

Iga Małobęcka-Szwast*

Stosowanie spersonalizowanych cen w świetle nowelizacji dyrektywy 2011/83/UE o prawach konsumentów i rozporządzenia 2016/679 (RODO)

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Pojęcie „personalizacji cen” i jej stosowanie w praktyce
- III. Wpływ stosowania spersonalizowanych cen na dobrobyt konsumentów
- IV. Prawa konsumentów związane ze stosowaniem spersonalizowanych cen
 1. Uprawnienia konsumentów wynikające z dyrektywy 2011/83/UE o prawach konsumentów
 2. Uprawnienia konsumentów wynikające z RODO
- V. Podsumowanie

Streszczenie

W obliczu coraz większej dostępności danych osobowych konsumentów, zaawansowanych algorytmów cenowych oraz rozwoju handlu elektronicznego powszechne stosowanie spersonalizowanych cen przez przedsiębiorców wydaje się kwestią czasu. Dyrektywa 2019/2161, choć dopuszcza stosowanie spersonalizowanych cen, to uzależnia legalność tej praktyki w szczególności od spełnienia nowych obowiązków informacyjnych oraz przestrzegania przepisów RODO, w tym zawartych tam uprawnień osób, których dane dotyczą. Zarówno dyrektywa 2011/83/UE o prawach konsumentów zmieniana dyrektywą 2019/2161, jak i RODO gwarantują konsumentom pakiet uprawnień, które mają przeciwdziałać asymetrii informacyjnej między przedsiębiorcą a konsumentem i umożliwiać tym ostatnim podejmowanie świadomych decyzji zakupowych. Jeżeli uprawnienia te będą skutecznie wdrażane przez przedsiębiorców, pozwolą one na zniwelowanie lub złagodzenie ewentualnych negatywnych skutków stosowania spersonalizowanych cen dla konsumentów, jak również na dalszy rozwój jednolitego rynku cyfrowego.

Słowa kluczowe: personalizacja cen; internetowa dyskryminacja cenowa; prawo ochrony konsumentów; prawo ochrony danych osobowych; RODO; Nowy Ład dla konsumentów; Jednolity Rynek Cyfrowy.

JEL: K24, K23, K39

* Adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Prawniczka w kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy; kontakt e-mail: i.malobECKA@wpia.uw.edu.pl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4719-4899>.

I. Wprowadzenie

Coraz powszechniejsze korzystanie przez konsumentów z internetu sprawia, że przedsiębiorcy wchodzą w posiadanie coraz większej ilości danych na ich temat (Mayer-Schönberger i Cukier, 2013). Jednocześnie wraz z rozwojem uczenia maszynowego i zaawansowanych technik przetwarzania danych oraz modeli biznesowych opartych na danych, przedsiębiorcy są w stanie coraz efektywniej analizować i wykorzystywać zebrane dane do własnych celów, w tym do dostosowania ceny swojego produktu lub usługi do indywidualnego konsumenta. Takie dane osobowe jak wiek, płeć, preferencje, lokalizacja, historia przeglądania, zachowania w internecie pozwalają im tworzyć szczegółowe profile każdego konsumenta i za pomocą algorytmów cenowych oszacować jego skłonność do zapłaty określonej ceny (*willingness to pay*) (Ezrachi i Stucke, 2016; Shelanski, 2013; Bourreau, de Streel i Graef, 2017). Im więcej danych osobowych przedsiębiorca może zebrać o konsumentach – swoich potencjalnych klientach, tym dokładniej jest on w stanie określić, ile maksymalnie konsument jest w stanie zapłacić za dany produkt lub usługę (Bourreau i de Streel, 2018; Bar-Gill, 2019).

W związku z rozwojem handlu elektronicznego coraz większe obawy budzi możliwość wykorzystywania takich narzędzi przez przedsiębiorców do ustalania spersonalizowanych cen (*personalised pricing*), czyli praktyki będącej formą dyskryminacji cenowej, która polega na stosowaniu różnych cen w zależności od skłonności danego konsumenta do zapłaty określonej ceny (OECD, 2018).

Tym samym stosowanie spersonalizowanych cen przestało być pojęciem abstrakcyjnym i stało się tematem coraz częściej dyskutowanym wśród decydentów i naukowców zajmujących się ochroną konsumentów, konkurencji i danych osobowych. Nie dziwi zatem, że prawodawca unijny w ramach reformy unijnego prawa konsumenckiego zdecydował odnieść się do tej praktyki w dyrektywie 2019/2161 w sprawie lepszego egzekwowania i unowocześnienia przepisów UE dotyczących ochrony konsumentów¹, która zmienia dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE².

Motyw 45 dyrektywy 2019/2161 dopuszcza indywidualne dostosowywanie przez przedsiębiorców cen swoich ofert do konkretnych konsumentów lub konkretnych kategorii konsumentów, uzależniając jednak legalność takich praktyk w szczególności od spełnienia nowych obowiązków informacyjnych oraz przestrzegania przepisów RODO, w tym zawartych tam uprawnień osób, których dane dotyczą.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że stosowanie spersonalizowanych cen wiąże się immanentnie z przetwarzaniem danych osobowych konsumentów (Zuiderveen Borgesius i Poort, 2017; Steppe, 2017). Algorytmy cenowe stosowane przez przedsiębiorców opierają się na zaawansowanych technikach przetwarzania i analizy danych osobowych osób fizycznych. W konsekwencji do takiej praktyki znajdują zastosowanie zarówno przepisy prawa konsumenckiego, jak i RODO³,

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2019/2161 z 27.11.2019 r. zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/6/WE, 2005/29/WE oraz 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia unijnych przepisów dotyczących ochrony konsumenta (Dz. Urz. UE 2019 L 328/7); dalej: dyrektywa zmieniająca lub dyrektywa 2019/2161. Państwa członkowskie zobowiązane są do implementacji dyrektywy do dnia 28 listopada 2021 r. i do jej stosowania od dnia 28 maja 2022 roku.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Tekst mający znaczenie dla EOG (Dz. Urz. UE 2011 L 304/64); dalej: dyrektywa o prawach konsumentów lub dyrektywa 2011/83/UE.

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE 2016 L 119/1, ze zm.); dalej: RODO.

które określa zasady przetwarzania danych osobowych oraz uprawnienia osób, których dane dotyczą (w tym konsumentów).

To dwuaspektowe podejście do zagadnienia stosowania spersonalizowanych cen w dyrektywie zmieniającej, będzie odzwierciedlone w niniejszym artykule. Stosowanie spersonalizowanych cen przedstawione zostanie z perspektywy prawa ochrony konsumentów, a także prawa ochrony danych osobowych (RODO). Oba reżimy prawne wzajemnie się przenikają i są względem siebie komplementarne (Helberger, Zuiderveen Borgesius i Reyna, 2017) – oba mają bowiem na celu ochronę dobrobytu konsumentów (osób, których dane dotyczą) i różnią się jedynie sposobem realizacji tego celu (Graef, 2018a)⁴ i w pewnym zakresie okolicznościami udzielania tej ochrony (Svantesson, 2018; Lynskey, 2014).

W pierwszej kolejności w artykule przedstawiono pojęcie „personalizacji cen”, a następnie dokonano oceny stosowania spersonalizowanych cen z perspektywy ekonomicznej. W drugiej części artykułu omówiono uprawnienia konsumentów związane ze stosowaniem spersonalizowanych cen przez przedsiębiorców wynikające zarówno z dyrektywy 2019/2161, jak i z RODO, które składają się na system ochrony konsumenta przed ewentualnymi negatywnymi skutkami stosowania takich praktyk przez przedsiębiorców.

II. Pojęcie „personalizacji cen” i jej stosowanie w praktyce

Pojęcie „spersonalizowanych cen” (zwane również internetową dyskryminacją cenową) nie doczekało się jak dotąd definicji na poziomie unijnym.

Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju definiuje personalizację cen jako praktykę „dyskryminacji cenowej konsumentów końcowych na podstawie ich cech osobowych i zachowania, w wyniku której każdy konsument jest obciążany ceną, która jest funkcją – choć niekoniecznie równą – jego gotowości do zapłaty” (OECD, 2018). Podobną definicję zaproponował brytyjski Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (*Office of Fair Trading*, dalej: OFT)⁵, który postrzega personalizację cen jako praktykę, w ramach której przedsiębiorcy wykorzystują informacje o zachowaniu lub cechach osób fizycznych, które zostały zaobserwowane, wywnioskowane lub zgromadzone przez przedsiębiorcę oraz udostępnione dobrowolnie przez te osoby, w celu ustalenia różnych cen dla różnych konsumentów (czy to indywidualnie czy grupowo), na podstawie szacunków przedsiębiorcy co do tego, ile dana osoba jest gotowa zapłacić” (OFT, 2013).

W doktrynie natomiast przyjmuje się, że personalizacja cen polega na dostosowaniu cen w taki sposób, aby każdy konsument mógł zostać obciążony maksymalną ceną, jaką jest skłonny zapłacić (Steppe, 2017), w dużej mierze na podstawie informacji, które przedsiębiorca posiada na temat konsumentów (Zuiderveen Borgesius i Poort, 2017; Poort i Zuiderveen Borgesius, 2019). Jak wynika z powyższych definicji, aby ustalać spersonalizowane ceny, przedsiębiorca musi posiadać wystarczającą ilość informacji o konsumentach – swoich obecnych lub potencjalnych klientach. Innymi słowy, personalizacja cen jest możliwa tylko wtedy, kiedy przedsiębiorca zebrał i przeanalizował wystarczającą ilość danych osobowych konsumentów (Bar-Gill, 2019).

⁴ Europejski Inspektor Ochrony Danych wskazywał, że prawo ochrony danych osobowych i ochrony konsumentów mają wspólne cele, takie jak promowanie wzrostu, innowacyjności i dobrobytu konsumentów (Hustinx, 2014).

⁵ OFT został zastąpiony w 2014 r. przez Urząd ds. Konkurencji i Rynków (Competition and Markets Authority, CMA).

Personalizacja cen w takim rozumieniu stanowi zaawansowaną formę dyskryminacji cenowej, która definiowana jest jako oferowanie tych samych towarów lub usług poszczególnym konsumentom w różnej cenie, a różnica w cenie nie odzwierciedla różnicy w kosztach ponoszonych przez przedsiębiorcę (Bourreau i in., 2017; Steppe, 2017; OECD, 2016).

W literaturze ekonomicznej wyróżnia się trzy rodzaje dyskryminacji cenowej, w zależności od poziomu dostępnych informacji o konsumentach:

- 1) dyskryminacja cenowa pierwszego stopnia (lub doskonała dyskryminacja cenowa), która występuje, gdy każdy konsument jest obciążany ceną równą jego gotowości do zapłaty;
- 2) dyskryminacja cenowa drugiego stopnia, która ma miejsce, gdy przedsiębiorcy oferują kilka opcji, a konsumenci samodzielnie dokonują wyboru na podstawie swoich preferencji; w takim przypadku cena produktu nie zależy od cech klienta, ale od zakupionej przez niego ilości danego produktu;
- 3) dyskryminacja cenowa trzeciego stopnia, która występuje, gdy różne ceny są przyznawane różnym grupom konsumentów, których można wyodrębnić w oparciu o ich szczególne cechy (np. studenci, osoby starsze) (Pigou, 1920; Papandropoulos, 2007; OECD, 2016).

Przyjmuje się, że personalizacja cen obejmuje dyskryminację cenową zarówno pierwszego, jak i trzeciego stopnia z małymi grupami docelowymi (Bourreau i in., 2017). Chociaż dyskryminacja cenowa trzeciego stopnia jest już powszechnie stosowana w praktyce zarówno w środowisku online, jak i offline, i co do zasady nie budzi kontrowersji, do tej pory argumentowano, że w praktyce jest mało prawdopodobne, aby przedsiębiorcy byli w stanie stosować doskonałą dyskryminację cenową (dyskryminację cenową pierwszego stopnia) (Pigou, 1920; Steppe, 2017). Niemniej jednak wraz z pojawieniem się zaawansowanych mechanizmów analizy danych i skomplikowanych algorytmów cenowych przedsiębiorcy są w stanie dzielić konsumentów na coraz mniejsze grupy, a granica między dyskryminacją cenową pierwszego i trzeciego stopnia zaczyna się powoli zacieśniać (Ezrahi i Stucke, 2016; Bourreau i in., 2017; Townley, Morrison i Yeung, 2017; Shiller, 2014).

Chociaż mogłoby się wydawać, że rozwój technologiczny i coraz większa dostępność informacji na temat konsumentów przyczyni się do powszechnej personalizacji cen w środowisku internetowym, jak dotąd brakuje dowodów potwierdzających taką praktykę. Brytyjski urząd ochrony konkurencji i konsumentów (OFT) w swoim raporcie z 2013 r. wskazał, że chociaż spersonalizowane ceny są technicznie możliwe, „firmy nie wykorzystują informacji o osobach do ustalania wyższych cen” konsumentom (OFT, 2013). Podobnie francuski organ ochrony danych i organ ochrony konkurencji we wspólnym raporcie z 2014 r. nie znalazły dowodów na to, że platformy handlu elektronicznego ustalają spersonalizowane ceny na podstawie adresu IP w witrynach handlu elektronicznego (CNIL i DGCCRF, 2014).

Brytyjski Urząd ds. Konkurencji i Rynków (*Competition and Markets Authority*, dalej: CMA) powtórzył i rozszerzył badanie OFT, ale również nie znalazł dowodów na stosowanie takiej praktyki (CMA, 2018). Konsultanci Komisji Europejskiej przeprowadzili podobną analizę i nie znaleźli dowodów na spójne i systematyczne różnicowanie cen w przypadkach, w których platforma handlu elektronicznego mogła obserwować cechy klientów i kiedy nie miała takiej możliwości. Autorzy zastrzegli jednak, że badanie opierało się na próbie 160 stron internetowych z 4 kategorii produktowych (bilety lotnicze, hotele, buty sportowe i telewizory) oraz 8 krajów członkowskich UE, w związku z czym wyniki mogą nie być reprezentatywne dla całego rynku handlu elektronicznego w UE (EC, 2018).

Ponadto argumentuje się, że wielu przedsiębiorców ustala spersonalizowane ceny, ale robi to w mniej oczywisty sposób – ustalają oni co prawda jednolitą cenę dla wszystkich konsumentów, ale jednocześnie oferują poszczególnym konsumentom spersonalizowane rabaty (Bourreau i in., 2017; Howe, 2017). Choć mogłoby się wydawać, że efekt stosowania spersonalizowanych zniżek jest podobny, to w założeniu konsument nie płaci maksymalnej ceny, którą jest skłonny zapłacić za dany produkt. Konsument otrzymuje spersonalizowaną cenę, ale co do zasady powinna być ona niższa niż cena bazowa. Stosowanie takiej praktyki znajduje potwierdzenie w badaniach przeprowadzonych przez OFT. Chociaż OFT nie stwierdził, że przedsiębiorcy wykorzystują informacje o osobach fizycznych do ustalania wyższych cen, to doszedł do wniosku, że wykorzystują oni takie informacje do udoskonalenia swoich strategii cenowych i oferowania spersonalizowanych rabatów (OFT, 2013).

Pomimo powyższych ustaleń kwestia personalizacji cen pozostaje kontrowersyjna. Wiele osób postrzega spersonalizowane ceny jako nieuczciwe lub manipulujące wyborami konsumentów (Mik, 2016; Steppe, 2017; Zuiderveen Borgesius i Poort, 2017).

