace a podmínky pro jejich naplnění. Zákaz diskriminace vychází ze zásady rovnosti, která je na ústavní úrovni ukotvena primárně v článku 3 Listiny základních práv a svobod (LZPS), dle nějž jsou zaručena základní práva „bez rozdílu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického či jiného smýšlení, národního nebo sociálního původu, příslušnosti k národnostní nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení.“ Pojem „jiné postavení“ je zakotvený také v Evropské úmluvě o lidských právech a Evropským soudem pro lidská práva je vykládán široce:²⁹ rozumí se jím např. kritérium délky trestu vězně,³⁰ místo trvalého bydliště³¹ nebo velikost pozemku.³² Ačkoli slovní spojení „jiné postavení“ v LZPS naznačuje pouze demonstrativní výčet,³³ nelze jej vykládat zcela libovolně. Ústavní soud totiž přijímá výklad užší než ESLP a v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 18/15 uvádí, že pod diskriminační důvod „jiné postavení“ spadají jen „kritéria obdobná či blízká kritériím výslovně v daných ustanoveních zmíněným, nikoliv jakoukoliv myslitelnou situaci. Mělo by tak jít o důvody spočívající na osobní volbě jednotlivce odrážející jeho osobnostní rysy [nebo charakteristiky, které si] jednotlivec nemůže zvolit“.³⁴

Článek 3 LZPS v sobě obsahuje pozitivní závazek státu zajistit rovnost, respektive zajistit zákaz diskriminace i ve vybraných horizontálních vztazích.³⁵ V nich na jedné straně působí právo na rovné zacházení a na straně druhé zpravidla jiné základní právo druhého jednajícího subjektu, s nímž je potřeba právo na rovné zacházení vyvažovat.³⁶ Tento závazek se promítá především do antidiskriminačního zákona, který konkretizuje ústavní zakotvení zásady rovnosti. Antidiskriminační zákon však má omezenou věcnou působnost. Dopadá sice například na e-shopy, neboť se aplikuje v otázkách zboží a služeb při nabízení veřejnosti, ale pouze co se týče přístupu k nim. To znamená, že při nabízení zboží a služeb veřejnosti nesmí být nabídka vyloučena pro některé spotřebitele s odlišnými charakteristikami, ale na cenovou regulaci jako takovou se antidiskriminační zákon primárně nevztahuje. Výjimkou by teoreticky mohl být případ, kdy by byla někomu nastavena tak nepřiměřeně vysoká cena, že by *de facto* omezovala přístup těchto osob k danému zboží, za předpokladu, že by byly naplněny další znaky diskriminace.

²⁸ ROTT, P. – STRYCHARZ, J. – ALLEWELDT, F. *Personalized Pricing (study requested by the IMCO committee)*, s. 7, 40.

²⁹ BARTOŇ, M. Článek 3. In: HUSSEINI, F. et al. *Listina základních práv a svobod: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2021.

³⁰ *Clift proti Spojenému království*, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva, 13. 7. 2010, č. 7205/07.

³¹ *Carson a další proti Spojenému království*, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva, 16. 3. 2010, č. 42184/05.

³² *Chassagnou a další proti Francii*, rozsudek Evropského soudu pro lidská práva, 29. 4. 1999, č. 25088/94, 28331/95 a 28443/95.

³³ KÜHN, Z. Diskriminace v teoretickém a srovnávacím kontextu. In: BOBEK, M. – BOUČKOVÁ, P. – KÜHN, Z. (eds). *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 40; BARTOŇ, M. Článek 3. In: HUSSEINI, F. et al. *Listina základních práv a svobod: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2021.

³⁴ Nález Ústavního soudu ze dne 28. 6. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 18/15.

³⁵ BARTOŇ, M. Článek 3 (komentář).

³⁶ Ibidem.