Ponadto, chociaż w praktyce nie zaobserwowano, że personalizacja cen jest powszechnie stosowana zarówno doktryna, jak i urzędy w różnych państwach członkowskich twierdzą, że sytuacja ta może ulec zmianie w najbliższej przyszłości (Autorité de la Concurrence i Bundeskartellamt, 2016; Odlyzko, 2009). Brytyjski CMA zauważył, że rosnąca dostępność danych, w połączeniu z wykorzystaniem coraz bardziej wyrafinowanych algorytmów, prowadzi nieuchronnie do tego, że „przedsiębiorcy będą mogli w przyszłości stosować spersonalizowane ceny” (CMA, 2018). Z tego względu wydaje się, że już na obecnym etapie należy ukształtować przepisy prawa w taki sposób, aby przeciwdziałać ewentualnym negatywnym skutkom takich praktyk w przyszłości. W pewnym zakresie postulat ten spełnia właśnie dyrektywa 2019/2161.

Jednocześnie należy podkreślić, że personalizacja cen różni się od dynamicznego ustalania cen (*dynamic pricing*) oraz spersonalizowanych rankingów (*personalised ranking*). W przypadku dynamicznego ustalania cen, przedsiębiorcy ustalają ceny produktów lub usług w oparciu o algorytmy, które uwzględniają aktualny popyt i podaż na dany produkt lub usługę, ceny konkurencji oraz inne zewnętrzne czynniki (np. data, godzina, warunki atmosferyczne)⁶. Spersonalizowany ranking (plasowanie) polega natomiast na tym, że konsumentom prezentowane są produkty lub usługi w określonej kolejności, dostosowanej do określonej osoby (jej gustów, preferencji i innych informacji na jej temat)⁷.

III. Wpływ stosowania spersonalizowanych cen na dobrobyt konsumentów

Z ekonomicznego punktu widzenia wpływ spersonalizowanych cen (dyskryminacji cenowej) na ogólny dobrobyt konsumentów jest niejednoznaczny (Bishop i Walker, 2010; OECD, 2016; Graef, 2018). Konsumenti różnią się między sobą skłonnością do zapłaty określonej ceny oraz poziomem wrażliwości na ceny. Przedsiębiorca mając wiedzę o tym, ile dany konsument jest

⁶ Dynamiczne ceny są częstą praktyką w branży turystycznej, hotelarskiej oraz transporcie (np. Uber), zob. Komisja Europejska (2018). Personalised pricing in the digital era – Note by the European Union, OECD, DAF/COMP/WD(2018)128.

⁷ Praktyka polegająca na plasowaniu ofert jest regulowana przez dyrektywę 2019/2161 oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1150, które nakładają w tym zakresie na przedsiębiorców określone obowiązki. Zgodnie z nowym art. 2 ust. 1 lit. m dyrektywy 2005/29/WE, „plasowanie” oznacza przyznawanie określonej widoczności produktom w formie, w jakiej to plasowanie zostało przedstawione, zorganizowane lub przekazane przez przedsiębiorcę, niezależnie od środków technologicznych wykorzystanych do takiego przedstawienia, zorganizowania lub przekazu.

w stanie zapłacić za określony produkt i jaka jest jego wrażliwość na ceny, może dyskryminować cenowo i dostosowywać ceny do indywidualnego konsumenta.

Może on zatem oferować dany produkt po cenie wyższej od bazowej tym konsumentom, którzy wysoko cenią dany produkt, mają niską wrażliwość na ceny oraz są skłonni do zapłaty wyższej ceny. Jednocześnie może on oferować ten sam produkt po cenie niższej od bazowej tym konsumentom, którzy mają wysoką wrażliwość na ceny i nie cenią tak wysoko danego produktu, a w konsekwencji którzy są skłonni do zapłaty ceny wyłącznie w wysokości niższej od bazowej.

Z jednej strony zatem konsumenci, którzy mają wysoką skłonność do zapłaty będą w gorszej sytuacji w przypadku stosowania spersonalizowanych cen. Muszą oni bowiem zapłacić za produkt wyższą cenę niż w przypadku stosowania przez przedsiębiorcę jednolitych cen produktów dla wszystkich konsumentów, co w konsekwencji może ograniczyć produkcję. Ponadto dyskryminacja cenowa pozbawia takie grupy konsumentów części ich nadwyżek konsumenckich. Im bardziej skuteczny jest system dyskryminacji cenowej, z którego korzysta przedsiębiorca, tym w większym zakresie może on pozbawić konsumentów ich nadwyżki (Zuiderveen Borgesius i Poort, 2017; Bourreau i in., 2017). Dyskryminacja cenowa i personalizacja cen może zatem prowadzić do przeniesienia dobrobytu z konsumenta na przedsiębiorców.

Z drugiej strony – konsumenci, których skłonność do zapłaty jest niższa, są w lepszej sytuacji w przypadku stosowania spersonalizowanych cen – otrzymują oni cenę niższą niż w przypadku stosowania cen jednolitych. W efekcie tacy konsumenci są w bardziej uprzywilejowanej pozycji, ponieważ mają dostęp do produktu lub usługi, chociaż ich skłonność do zapłaty jest niższa od bazowej ceny tego produktu (Shelanski, 2013; Bourreau i in., 2017). W konsekwencji wzrasta również liczba transakcji na rynku, co ma pozytywny wpływ na całkowity dobrobyt.

Można zatem przyjąć, że dyskryminacja cenowa i personalizacja cen szkodzi zatem konsumentom, którzy wysoko cenią dany produkt, ponieważ płacą więcej, niż gdyby przedsiębiorca ustalił jednolitą cenę, ale przynosi korzyści konsumentom, których skłonność do zapłaty jest niższa od tej ceny (Shelanski, 2013). Chociaż dyskryminacja cenowa jest społecznie korzystna w zakresie, w jakim zwiększa produkcję, to zwykle przenosi ona nadwyżkę z konsumentów na producentów (Shelanski, 2013).

W literaturze wskazuje się, że wpływ dyskryminacji cenowej i personalizacji cen na dobrobyt zależy od wielu warunków i należy go każdorazowo oceniać w określonych okolicznościach. W zależności od okoliczności dyskryminacja cenowa i spersonalizowane ceny mogą być korzystne albo szkodliwe dla indywidualnych konsumentów i ogólnego dobrobytu konsumentów (Zuiderveen Borgesius i Poort, 2017).

Jednocześnie warto zwrócić uwagę, że stosowanie spersonalizowanych cen może zmniejszyć zaufanie konsumentów do rynków internetowych, w szczególności jeżeli nie są oni informowani w przejrzysty sposób o takiej praktyce (Bourreau i in., 2017). Nietrudno sobie bowiem wyobrazić, że konsument będzie postrzegał rynki internetowe jako niepewne i niebezpieczne, jeżeli przedsiębiorca w niejasny sposób dostosowuje ceny do indywidualnego konsumenta, by wykorzystać jego niewiedzę dla własnego zysku lub po prostu go oszukać (van Boom, van der Rest, van den Bos i Dechesne, 2020). W konsekwencji taka praktyka może globalnie zniechęcić do zakupów przez internet i negatywnie wpłynąć na rozwój jednolitego rynku cyfrowego.

IV. Prawa konsumentów związane ze stosowaniem spersonalizowanych cen

Dyrektywa 2019/2161 i zmieniane nią dyrektywy (w tym dyrektywa o prawach konsumentów) dopuszcza stosowanie przez przedsiębiorców spersonalizowanych cen⁸. Jak wskazano powyżej, motyw 45 wprost stanowi, że przedsiębiorcy mogą indywidualnie dostosowywać cenę swoich ofert do konkretnych konsumentów lub konkretnych kategorii konsumentów w oparciu o zautomatyzowane podejmowanie decyzji i profilowanie zachowań konsumentów pozwalające przedsiębiorcom ocenić siłę nabywczą konsumentów. Jednocześnie jednak regulacja ta uzależnia możliwość stosowania spersonalizowanych cen od spełnienia przez przedsiębiorcę nowego obowiązku informacyjnego wprowadzonego w art. 6 ust. 1 lit. ea dyrektywy o prawach konsumentów (art. 4 ust. 4 lit. a pkt (ii) dyrektywy 2019/2161), jak również obowiązków i uprawnień osób, których dane dotyczą (konsumentów)⁹ określonych w RODO. Należy bowiem podkreślić, że stosowanie spersonalizowanych cen odbywa się w oparciu o przetwarzanie danych osobowych konsumentów i w związku z tym do takiego przetwarzania znajdują zastosowanie przepisy RODO, które przyznają osobom, których dane dotyczą (w tym konsumentom) określone uprawnienia. Poniżej omówione zostaną uprawnienia konsumentów przysługujące im z związku ze stosowaniem spersonalizowanych cen na gruncie dyrektywy o prawach konsumentów zmienianej dyrektywą 2019/2161 oraz RODO.

1. Uprawnienia konsumentów wynikające z dyrektywy 2011/83/UE o prawach konsumentów

Dodany art. 6 ust. 1 lit. ea dyrektywy 2011/83/UE o prawach konsumentów przewiduje, że zanim konsument zostanie związany umową zawieraną na odległość lub umową zawieraną poza lokalem przedsiębiorstwa, lub jakąkolwiek ofertą w tym zakresie, przedsiębiorca jest zobowiązany w jasny i zrozumiały sposób udzielić konsumentowi informacji o tym, że cena została indywidualnie dostosowana w oparciu o zautomatyzowane podejmowanie decyzji (w przypadku gdy ma to zastosowanie).

Warto wskazać, że obowiązki informacyjne odgrywają kluczową rolę w unijnym prawie konsumenckim i są jednym z głównych sposobów ochrony konsumenta. Relacje między konsumentem a przedsiębiorcą charakteryzują się bowiem nierównością sił i asymetrią informacji – przedsiębiorca jako profesjonalny uczestnik obrotu ma zwykle większą wiedzę na temat przedmiotu umowy niż konsument, który ze względu na istniejące niedoskonałości rynku jest słabszą stroną transakcji (Graef, 2018a). W założeniu przekazanie konsumentom wymaganych informacji przez przedsiębiorcę ma zwalczać istniejącą asymetrię informacji, pomóc im w podjęciu świadomej decyzji o zakupie oraz wzmocnić ich autonomię (Helberger i in., 2017; Ratti, 2018)¹⁰.

W kontekście spersonalizowanych cen, motyw 45 dyrektywy wyjaśnia, że konsumenci powinni być wyraźnie informowani, gdy zaproponowana im cena została indywidualnie dostosowana

⁸ Stosowanie spersonalizowanych cen może być jednak połączone ze stosowaniem nieuczciwych praktyk rynkowych i w takim przypadku może naruszać przepisy prawa konsumenckiego, w szczególności dyrektywy 2005/29/WE. Zob. Komisja Europejska (2016). Dokument Roboczy Służb Komisji, Wytyczne dotyczące wykonania/stosowania dyrektywy 2005/29/WE w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych, towarzyszący dokumentowi Komunikat Komisji do PE, Rady Europejskiej, Komitetu Ekonomiczno-społecznego i Komitetu Regionów – Kompleksowe podejście na rzecz ożywienia transgranicznego handlu elektronicznego z korzyścią dla europejskich obywateli i przedsiębiorstw.

⁹ Zakresy pojęć „konsumenta” i „osoby, której dane dotyczą” nie są identyczne. Każdy konsument jest osobą, której dane dotyczą, natomiast nie każda osoba, której dane dotyczą jest konsumentem. W tym zakresie pojęcie osoby, której dane dotyczą jest szersze.

¹⁰ Zwalczeniu istniejącej asymetrii sił i informacji służą również przepisy o ochronie danych osobowych (Lynskey, 2014).

na podstawie zautomatyzowanego podejmowania decyzji, tak aby mogli uwzględnić potencjalne ryzyko przy podejmowaniu decyzji o zakupie.

Warto przy tym wskazać, że zaproponowany przez Komisję Europejską projekt dyrektywy nie przewidywał zmian w dyrektywie 2011/83/UE dotyczących stosowania spersonalizowanych cen¹¹. Zmiany w tym zakresie zostały zaproponowane dopiero przez Parlament Europejski na dalszym etapie procedury ustawodawczej¹², ale w innym brzmieniu niż obecnie. Proponowano wprowadzenie obowiązku informowania o tym, „czy i w jaki sposób wykorzystano algorytmy lub zautomatyzowane podejmowanie decyzji, aby przedstawić oferty lub ustalić ceny, w tym spersonalizowane techniki wyceny”. Obecny zakres obowiązku informacyjnego jest zatem zdecydowanie węższy niż ten proponowany przez Parlament Europejski. Obejmuje on jedynie informowanie o tym czy, a nie w jaki sposób zautomatyzowane podejmowanie decyzji zostało wykorzystane, aby dostosować ceny.

Można mieć wątpliwości, czy słusznie zrezygnowano z informowania konsumenta o sposobie dostosowywania takich cen. Wydaje się, że konsument, wiedząc jakie mechanizmy i jakie dane na jego temat są wykorzystywane do ustalenia indywidualnej ceny, mógłby w sposób bardziej świadomy podejmować decyzje odnośnie do określonych transakcji. Sama informacja o tym, że cena została „indywidualnie dostosowana w oparciu o zautomatyzowane podejmowanie decyzji” nie odzwierciedla bowiem rzeczywistego procesu ustalania ceny i może być dla konsumenta niejasna. W szczególności, konsument może nie być świadomy, że cena została dostosowana w oparciu o jego dane osobowe, a także może nie mieć wiedzy czym jest „zautomatyzowane podejmowanie decyzji” i jaki ma wpływ na ostateczną cenę.

W tym kontekście szczególne znaczenie będzie miało wdrażanie tych przepisów przez przedsiębiorców, którzy będą musieli przedstawić informacje, o których mowa w art. 6 ust. 1 lit. ea dyrektywy 2011 w sposób „jasny i zrozumiały”, a także ich egzekwowanie przez organy ochrony konsumentów. Należy mieć nadzieję, że praktyka stosowania tego przepisu rzeczywiście pozwoli konsumentom na uwzględnienie potencjalnego ryzyka przy podejmowaniu decyzji o zakupie w przypadku stosowania przez przedsiębiorcę spersonalizowanych cen.

W końcu warto również zauważyć, że przeciwieństwie do wersji zaproponowanej przez Parlament, nowy obowiązek informacyjny nie ma zastosowania do pozostałych mechanizmów zautomatyzowanego ustalania cen, takich jak dynamiczne ustalanie ceny czy ustalanie ceny „w czasie rzeczywistym”¹³, jeżeli techniki te nie obejmują indywidualnego dostosowania w oparciu o zautomatyzowane podejmowanie decyzji (motyw 45) (Namysłowska i Jabłonowska, 2020).

Choć dynamiczne ustalanie cen budzi mniej zastrzeżeń niż ceny spersonalizowane, ponieważ nie pociąga za sobą jakiegokolwiek formy dyskryminacji (wszyscy konsumenci otrzymują tę samą cenę, która zależy jednak od zmian popytu i podaży) i nie bazuje na informacjach o indywidualnych konsumentach, to można zastanawiać się, czy konsument nie powinien zostać poinformowany o stosowaniu takich praktyk (OECD, 2018). Wydaje się, że często dla konsumenta nie jest jasne,

¹¹ Wniosek Dyrektywa PE i Rady zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG z 5.04.1993 r., dyrektywę PE i Rady 98/6/WE, dyrektywę PE i Rady 2005/29/WE oraz dyrektywę PE i Rady 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia przepisów UE dotyczących ochrony konsumenta (COM(2018)185 final).