Ačkoli se tedy antidiskriminační zákon primárně na problematiku cenové diskriminace nevztahuje, pro následné posouzení, respektive srovnání speciální úpravy v zákoně o ochraně spotřebitele považují za vhodné se mu ještě na pár řádcích věnovat. Výčet diskriminačních důvodů v antidiskriminačním zákoně je sice na rozdíl od LZPS uzavřený, ale konkrétní důvody v něm v podstatě LZPS kopírují. Diskriminační důvody jsou stanoveny tak, aby odrážely časté stereotypy pojící se s charakteristikami, které člověk nemůže ovlivnit.³⁷ Cílem toho, jak jsou vymezeny, je tedy především ochrana těchto osob před možnými dopady předsudků a podezření pojících se se specifickými znaky,³⁸ jako je věk, rasa a podobně. Zakázaná je diskriminace i v případech, že je důvod pouze domnělý. Každý důvod pro rozlišení přístupu k osobám nicméně není důvodem diskriminačním. Stejně tak ne každé rozlišení založené na diskriminačním důvodu nezbytně znamená diskriminaci – například možnost čerpání mateřské dovolené pouze ženami není diskriminací z důvodu pohlaví, neboť je ospravedlnitelné racionálními argumenty.³⁹

Vedle diskriminačních důvodů je vymezena také přímá a nepřímá diskriminace. Výslovnou legální definici obsahuje zmiňovaný antidiskriminační zákon. U nepřímé diskriminace na rozdíl od diskriminace přímé nejde o přímé nerovné zacházení na základě konkrétního diskriminačního důvodu, nicméně o následky, které odlišné a na první pohled zdánlivě neutrální zacházení působí.⁴⁰ Diskriminační důvody jsou v rámci antidiskriminačního zákona shodné jak pro přímou, tak pro nepřímou diskriminaci.⁴¹

Speciální úpravu diskriminace představuje § 6 zákona o ochraně spotřebitele (z. o. s.), podle nějž „*prodávající nesmí při prodeji výrobků nebo poskytování služeb spotřebitele diskriminovat*“. Pravidlo obsažené v z. o. s. je velmi strohé a lze z něj na první pohled dovodit několik rozdílů oproti tomu, co bylo popsáno výše. Zprvce, věcná působnost zákona zahrnuje veškeré spotřebitelské vztahy – slovní spojení „při prodeji nebo poskytování“ je zjevně širší oproti vymezení věcné působnosti v antidiskriminačním zákoně, a úprava tedy není omezena pouze na přístup ke zboží a službám. To znamená, že ustanovení bude dopadat i na určování ceny. Zadruhé, ustanovení v zákoně o ochraně spotřebitele neobsahuje, na rozdíl od LZPS a antidiskriminačního zákona, vůbec žádné diskriminační důvody. V souvislosti s tím se tedy nabízí otázka, zda je diskriminace spotřebitele nějakým způsobem limitovaná, co se diskriminačních důvodů týče. Na jednu stranu by měly být zákony vykládány v souladu s ústavním pořádkem, a nabízelo by se tedy, že diskriminační důvody uvedené v LZPS budou platit i v případech, kdy se aplikuje § 6 z. o. s. Na druhou stranu však lze namítnout, že vzhledem k explicitnímu uvedení důvodů v LZPS i v antidiskriminačním zákoně měl možná zákonodárce se zákonem o ochraně spotřebitele jiné úmysly a diskriminační důvody v něm nejsou uvedeny záměrně. Tento druhý závěr do jisté míry potvrzuje i praxe soudů, přičemž nejznámější je nálezk ÚS sp. zn. II. ÚS 3212/18. V původním řízení rozhodl krajský soud tak, že diskriminační důvody vymezené antidis-

³⁷ KÜHN, Z. § 1. In: HAVELKOVÁ, B. – KOLDINSKÁ, K. – KÜHN, Z. *Antidiskriminační zákon: komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016; Slovenský Ústavní soud například specifikoval, že nemusí jít o charakteristiky vrozené, srov. nálezk Ústavního soudu SR, sp. zn. Pl. ÚS 8/2014, ve vztahu k čl. 12 odst. 2 Ústavy SR.

³⁸ KÜHN, Z. § 1 (komentář).

³⁹ Srov. HAVELKOVÁ, B. – KOLDINSKÁ, K. – KÜHN, Z. § 2. In: HAVELKOVÁ, B. – KOLDINSKÁ, K. – KÜHN, Z. *Antidiskriminační zákon: komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016; KÜHN, Z. *Diskriminace v teoretickém a srovnávacím kontextu*, s. 38.

⁴⁰ BARTOŇ, M. *Článek 3 (komentář)*.

⁴¹ *Ibidem*.

kriminálním zákonem skutečně omezují i aplikaci § 6 z. o. s. Nejvyšší správní soud však rozsudek zrušil s tím, že výklad důvodů je v zákoně o ochraně spotřebitele širší. Tento závěr pak v nálezu potvrdil Ústavní soud s tím, že diskriminací podle z. o. s. se rozumí i odlišné zacházení s osobami na základě důvodů jiných než těch uvedených v antidiskriminačním zákoně, a dále dodal, že „[v]e věcech přístupu ke službám si lze dobře představit, že může docházet k diskriminaci mimo jiné i z důvodu státní příslušnosti.“⁴²

Ve svém předchozím nálezu sp. zn. Pl. ÚS 49/10 Ústavní soud představil test diskriminace, tedy kritéria, která slouží jako vodítka při rozhodování, zda se v konkrétní situaci jedná o diskriminaci. Ta jsou následující:

- zda jde o srovnatelné jednotlivce nebo skupiny,
- zda je s nimi nakládáno odlišně na základě některého ze zakázaných důvodů,
- zda je odlišné zacházení stěžovateli k tíži (uložením břemene nebo odepřením dobra),
- zda je toto odlišné zacházení ospravedlnitelné, tj. a) sleduje legitimní zájem a b) je přiměřené.⁴³

Ačkoli se ve věci sp. zn. Pl. ÚS 49/10 nejednalo o diskriminaci spotřebitele, Ústavní soud na tento test v nálezu sp. zn. II. ÚS 3212/18 sám odkazuje, a proto je možné jej použít. Ve druhém kritériu testu jsou nicméně zmíněny diskriminační důvody, které zákon o ochraně spotřebitele neobsahuje. Ve věci sp. zn. II. ÚS 3212/18 Ústavní soud upřednostnil právo podnikatele oproti právu spotřebitele na rovné zacházení na základě následujících důvodů:

- důvod omezení poskytování služby byl v daném případě racionální a nebyl veden žádnými zavrženíhodnými pohnutkami,
- stěžovatel nevyužil žádný ze zákonem zakázaných či ústavně vymezených podezřelých diskriminačních důvodů,
- povaha poskytované služby byla taková, že zájemce o ni objektivně neměl problém najít si odpovídající alternativu, tzn. stěžovatel se nenacházel v postavení právního a ani faktického monopolu,
- zájmy potenciálního spotřebitele, které „byly ve hře“, nebyly existenciální, takže neposkytnutím služby nemohl podnikatel nikoho zásadněji ohrozit; zásah do práv spotřebitele nebyl nepřiměřený.

ÚS následně případ uzavřel s tím, že se podnikatel nedopustil nepřipustné diskriminace, neboť jeho důvody pro odlišné zacházení se spotřebiteli „*nebyly zákonem zakázané, nenávistné, ponižující ani iracionální*“. Proti tomuto nálezu však existuje kritika upozorňující zejména na nedostatečně provedený test diskriminace a na to, že odlišné zacházení bylo založeno na jednom z diskriminačních důvodů uvedených v LZPS,⁴⁴ jeden ze soudců

⁴² Nález Ústavního soudu ze dne 17. 4. 2019, sp. zn. II. ÚS 3212/18.

⁴³ Nález Ústavního soudu ze dne 28. 1. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 49/10.

⁴⁴ PAULÍK, Š. – ABBASI, K. – VEVRKOVÁ, S. Kritická reflexe nálezu, v němž se Ústavní soud zastal hoteliéra. Vynucování nesouhlasu s okupací Krymu nepovažuje za diskriminaci. In: *Právo 21* [online]. 6. 5. 2019 [cit. 2024-05-05]. Dostupné z: <https://pravo21.cz/pravo/kriticka-reflexe-nalezu-v-nemz-se-ustavni-soud-zastal-hoteliера-vynucovani-nesouhlasu-s-okupaci-krymu-nepovazuje-za-diskriminaci/>; shodně též KÜHN, Z. Judikatura v oblasti diskriminace podle zákona na ochranu spotřebitele. *Jurisprudence*. 2023, Vol. 1, s. 39.

navíc k předmětnému nálezu zaujal odlišné stanovisko. Kritika konkrétního postupu ÚS nicméně nebrání přijetí kritérií v rámci obecného hodnocení diskriminace spotřebitele. Opětovné zmiňování „zákonných či ústavních“ diskriminačních důvodů se může zdát problematické, ale lze jej překlenout. V z. o. s. důvody sice uvedeny nejsou, nicméně diskriminační důvod přítomen být musí a v kontextu z. o. s. se vykládá šířeji. Ostatně v témže nálezu sám ÚS uvádí, že § 6 z. o. s. není omezen výčtem diskriminačních důvodů v jiných právních předpisech. O to spíše pak o diskriminaci může jít, pokud se zároveň v případě spotřebitele „podaří“ napojit právě na některý z důvodů vymezených v antidiskriminačním zákoně nebo v LZPS.