¹² Projekt rezolucji ustawodawczej PE w sprawie wniosku dotyczącego dyrektywy PE i Rady zmieniającej dyrektywę Rady 93/13/EWG z 5.04.1993 r., dyrektywę PE i Rady 98/6/WE, dyrektywę PE i Rady 2005/29/WE oraz dyrektywę PE i Rady 2011/83/UE w odniesieniu do lepszego egzekwowania i unowocześnienia przepisów UE dotyczących ochrony konsumenta z 25.01.2019 r. (COM(2018)0185 – C8-0143/2018 – 2018/0090(COD)) – zob. poprawka 65.

¹³ Komisja Europejska (2018). Personalised pricing in the digital era – Note by the European Union, OECD, DAF/COMP/WD(2018)128.

dlaczego za taki sam produkt czy usługę musi płacić więcej, np. w określonych porach lub czasie niż w innych. Taka informacja może natomiast wpłynąć na jego decyzję zakupową i odwieść go od skorzystania z usługi lub zakupu produktu w danym momencie.

Pomimo powyższych zastrzeżeń co do treści nowego obowiązku informacyjnego, należy zwrócić uwagę, że dyrektywa 2011/83/UE przewiduje maksymalny charakter harmonizacji. W konsekwencji wszelkie zmiany w zakresie tego obowiązku wymagałyby zmian legislacyjnych na poziomie UE (Namysłowska i Jabłonowska, 2020).

Uzupełnieniem powyższego obowiązku i skorelowanego z nim prawa konsumentów są przepisy RODO, w szczególności art. 22 RODO, który przewiduje określone gwarancje dla osób, których dane dotyczą (w tym konsumentów), w przypadku zautomatyzowanego podejmowania decyzji.

2. Uprawnienia konsumentów wynikające z RODO

Motyw 45 dyrektywy zmieniającej wprost przewiduje, że powyżej omówiony wymóg informacyjny pozostaje bez uszczerbku dla RODO, które przewiduje między innymi przysługujące każdej osobie fizycznej prawo do tego, by nie być poddawana zautomatyzowanemu podejmowaniu decyzji w indywidualnych przypadkach, w tym profilowaniu.

Z motywu tego płyną dwa główne wnioski. Po pierwsze, ponieważ w ramach stosowania spersonalizowanych cen dochodzi do przetwarzania danych osobowych, konsumentom przysługują wszystkie uprawnienia, o których mowa w RODO, w tym prawo do niepodlegania zautomatyzowanemu podejmowaniu decyzji, o którym mowa w art. 22 ust. 1 RODO¹⁴.

Po drugie, unijny prawodawca kwalifikuje dostosowywanie ceny do konkretnego konsumenta jako całkowicie zautomatyzowane podejmowanie decyzji w indywidualnych przypadkach, w tym profilowanie, które wywołuje wobec tej osoby skutki prawne lub w podobny sposób istotnie na nią wpływa, o czym mowa w art. 22 ust. 1 RODO.

Całkowicie zautomatyzowane podejmowanie decyzji oznacza, że proces decyzyjny odbywa się bez udziału człowieka¹⁵. Wywoływanie skutków prawnych oznacza z kolei, że dana decyzja ma wpływ na prawa danej osoby przewidziane w przepisach, na status prawny danej osoby lub na prawa przysługujące jej na mocy umowy. Natomiast inny istotny wpływ, jaki może być wywołany przez całkowicie zautomatyzowaną decyzję, rozumiany jest jako istotny wpływ na sytuację danej osoby (w tym jej sytuację finansową), jej zachowanie lub podejmowane przez nią wybory¹⁶ (ICO, 2020).

Zatem w przypadku braku udziału człowieka w operacjach przetwarzania prowadzących do ustalenia spersonalizowanej ceny, takie przetwarzanie należy traktować jako oparte wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu. Choć można mieć wątpliwości, czy stosowanie spersonalizowanej ceny wywołujące skutki prawne wobec osoby, której dane dotyczą, to nie ulega wątpliwości, że taka decyzja może podobnie znacząco na nią wpłynąć¹⁷ (Zuiderveen Borgesius i Poort, 2017). W szczególności stosowanie spersonalizowanych cen może wpłynąć w istotny sposób na wybory

¹⁴ Choć motyw 45 nie odnosi się wprost do art. 22 RODO, to stosowanie tego przepisu wynika właśnie z odniesienia do prawa do niepodlegania zautomatyzowanemu podejmowaniu decyzji w indywidualnych przypadkach, w tym profilowaniu.

¹⁵ W art. 22 ust. 1 RODO mowa jest o „decyzjach, które opierają się wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu”.

¹⁶ Grupa Robocza Art. 29 (2018). Wytyczne w sprawie zautomatyzowanego podejmowania decyzji i profilowania do celów rozporządzenia 2016/679, WP251 rev. 01.

¹⁷ Komisja Europejska (2018). Personalised pricing in the digital era – Note by the European Union, OECD, DAF/COMP/WD(2018)128.

podejmowane przez konsumenta, np. nakłaniając go do zakupu określonego produktu czy usługi po określonej cenie, co może mieć przełożenie na jego sytuację finansową.

Grupa Robocza Art. 29¹⁸ w swoich wytycznych w sprawie zautomatyzowanego podejmowania decyzji i profilowania do celów rozporządzenia 2016/679 również kwalifikuje stosowanie spersonalizowanych cen jako całkowicie zautomatyzowane podejmowanie decyzji, które wywiera istotny wpływ na osobę fizyczną¹⁹. Grupa Robocza Art. 29 wskazuje, że zautomatyzowane podejmowanie decyzji, które prowadzi do zróżnicowania poziomu cen na podstawie danych osobowych lub cech charakteru, może wywrzeć istotny wpływ na osoby, których dane dotyczą (konsumentów) – na przykład ustanowienie zaporowo wysokich cen mogłoby uniemożliwić danej osobie uzyskanie dostępu do określonych towarów lub usług²⁰ (ICO, 2020).

Jednocześnie ustalanie spersonalizowanych cen można uznać za profilowanie w rozumieniu RODO. Profilowanie jest dowolną formą zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych, które polega na wykorzystaniu danych osobowych do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, w szczególności do analizy lub prognozy aspektów dotyczących efektów pracy tej osoby fizycznej, jej sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji, zainteresowań, wiarygodności, zachowania, lokalizacji lub przemieszczania się (art. 4 pkt 4 RODO). W przypadku spersonalizowanych cen, administrator wykorzystuje bowiem dane osobowe do oceny siły nabywczej konsumenta (motyw 45), którą można uznać za „czynnik osobowy osoby fizycznej”.

Uznanie, że stosowanie spersonalizowanych cen stanowi całkowicie zautomatyzowaną decyzję istotnie wpływającą na konsumenta w rozumieniu art. 22 ust. 1 RODO niesie ze sobą określone skutki w zakresie uprawnień przysługujących osobom, których dane dotyczą (konsumentom) oraz obowiązków przedsiębiorców (administratorów).

Przedsiębiorca jako administrator danych, który ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych²¹, decydując się na stosowanie spersonalizowanych cen, musi spełniać wszystkie wymogi dotyczące przetwarzania danych osobowych, o których mowa w RODO. W szczególności musi on przestrzegać zasad przetwarzania danych osobowych z art. 5 RODO oraz legitymować się podstawą prawną przetwarzania z art. 6 ust. 1 RODO. Jest to szczególnie istotne w przypadku całkowicie zautomatyzowanego podejmowania decyzji (takiego jak ustalanie spersonalizowanej ceny), ponieważ art. 22 ust. 1 RODO ustanawia generalny zakaz podejmowania takich decyzji, chyba że zastosowanie znajdzie jeden z wyjątków, o których mowa w art. 22 ust. 2 RODO (Czerniawski, 2018). Stosowanie spersonalizowanej ceny będzie zatem zgodne z prawem tylko wtedy, gdy: (1) będzie to konieczne do zawarcia lub wykonania umowy między osobą, której dane dotyczą a administratorem, (2) dozwolone na mocy prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego; albo (3) gdy będzie opierało się na wyraźnej zgodzie osoby, której dane dotyczą (z zastrzeżeniem konieczności spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 3 i 4 RODO). Odnosząc się do pierwszych dwóch przesłanek należy zauważyć, że brakuje przepisów prawa, które pozwalałyby na

¹⁸ Grupa Robocza Art. 29 została powołana na mocy art. 29 dyrektywy 95/46/WE i była ona niezależnym europejskim organem doradczym w zakresie ochrony danych i prywatności. Wraz z rozpoczęciem stosowania RODO została ona zastąpiona przez Europejską Radę Ochrony Danych (EROD), która zatwierdziła wszystkie wytyczne i opinie wydane przez Grupę Roboczą Art. 29.

¹⁹ Grupa Robocza Art. 29 (2018). Wytyczne w sprawie zautomatyzowanego podejmowania decyzji i profilowania do celów rozporządzenia 2016/679, WP251 rev. 01.

²⁰ Ibidem.

²¹ Zgodnie z art. 4 pkt 7 RODO, administrator oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych. W tym przypadku celem przetwarzania danych osobowych jest personalizacja cen.

całkowicie zautomatyzowane podejmowanie decyzji w celu przyznania spersonalizowanej ceny, a decyzja o przyznaniu danej osobie spersonalizowanej ceny nie wydaje się niezbędna do tego, aby zawrzeć z tą osobą umowę. Stąd przyznanie spersonalizowanej ceny w oparciu o wyłączne zautomatyzowane podejmowanie decyzji będzie zgodne z prawem tylko wtedy, kiedy będzie opierało się na wyraźnej zgodzie osoby, której dane dotyczą²² (Zuiderveen Borgesius i Poort, 2017).

Jednocześnie z racji tego, że stosowanie spersonalizowanych cen wiąże się z przetwarzaniem danych osobowych konsumentów, posiadają oni – jako podmioty danych – wszystkie uprawnienia określone w art. 12–22 RODO. Do uprawnień tych należą: uprawnienia informacyjne (art. 13 i 14 RODO), prawo dostępu do danych (art. 15 RODO), prawo do sprostowania danych osobowych (art. 16 RODO), prawo do usunięcia danych (art. 17 RODO), prawo do ograniczenia przetwarzania (art. 18 RODO), prawo do przenoszenia danych (art. 20 RODO)²³, prawo do sprzeciwu (art. 21 RODO)²⁴, prawo do uzyskania interwencji ludzkiej ze strony administratora, do wyrażenia własnego stanowiska i do zakwestionowania decyzji podjętej w sposób zautomatyzowany (art. 22 ust. 3 RODO). Uprawnienia te są wykonywane na zasadach określonych w art. 12 RODO.

Do szczególnych uprawnień konsumentów związanych z zautomatyzowanym przetwarzaniem, w tym profilowaniem na potrzeby stosowania spersonalizowanych cen zalicza się przede wszystkim uprawnienia informacyjne określone w art. 13 ust. 2 lit. f RODO (w przypadku gdy administrator pozyskał dane osobowe bezpośrednio od osoby, której dane dotyczą) oraz art. 14 ust. 2 lit. g RODO (w przypadku gdy administrator pozyskał dane osobowe w sposób inny niż bezpośrednio od osoby, której dane dotyczą)²⁵. Stosownie do tych przepisów administrator musi przekazać osobom, których dane dotyczą (konsumentom) informacje o zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji, w tym o profilowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 i 4 RODO, oraz – przynajmniej w tych przypadkach – istotnych informacji o zasadach ich podejmowania, a także o znaczeniu i przewidywanych konsekwencjach takiego przetwarzania dla osoby, której dane dotyczą.

Podobne uprawnienie wynika z prawa dostępu z art. 15 ust. 1 lit. h RODO. Stosownie do tego przepisu administrator ma obowiązek przedstawić osobie, której dane dotyczą (konsumentowi) informacje o zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji, w tym o profilowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 i 4 RODO, a także – przynajmniej w tych przypadkach – istotne informacje o zasadach ich podejmowania, a także o znaczeniu i przewidywanych konsekwencjach takiego przetwarzania dla osoby, której dane dotyczą.

W zakresie powyższych obowiązków i skorelowanych z nimi uprawnień podmiotów danych, kluczowe jest znaczenie pojęć „istotnych informacji o zasadach podejmowania decyzji”, a także informacji „o znaczeniu i przewidywanych konsekwencjach takiego przetwarzania dla osoby, której dane dotyczą”.

Grupa Robocza Art. 29 wyjaśnia w swoich wytycznych, że informacje te powinny być na tyle wyczerpujące i przedstawione w taki sposób, aby osoba, której dane dotyczą mogła zrozumieć powody podjętej wobec niej decyzji. Administrator powinien przedstawić osobie, której dane

²² Komisja Europejska (2018). Personalised pricing in the digital era – Note by the European Union, OECD, DAF/COMP/WD(2018)128.

²³ Uprawnienie to przysługuje wyłącznie w przypadku gdy przetwarzanie odbywa się na podstawie zgody w myśl art. 6 ust. 1 lit. a) lub art. 9 ust. 2 lit. a) lub na podstawie umowy w myśl art. 6 ust. 1 lit. b); oraz przetwarzanie odbywa się w sposób zautomatyzowany.

²⁴ Prawo do sprzeciwu przysługuje wyłącznie, gdy podstawą prawną przetwarzania danych osobowych, w tym profilowania, jest art. 6 ust. 1 lit. e lub lit. f RODO.

²⁵ Grupa Robocza Art. 29 (2018). Wytyczne w sprawie zautomatyzowanego podejmowania decyzji i profilowania do celów rozporządzenia 2016/679, WP251 rev. 01.

dotyczą czynniki brane pod uwagę w procesie podejmowania decyzji (np. konkretne kategorie danych osobowych i powody uznania tych danych za istotne dla ustalenia wysokości spersonalizowanej ceny), które mogą również służyć tej osobie do zakwestionowania tej decyzji na podstawie art. 22 ust. 3 RODO²⁶. Grupa Robocza Art. 29 zastrzega jednak, że informacje te niekoniecznie muszą mieć postać szczegółowego objaśnienia stosowanych algorytmów lub ujawnienia ich w całości.

W odniesieniu do informacji o znaczeniu i przewidywanych konsekwencjach takiego przetwarzania dla osoby, której dane dotyczą administrator powinien wyjaśnić w zrozumiały sposób, jaki wpływ będzie miało na tę osobę zautomatyzowane podejmowanie decyzji. W przypadku stosowania spersonalizowanych cen obowiązek ten może sprowadzać się w szczególności do poinformowania konsumenta, że dochodzi do przetwarzania w celu ustalenia spersonalizowanej ceny, jakie dane osobowe stanowią podstawę jej ustalenia i jaki jest ich wpływ na ostateczną decyzję w zakresie ceny oferowanej konsumentowi, jak również o przewidywanych konsekwencjach takiego przetwarzania dla konsumenta, które mogą polegać na ustaleniu ceny odpowiadającej jego sile nabywczej i ewentualnemu skłonieniu go do zakupu danego produktu lub usługi.