Podle Nejvyššího správního soudu dochází k diskriminaci spotřebitele při „[obchodních praktikách], které při srovnatelných transakcích nedůvodně zvýhodňují některé spotřebitele před jinými.“⁴⁵ Široké zaměření této definice reflektuje široké zaměření definice podle z. o. s. Ve svém dalším rozsudku NSS uznal trvalé bydliště jako možný diskriminační důvod, na jehož základě není možné účtovat rozdílné ceny jízdného.⁴⁶ Komentářová literatura k čl. 3 LZPS jde v tomto směru ještě dál a dovozuje, že díky širokému výkladu diskriminace ve spotřebitelském právu může jako diskriminační důvod figurovat i barva saka nebo tělesná váha⁴⁷ – vždy je však nutné individuální posouzení situace a možná ospravedlnitelnost odlišného přístupu k jednotlivým spotřebitelům.

Na základě výše uvedené analýzy soudních rozhodnutí lze formulovat diskriminační test, tedy kritéria, která je nezbytné posoudit za účelem vyhodnocení, zda je nějaké jednání diskriminací, či nikoliv. Základ v tomto případě tvoří § 6 z. o. s., z něž však nelze přímo dovodit žádná kritéria pro jeho strohost. Výklad poskytuje výše uvedené rozhodnutí NSS,⁴⁸ z něž lze dovodit, že bude nezbytné posuzovat srovnatelnost transakcí, znevýhodnění a nedůvodnost. Tato kritéria je nutné zasadit do definice diskriminace z antidiskriminačního zákona.⁴⁹ Již z podstaty diskriminace bude vždy existovat diskriminační důvod – v hodnocení spotřebitelských vztahů však může jít i o důvod jiný než výslovně vymezený právním řádem. Z testu vymezeného ÚS v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 49/10 lze k těmto kritériím dodat ještě přiměřenost a legitimní účel⁵⁰ – legitimitu použití tohoto testu na diskriminaci spotřebitele podporuje náleze ÚS sp. zn. II. ÚS 3212/18, který na test odkazuje.

3. Kdy je cenová diskriminace opravdu diskriminací?

Právě uvedená kritéria tvoří test diskriminace a slouží jako podklad pro posouzení, zda, respektive kdy je cenová diskriminace v ekonomickém smyslu diskriminací v právním smyslu. Nejprve je vhodné vyhodnotit znaky prostředí – tedy zda jde o srovnatelné transakce. Zároveň je toto vyhodnocení nejsnazší, neboť stejný produkt či služba je přímo definičním znakem cenové diskriminace. Kritérium srovnatelných transakcí je tedy naplněno. Obdobně rychle se lze vypořádat i se znakem znevýhodnění, neboť rozdílná,

⁴⁵ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 4. 2006, č. j. 8 As 35/2005-51.

⁴⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2006, č. j. 1 As 14/2006-68.

⁴⁷ BARTOŇ, M. Článek 3 (komentář).

⁴⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 4. 2006, č. j. 8 As 35/2005-51.

⁴⁹ Srov. bod 15 rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 07. 2018, č. j. 7 As 190/2017-18.

⁵⁰ Nález Ústavního soudu ze dne 28. 1. 2014, sp. zn. Pl. ÚS 49/10.