Zakres uprawnień informacyjnych gwarantowanych konsumentom na gruncie RODO wykracza zatem znacząco poza ramy wprowadzone w art. 6 ust. 1 lit. ea dyrektywy 2011/83/UE. Obejmują one nie tylko informacje o tym, że cena została indywidualnie dostosowana w oparciu o zautomatyzowane podejmowanie decyzji, lecz także o zasadach ich podejmowania, jak również o znaczeniu i przewidywanych konsekwencjach takiego przetwarzania dla osoby, której dane dotyczą. Wydaje się zatem, że przepisy RODO stanowią wartościowe uzupełnienie przepisów dyrektywy 2011/83/UE i niwelują część zidentyfikowanych powyżej niedoskonałości uprawnień informacyjnych konsumentów.

Ostatnim szczególnym uprawnieniem związanym z zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji jest prawo do uzyskania interwencji ludzkiej ze strony administratora, do wyrażenia własnego stanowiska i do zakwestionowania decyzji podjętej w sposób zautomatyzowany (art. 22 ust. 3 RODO)²⁷.

Jak wskazuje się w doktrynie, treść tego prawa należy interpretować jako możliwość żądania ponownego przeanalizowania sytuacji osoby, której dotyczy decyzja, wzięcia pod uwagę dodatkowych informacji przekazanych przez tę osobę (jeżeli mają one znaczenie przy podejmowanej decyzji) i podjęcia ponownej decyzji przez człowieka (Syska, 2019; Malgieri, 2019).

W praktyce oznacza to, że konsument, którego dotyczy zautomatyzowana decyzja o przyznaniu spersonalizowanej ceny może żądać od przedsiębiorcy (administratora) podjęcia ponownej decyzji w tym zakresie, tym razem przez człowieka. Konsument może, ale nie musi, dostarczyć administratorowi dodatkowych informacji dotyczących jego sytuacji. Wobec czego człowiek zobowiązany jest do dokonania ponownej analizy i przeglądu decyzji, w tym wzięcia pod uwagę ewentualnych nowych informacji.

²⁶ Zgodnie z Wytycznymi Grupy Roboczej Art. 29, osoba, której dane dotyczą może skorzystać ze swojego uprawnienia z art. 22 ust. 3 RODO, tj. może zakwestionować decyzję lub przedstawić własne stanowisko tylko wówczas, gdy w pełni rozumie, w jaki sposób i na jakiej podstawie podjęto decyzję.

²⁷ Kwestią sporną w doktrynie jest to, czy art. 22 ust. 3 RODO ustanawia jedno uprawnienie czy trzy odrębne prawa. Za istnieniem jednego złożonego uprawnienia opowiadają się np. K. Syska (2019), M. Czerniawski (2018) i do tego stanowiska przychyliła się autorka. Na istnienie trzech odrębnych uprawnień wskazuje np. G. Malgieri (2019) oraz F. Geburczyk (2020).

Podmiotem odpowiedzialnym za realizację powyższych uprawnień osób, których dane dotyczą (konsumentów) jest administrator danych – przedsiębiorca, który dostosowuje cenę swoich ofert do konkretnych konsumentów.

Podsumowując powyższe rozważania, zarówno dyrektywa zmieniająca, jak i RODO gwarantują konsumentom pakiet uprawnień, w tym w szczególności uprawnienia informacyjne, które jeżeli będą skutecznie wdrażane przez przedsiębiorców pozwolą na zniwelowanie lub złagodzenie ewentualnych negatywnych skutków stosowania spersonalizowanych cen dla konsumentów (Zuiderveen Borgesius i Poort, 2017).

V. Podsumowanie

W obliczu coraz większej dostępności danych osobowych konsumentów oraz zaawansowanych technik analizy danych, powszechne stosowanie spersonalizowanych cen w środowisku internetowym wydaje się kwestią czasu. Jak wyjaśniono w artykule, wpływ personalizacji cen na dobrobyt konsumentów jest niejednoznaczny – dla części konsumentów może być negatywny, a dla innych pozytywny. Niemniej jednak większość konsumentów nieufnie podchodzi do spersonalizowanych cen i negatywnie odnosi się do różnych form dyskryminacji cenowej (Zuiderveen Borgesius i Poort, 2017; Priester, Robbert i Roth, 2020; Seele, Dierksmeier, Hofstetter i Schultz, 2019). Z tego względu szczególnie istotne wydaje się przejrzyste informowanie konsumentów o personalizacji cen i zasadach stosowania tej praktyki. W przeciwnym razie stosowanie spersonalizowanych cen może zniechęcić konsumentów do zakupów przez internet i spowolnić rozwój jednolitego rynku cyfrowego.

Dyrektywa 2019/2161, wychodząc naprzeciw tym obawom, wprost odnosi się do praktyki indywidualnego dostosowywania przez przedsiębiorców cen swoich ofert do konkretnych konsumentów lub konkretnych kategorii konsumentów. Choć dopuszcza ona stosowanie spersonalizowanych cen, uzależnia jednak legalność takiej praktyki w szczególności od spełnienia nowych obowiązków informacyjnych wprowadzonych do dyrektywy o prawach konsumentów oraz przestrzegania przepisów RODO, w tym zawartych tam uprawnień osób, których dane dotyczą i wymogów w zakresie przejrzystości.

Zarówno dyrektywa 2011/83/UE zmieniana dyrektywą 2019/2161, jak i RODO gwarantują konsumentom pakiet uprawnień, w tym w szczególności uprawnienia informacyjne, które mają przeciwdziałać asymetrii informacyjnej między przedsiębiorcą a konsumentem i umożliwić tym ostatnim podejmowanie świadomych decyzji zakupowych. Jeżeli uprawnienia te będą skutecznie wdrażane przez przedsiębiorców pozwolą na zniwelowanie lub złagodzenie ewentualnych negatywnych skutków stosowania spersonalizowanych cen dla konsumentów (Zuiderveen Borgesius i Poort, 2017), ale również dla rozwoju jednolitego rynku cyfrowego.

Na koniec warto wskazać, że uwagi i ustalenia poczynione w artykule nabierają szczególnego znaczenia w obecnej sytuacji, ponieważ od początku pandemii zaobserwowano znaczący wzrost transakcji zawieranych przez internet (Perez, 2020; Columbus, 2020). Choć dotychczasowe analizy nie stwierdziły, że spersonalizowane ceny są powszechnie stosowane przez przedsiębiorców²⁸, wydaje się, że obecne ograniczenia i zwiększona skłonność konsumentów do zakupów

²⁸ Komisja Europejska (2018). Personalised pricing in the digital era – Note by the European Union, OECD, DAF/COMP/WD(2018)128.

internetowych może przyspieszyć rozwój takich praktyk. Tym bardziej istotne staje się, aby konsumenci byli odpowiednio informowani o tym, że cena, którą otrzymują została dostosowana do ich siły nabywczej oszacowanej na podstawie posiadanych danych osobowych.