respektive vyšší cena bez větších pochyb znamená pro spotřebitele znevýhodnění oproti spotřebitelům, jimž je účtována cena nižší. Cena je v tomto případě referenčním kritériem.⁵¹ Z kritérií formulovaných NSS zbývá nedůvodnost, která bude popsána později. Pokračovat kritériem diskriminačního důvodu je logické i praktické – zaprvé je pro úvahy o diskriminaci zcela zásadní, bez něj není v první řadě možné ji určit a dále hodnotit, zadruhé je zároveň v rámci spotřebitelského práva vykládán široce, což dává více možností jej pojmenovat a uchopit. Odlišný přístup se při nastavování individualizované ceny odvíjí od ochoty platit⁵² – tato ochota je domnělá⁵³ a účtovaná cena nemusí odpovídat té, kterou je spotřebitel skutečně ochoten zaplatit.⁵⁴ Tuto nepřesnost zapříčiňuje chování spotřebitele na internetu – způsob, jakým člověk vnímá realitu na internetu, se liší od toho, jak člověk vnímá dění kolem sebe v běžném životě. Způsob vnímání má sám o sobě vliv na postup při uzavírání smlouvy distančním způsobem. Nadto má ale vliv na celkové chování člověka na internetu – právě na ono chování, které generuje informace, na nichž se zakládají odhady „ochoty platit“. Na jejím základě jsou pak stanovovány individualizované ceny.⁵⁵ Už Lévy psal o „změně identity“, ke které v důsledku virtualizace dochází.⁵⁶ Každý máme z naší aktivity na internetu jiné zkušenosti, jiné zážitky, jinak jsou formovány naše kroky. Vytváříme jakousi svoji digitální identitu, protože cesty, které nám jsou na internetu nabízeny, určují naše následující kroky. Proto naše ekonomické chování online tedy nemusí vždy odpovídat tomu offline, a nemusí ani odpovídat našim skutečným preferencím. Navíc jsou spotřebitelům díky mnohem rozsáhlejšímu dopadům personalizace předurčovány omezené, předem vybrané možnosti, které rovněž formují možnosti jejich rozhodování. Proto mohou být cenové predikce nepřesné a nedá se o vyhodnocení spolehlivě opřít. Ačkoli se tedy může zdát, že cena, která nám je nabízena, je odůvodněná na základě dat, nemusí závěry datové analýzy odpovídat „realitě“.

To, zda charakteristika spotřebitele odhalená podnikatelem skutečně odpovídá preferencím spotřebitele, není v kontextu cenové diskriminace tolik zásadní – diskriminace v sobě totiž zahrnuje i diskriminaci na základě domnělého důvodu. Ochota platit navíc díky širokému výkladu § 6 z. o. s. ob stojí sama o sobě jako potenciální diskriminační důvod. Dle obecného výkladu by ale diskriminační důvod měl odpovídat charakteristice, kterou člověk nemůže změnit a která se především pojí s nějakými stereotypizujícími předpoklady. Této podmínce „ochota platit“ na první pohled příliš neodpovídá. Ochota platit vést ke stereotypizaci sice může, pokud je například založena na předpokladu, že čistící prostředky mohou v akci nalákat ke koupi více ženy než muže,⁵⁷ v takovém případě je ale velmi úzce spjata s kritériem pohlaví. Není snadné určit, na základě jakých konkrétních dat podnikatelé, resp. algoritmy tuto ochotu odhadují. V jednom z mála doložených případů cenové diskriminace byla určujícím kritériem značka počítače, respektive používání

⁵¹ LIPPERT-RASMUSSEN, K. – AASTRUP MUNCH, L. *Price Discrimination in the Digital Age*, s. 471.

⁵² MORIARTY, J. *Why online personalized pricing is unfair*, s. 498.

⁵³ LIPPERT-RASMUSSEN, K. – AASTRUP MUNCH, L. *Price Discrimination in the Digital Age*, s. 467.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 477.

⁵⁵ Prof. Hans Christoph Grigoleit (Ludwig-Maximilians-Universität München). GRIGOLEIT, H. CH. Ambivalence of Personalization – Specifying the Issues of Personalized Marketing and Personalized Law. *Regulating personalization in the European Union* [konference]. Amsterdam, 22.–23. září 2022.

⁵⁶ LÉVY, P. *Becoming Virtual, Reality in the Digital Age*, s. 28, 45.

⁵⁷ Srov. KNUDSON, L. E. *Stalking in the Grocery Aisles: Using Section 5 of the FTC Act to Curtail Big Data Driven Price Discrimination*, s. 1297.

zařízení značky Apple,⁵⁸ jindy se zase jednalo o historii prohlížení v internetovém prohlížeči.⁵⁹ Přirozeně se nabízí spojitost mezi ochotou platit a bohatstvím, tedy majetkem, který již figuruje jako samostatný diskriminační důvod v čl. 3 LZPS. Jako diskriminační důvod tedy teoreticky připadá v úvahu majetek nebo sociální původ. K tvrzení, že personalizace ceny je diskriminací na základě jednoho z těchto důvodů, mám výhradu spočívající v tom, že je založené na předpokladu, že bohatější lidé jsou ochotnější platit více. Přímá úměra mezi majetkem a ochotou zaplatit však zcela zjevně není pravidlem.⁶⁰ „Bohatost“ spotřebitele navíc může být dovozována z toho, v jaké cenové kategorii zboží běžně prohlíží – to však opět nemusí odpovídat jeho majetnosti. V tomto případě by bylo možné využít diskriminačního titulu „jiné postavení“, který dle Ústavního soudu zahrnuje důvody podobné či blízké výslovně uvedeným diskriminačním důvodům.⁶¹ V unijním měřítku by tento závěr podporovala v případě pochybností i skutečnost, že ESLP tento pojem vykládá širěji než ÚS. Domnívám se tedy, že na základě výkladu § 6 z. o. s. i pojmu „jiné postavení“ může být kritérium diskriminačního důvodu v případě cenové diskriminace vykládáno jako naplněné – v případě, že připustíme, že je ochota platit stereotypizující, případně že se odvíjí na základě stereotypizujících důvodů odpovídajících vymezeným diskriminačním důvodům alespoň do té míry, že lze využít jako diskriminační důvod „jiné postavení“.

Z testů diskriminace dle NSS a ÚS vyplývá, že aby bylo odlišné zacházení důvodné, mělo by sledovat legitimní účel a být přiměřené. Ekonomové cenovou diskriminaci obhajují tím, že může vést k tomu, že určití spotřebitelé si díky snížené ceně mohou produkt dovolit – cenová diskriminace nicméně zpravidla vede k cenám vyšším.⁶² Proti oprávněnému zájmu podnikatele na zisku nelze nic namítat, svoboda podnikání je zaručeným právem stejně jako zákaz diskriminace a výše ceny je jedním z významných prvků, jakými se odlišit od konkurentů na trhu.⁶³ Přiměřenost je nutné posuzovat *ad hoc*, ale dá se očekávat, že cílem cenové diskriminace není nastavit rozdílné ceny nepřiměřeně. Ze všech uvedených definic a kritérií je každopádně patrné, že nedůvodnost nelze zaměňovat s netransparentností,⁶⁴ respektive že transparentnost ohledně odlišování neospravedlňuje diskriminaci. To znamená, že i v případě, kdy podnikatel transparentně uvede, na základě čeho byla cena určena (jak mu ukládá § 1820 o. z.), pořád se může jednat o diskriminaci. Kritérium nedůvodnosti tedy nutně naplněné být nemusí.

Z provedené analýzy plyne, že ačkoli unijní právo cenovou diskriminaci předpokládá a akceptuje, naplňuje tato praktika některé znaky diskriminace. V případě, že nedůvodnost a nepřiměřenost by byla posouzena opačně, může cenová diskriminace naplnit znaky diskriminace v právním smyslu. Může být projevem diskriminace přímé, ale zpravidla půjde o projev diskriminace nepřímé.⁶⁵

⁵⁸ ROTT, P. – STRYCHARZ, J. – ALLEWELDT, F. *Personalized Pricing (study requested by the IMCO committee)*, s. 7; též LIPPERT-RASMUSSEN, K. – AASTRUP MUNCH, L. *Price Discrimination in the Digital Age*, s. 468.

⁵⁹ LIPPERT-RASMUSSEN, K. – AASTRUP MUNCH, L. *Price Discrimination in the Digital Age*, s. 468.

⁶⁰ Srov. např. LIPPERT-RASMUSSEN, K. – AASTRUP MUNCH, L. *Price Discrimination in the Digital Age*, s. 480: „Given that rich people generally, though not always, have higher reservation prices, perhaps one could describe this as discrimination against ‘rich people’; although this would be imprecise, since one can have a relatively high reservation price regarding some good or service without necessarily belonging to a ‘rich’ segment of society.“

⁶¹ Nález Ústavního soudu ze dne 28. 6. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 18/15.

⁶² ROTT, P. – STRYCHARZ, J. – ALLEWELDT, F. *Personalized Pricing (study requested by the IMCO committee)*, s. 40.

⁶³ VÍTOVÁ, B. *Zákon o ochraně spotřebitele. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, § 6.

⁶⁴ Srov. MORIARTY, J. *Why online personalized pricing is unfair*, s. 499.