Bibliografia

- Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt. (2016). *Competition Law and Data*. 10 May. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (30.09.2020).
- Bar-Gill, O. (2019). Algorithmic Price Discrimination: When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions. *University of Chicago Law Review*, 86(2), 217–254.
- Bishop, S. i Walker, M. (2010). *The Economics of EC Competition Law*. Londyn: Sweet and Maxwell.
- Bourreau, M. i de Streel, A. (2018). *The regulation of personalised pricing in the digital era*. DAF/COMP/WD(2018)150. OECD. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3312158>. <http://doi.org/10.2139/ssrn.3312158>.
- Bourreau, M., de Streel, A. i Graef, I. (2017). *Big Data and Competition Policy: Market power, personalised pricing and advertising. Project Report*. Brussels: Centre on Regulation in Europe (CERRE). Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2920301>. <http://doi.org/10.2139/ssrn.2920301>.
- CMA. (2018). *Pricing algorithms. Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing*. 8 October. London: Competition and Markets Authority Pozyskano z: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf (30.09.2020).
- CNIL i DGCCRF. (2014). *IP Tracking: conclusions de l'enquête conjointe menée par la CNIL et la DGCCRF*. Paris: Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés and Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes. Pozyskano z: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communique/2014/cp_tracking_27012014.pdf (30.09.2020).
- Columbus, L. (2020). How COVID-19 Is Transforming E-Commerce. *Forbes*, 28 April. Pozyskano z: <https://www.forbes.com/sites/louiscolombus/2020/04/28/how-covid-19-is-transforming-e-commerce/#c5aabee3544f> (30.09.2020).
- Czerniawski, M. (2018). Komentarz do art. 22 RODO, W: E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- EC. (2018). Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union. Request for Specific Services 2016 85 02 for the implementation of Framework Contract EAHC/2013/CP/04. Final report. Luxembourg: Office of the European Union.. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf (30.09.2020).
- Ezrachi, A. i Stucke, M.E. (2016). The rise of behavioural discrimination. *European Competition Law Review*, 37(12), 485–492. <http://doi.org/10.2139/ssrn.2830206>.
- Geburczyk, F. (2020). Prawa osób fizycznych w kontekście przetwarzania danych osobowych w procesach automatyzowanego podejmowania decyzji. *Monitor Prawniczy*, 11. <http://doi.org/10.32027/MOP.20.11.4>.
- Graef, I. (2018). Algorithms and Fairness: What Role for Competition Law in Targeting Price Discrimination Towards End Consumers? *The Columbia Journal of European Law*, 24(3), 541–559. <http://doi.org/10.2139/ssrn.3090360>.

- Graef, I. (2018a). Blurring Boundaries of Consumer Welfare: How to Create Synergies Between Competition, Consumer and Data Protection Law in Digital Markets, W: M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt, G. Surblytė-Namavičienė (red.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?* (s. 121–151). Berlin: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_6.
- Helberger, N., Zuiderveen Borgesius, F. i Reyna A. (2017). The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law. *Common Market Law Review*, 54(5), 1427–1429.
- Howe, N. (2017). A Special Price Just for You. *Forbes*. 17 November. Pozyskano z: <https://www.forbes.com/sites/neilhowe/2017/11/17/a-special-price-just-for-you/#8910ff990b32> (30.09.2020).
- Hustinx, P. (2014). Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor. Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy. Brussels: European Data Protection Supervisor. Pozyskano z: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf (30.09.2020).
- ICO. (2020). Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR) – Automated decision-making and profiling. Information Commissioner’s Office. Pozyskano z: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/> (30.09.2020).
- Lynskey, O. (2014). Deconstructing data protection: the “added-value” of a right to data protection in the EU legal order. *International and Comparative Law Quarterly*, 63(3), 569–597. <http://doi.org/10.1017/S0020589314000244>.
- Malgieri, G. (2019). Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other “suitable safeguards” in the national legislations. *Computer Law and Security Review*, 35(5), 1–26. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.05.002>.
- Mayer-Schönberger, V. i Cukier, K. (2013). *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*. Nowy Jork: Houghton Mifflin Harcourt.
- Mik, E. (2016). The Erosion of Autonomy in Online Consumer Transactions. *Law, Innovation and Technology*, 8(1), 1–38. <https://doi.org/10.1080/17579961.2016.1161893>.
- Namysłowska, M. i Jabłonowska, A. (2020). Personalizacja oparta na sztucznej inteligencji – nowe wyzwanie dla prawa konsumenckiego. W: L. Lai, M. Świerczyński (red.), *Prawo sztucznej inteligencji* (s. 95–110). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Odlyzko, A. (2009). Network neutrality, search neutrality, and the never-ending conflict between efficiency and fairness in markets. *Review of Network Economics*, 8(1), 40–60, <https://doi.org/10.2202/1446-9022.116>.
- OECD (2016). *Price discrimination – Background Note by the Secretariat*. DAF/COMP(2016)15. 29–30 November 2016. Pozyskano z: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP%282016%2915/en/pdf>.
- OECD. (2018). Personalised pricing in the Digital Era – Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2018)13. 28 November 2018. Pozyskano z: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf).
- OFT. (2013). *Personalised Pricing. Increasing Transparency to Improve Trust*. Office of Fair Trading. May. Pozyskano z: https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165101/http://oft.gov.uk/shared_oft/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf (30.09.2020)
- Papandropoulos, P. (2007). How should price discrimination be dealt with by competition authorities? *Droit&économie Concurrences*, 3, 34–38.

- Perez, S. (2020). COVID-19 pandemic accelerated shift to e-commerce by 5 years, new report says. *TechCrunch*. 24 August. Pozyskano z: https://techcrunch.com/2020/08/24/covid-19-pandemic-accelerated-shift-to-e-commerce-by-5-years-new-report-says/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlMmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAED50SgQIO4KZlTF1Ce06PupkQqbbTN-8DVaWHnoTgT9IUNg38uYyMY5bqW6FVTw1rMcXwjvr-xt5AROnEFuQzLrPtyk3MRYLEaTYhGvnlkSIL4sDvMNj0nOmbQIF3CnLmDDsN2tMkwUwGnL-HI1pfscVAJ_rkMwYonuf0vz8BIDi (30.09.2020).
- Pigou, A.C. (1920). *The Economics of Welfare*. London: Macmillan. <http://doi.org/10.1057/978-1-137-37562-9>.
- Poort, J. i Zuiderveen Borgesius, F.J. (2019). Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination. *Internet Policy Review*, 8(1), 1–20. <http://doi.org/10.14763/2019.1.1383>.
- Priester, A., Robbert, T. i Roth, S. (2020). A special price just for you: effects of personalized dynamic pricing on consumer fairness perceptions. *Journal of Revenue and Pricing Management*, 19, 99–112. <https://doi.org/10.1057/s41272-019-00224-3>.
- Ratti, M. (2018). Personal-Data and Consumer Protection: What Do They Have in Common?, W: M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt, G. Surblytė-Namavičienė (red.), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?* (s. 377–393). Berlin: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_14.
- Seele, P., Dierksmeier, C., Hofstetter, R. i Schultz, M.D. (2019). Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing. *Journal of Business Ethics*, 10 December. <https://doi.org/10.1007/s10551-019-04371-w>.
- Shelanski, H. (2013). Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet. *University of Pennsylvania Law Review*, 161(6), 1663–1705.
- Shiller, B.R. (2014). *First-Degree Price Discrimination Using Big Data*. Pozyskano z: https://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/Brandeis_WP58R2.pdf (30.09.2020).
- Steppe, R. (2017). Online price discrimination and personal data: A General Data Protection Regulation perspective. *Computer Law & Security Review*, 33(6), 768–785. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.05.008>.
- Svantesson, D.J.B. (2018). Enter the quagmire – the complicated relationship between data protection law and consumer protection law. *Computer Law and Security Review*, 34(1), 25–36. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.08.003>.
- Syska, K. (2019). Prawa związane ze zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji w RODO oraz Prawie bankowym i ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. *Monitor Prawniczy – dodatek*, 22. 40–46. <http://doi.org/10.32027/MOP.19.22.6>.
- Townley, C., Morrison, E. i Yeung K. (2017). Big Data and Personalized Price Discrimination in EU Competition Law. *Yearbook of European Law*, 36(1), 683–748. <https://doi.org/10.1093/yel/yex015>.
- van Boom, W.H., van der Rest, J.P.I., Bos, K. van den, i Dechesne, M. (2020). Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action! How the Framing of a Mandated Discriminatory Pricing Disclosure Influences Intention to Purchase. *Social Justice Research*, 33, 331–351. <https://doi.org/10.1007/s11211-020-00348-7>.
- Zuiderveen Borgesius, F. i Poort J. (2017). Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law. *Journal of Consumer Policy*, 40, 347–366. <http://doi.org/10.1007/s10603-017-9354-z>.