⁶⁵ Shodný závěr také: LIPPERT-RASMUSSEN, K. – AASTRUP MUNCH, L. *Price Discrimination in the Digital Age*, s. 481;

V poslední části této kapitoly se chci krátce věnovat specificky diskriminaci, která se může naskytnout „neúmyslně“ kvůli využití algoritmů, které často fungují jako tzv. *black boxes*.⁶⁶ Jednotlivé spotřebitele si algoritmus pamatuje na základě souboru cookie, IP adresy nebo přihlašovacích údajů,⁶⁷ díky čemuž je schopný ke konkrétnímu člověku připojit příslušné charakteristiky. Na jejich základě pak nastavuje různé ceny. Problematický je tento proces i v případě, že je diskriminační důvod pouze jedním z několika kritérií, které algoritmus zpracovává. Využití automatizovaných systémů tedy představuje pro podnikatele riziko dopuštění se diskriminace. Vzhledem k tomu, že převažuje názor, že personalizace ceny představuje automatizované rozhodnutí ve smyslu čl. 22 GDPR,⁶⁸ který potvrzuje i znění § 1820 o. z., vztahuje se na podnikatele využívající tuto obchodní strategii navíc také povinnost vysvětlit postup rozhodování dle čl. 13 odst. 2 písm. f) GDPR, což vzhledem ke způsobu jejich fungování a obtížnosti popisování logiky algoritmu může představovat další problém. Odborníci se dokonce ani neshodují na tom, do jaké míry je možné fungování algoritmu přesně popsat.⁶⁹

4. Následky diskriminačního jednání

Jestliže se podnikatel dopustí diskriminace spotřebitele, nastává zpravidla objektivní odpovědnost.⁷⁰ Podle § 24 odst. 7 zákona o ochraně spotřebitele se jedná o přešůpek (tedy správní delikt), za nějž podnikateli hrozí pokuta. Dle nálezů Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 18/15 může být diskriminací navíc zasaženo do důstojnosti člověka. Spotřebitel by se v takovém případě mohl domáhat odstranění následků podle § 82 o. z. i nahrazení nemajetkové újmy podle § 2956 o. z. Pokud by v důsledku individualizace ceny došlo k hrubému nepoměru v plnění (v souvislosti s kritériem nepřiměřenosti v testu diskriminace), připadalo by v úvahu i zrušení nebo zhojení smlouvy v důsledku neúměrného zkrácení podle § 1793 o. z. O hrubém nepoměru hovoří i § 1796 o. z., který lichvu sankcionuje neplatností smlouvy – lichva je nicméně specifická svými důvody, respektive způsobem jednání podnikatele, a aplikace tohoto ustanovení by vyžadovala splnění dalších podmínek, které se primárně s cenovou diskriminací nepojí.

Vzhledem k tomu, že personalizace ceny je formou automatizovaného rozhodování podle čl. 22 GDPR, v případě diskriminace v právním smyslu se podnikatel dopouští také zpracování osobních údajů za nezákonným účelem (srov. čl. 5 odst. 1 písm. a) GDPR. Mimosmluvní následky pro podnikatele mohou plynout i z nového Aktu o umělé inteligenci, jehož cílem je minimalizovat riziko algoritmické diskriminace.⁷¹

nebo ROTT, P. – STRYCHARZ, J. – ALLEWELDT, F. *Personalized Pricing (study requested by the IMCO committee)*, s. 24.

⁶⁶ POLČÁK, R. Procedural and Institutional Backing of Transparency in Algorithmic Processing of Rights. *Masaryk University Journal of Law and Technology*. 2019, Vol. 13, No. 2, s. 406 [cit. 2024-05-03]. Dostupné z: <https://journals.muni.cz/mujlt/article/view/11667>.

⁶⁷ ROTT, P. – STRYCHARZ, J. – ALLEWELDT, F. *Personalized Pricing (study requested by the IMCO committee)*, s. 11.

⁶⁸ GEMBALOVÁ, K. Jak na personalizaci ceny na e-shopech. In: *Kroupalidé* [online]. 27. 6. 2022 [cit. 2024-05-04]. Dostupné z: <https://kroupalide.cz/blog/jak-na-personalizaci-cen-na-e-shopech/145>; shodně též ROTT, P. – STRYCHARZ, J. – ALLEWELDT, F. *Personalized Pricing (study requested by the IMCO committee)*, s. 25, 27.

⁶⁹ ZENG, R. – LI, X. *On the Illegality and Regulation of Algorithmic Price Discrimination in China's Digital Economy*, s. 40.

⁷⁰ HAVELKOVÁ, B. – KOLDINSKÁ, K. – KÜHN, Z. § 2. In: HAVELKOVÁ, B. – KOLDINSKÁ, K. – KÜHN, Z. *Antidiskriminační zákon: komentář*.

⁷¹ ROTT, P. – STRYCHARZ, J. – ALLEWELDT, F. *Personalized Pricing (study requested by the IMCO committee)*, s. 40.

Závěr

Pohledy na to, zda je cenová diskriminace nepřípustná, se mezi odborníky liší,⁷² a to nejen v kontextu zásady rovnosti. Z uvedené analýzy vyplývá, že personalizovaná cena není diskriminační, zejména pro nenaplnění kritéria nedůvodnosti a nepřiměřenosti. Na posouzení každého případu bude, zda bude naplněn některý z diskriminačních důvodů, ale nalézt jeden ze zakázaných důvodů by zásadním problémem být nemělo, obzvlášť s ohledem na široký výklad dle z. o. s. Zatím však chybí rozhodnutí soudů, o které by se dalo jednoznačně opřít konkrétně ve věci cenové diskriminace – ostatně i dosavadní soudní rozhodnutí týkající se diskriminace spotřebitele se setkávají s kritikou, neboť ani sám Ústavní soud neaplikuje test diskriminace tak, jak by dle některých měl.

Závěr se může zdát jednoduchý s ohledem na konstatování Evropské unie, že cenová diskriminace není nezákonná. Analýza však ukazuje, že k naplnění kritérií diskriminace v právním smyslu má cenová diskriminace blízko a mohou nastat i případy, kdy individualizované ceny naplní znaky diskriminačního jednání. Bude se jednat o ty situace, kdy odlišné ceny budou nastaveny nedůvodně a nepřiměřeně, nebo kdy k diskriminaci dojde v důsledku nevhodného využití algoritmů, jejichž logiku rozhodování často není možné dost dobře poznat.

Směr, jakým se ubírá legislativa a tendence ve společnosti, napovídá, že personalizace představuje zejména s rozvojem technologií potenciální problém, který právo nemůže opomíjet. Každopádně není však možné odkázat se na dovolenost personalizované ceny pouze s odkazem na ekonomické teorie nebo na případnou transparentnost, která je spíše nezbytným minimem než potenciálním ospravedlněním. Navíc je nutné brát v úvahu, že podnikatelé jsou ohledně svých obchodních praktik transparentní pouze takovým způsobem, aby naplnili zákonné požadavky – nikoli tak, aby spotřebiteli „naservírovali“ to, co by si chtěl, respektive právě nechtěl přečíst.

⁷² Blíže např. HEIDARI, K. a kol. A quantitative investigation of company perspectives on online price discrimination. *Computer Law & Security Review*. 2022, No. 46, s. 1; VÍTOVÁ, B. Zákon o ochraně spotřebitele. Komentář, § 6; *Regulating personalization in the European Union* [konference]. Amsterdam, 22.–23. září 2022; KNUDSON, L. E. *Stalking in the Grocery Aisles: Using Section 5 of the FTC Act to Curtail Big Data Driven Price Discrimination*; MORIARTY, J. *Why online personalized pricing is unfair*.

Price Personalization v. Principle of Fairness: is Price Discrimination Really Discrimination?

Kristýna Bónová (<https://orcid.org/0009-0006-7208-2107>)

Abstract: The technologies used on the Internet to track consumer behaviour and preferences process a large amount of consumer data that affects both the contract and the overall consumer online experience. The importance of consumer data represents a large profit potential for businesses. Price personalisation is one of the business practices for which businesses can use the results of the analysis the consumer data they collect. Price personalization allows for businesses to set the maximum price which an individual consumer would be willing to pay for the goods, maximizing their own profit. Opinions on individual pricing differ among lawyers and consumers – it may be perceived as fair by some and discriminatory by others. In this article, I therefore discuss price personalisation and the principle of fairness. First, I look at price personalisation and how current legislation views this practice. I then analyse discrimination from the perspective of fundamental human rights, anti-discrimination law and consumer protection law. This analysis includes the conclusions of courts that have proposed criteria for assessing whether discrimination is present. As a result, this article applies the discrimination test to price personalisation and assesses in which cases it may qualify as discrimination in the legal sense. This assessment also takes into account the issue of algorithmic decision-making.

Keywords: consumer protection, personalization, discrimination, price discrimination, principle of fairness, automated decision-making