



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Alexandra Teorell

Riktad marknadsföring baserad på
intresseavvägningen i artikel 6 f)
dataskyddsförordningen

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Emma Ahlm

VT 2017

Innehåll

| | |
|--|-----------|
| ABSTRACT | 1 |
| SAMMANFATTNING | 2 |
| FÖRKORTNINGAR | 3 |
| 1 INLEDNING | 5 |
| 1.1 Bakgrund | 5 |
| 1.2 Syfte, mål och frågeställningar | 6 |
| 1.3 Metod, material och perspektiv | 7 |
| 1.4 Forskningsöversikt | 8 |
| 1.5 Disposition | 9 |
| 1.6 Avgränsning | 9 |
| 2 DATASKYDDSFÖRORDNINGEN | 10 |
| 2.1 Bakgrund och syfte | 10 |
| 2.2 Definitioner | 12 |
| 2.3 Tillämpningsområde | 14 |
| 2.4 Principer | 14 |
| 2.4.1 Dataskyddsförordningens principer | 14 |
| 2.4.2 Proportionalitetsprincipen | 15 |
| 2.5 Huvudregeln och dess undantag | 16 |
| 2.6 Intresseavvägningen i artikel 6.1 f) | 17 |
| 2.7 Tillsynsmyndighet | 18 |
| 3 RIKTAD MARKNADSFÖRING | 20 |
| 3.1 Bakgrund | 20 |
| 3.2 Definitioner | 20 |
| 3.3 Profileringslag | 20 |
| 3.4 Tidigare regelverk | 21 |
| 3.4.1 Marknadsföringslagen | 21 |
| 3.4.2 Personuppgiftslagen | 22 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4 | INTRESSEAVVÄGNINGEN SOM GRUND FÖR PERSONUPPGIFTSBEHANDLING I SYFTE ATT RIKTA MARKNADSFÖRING | 23 |
| 4.1 | Rekvisit | 23 |
| 4.1.1 | Berättigat intresse | 23 |
| 4.1.2 | Korrekt avvägning | 24 |
| 4.1.3 | Rimligen förvänta sig | 25 |
| 4.1.4 | Särskilt om barn | 26 |
| 4.1.5 | EU-domstolens vägledning | 26 |
| 4.2 | Principer | 27 |
| 4.3 | Invändningsrätt | 28 |
| 5 | ANALYS | 29 |
| 5.1 | Intresseavvägningens rekvisit | 29 |
| 5.2 | Risakanalys | 30 |
| 6 | SLUTSATS | 33 |
| 7 | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 35 |

Abstract

In today's digital society, personal data has become its own currency, with a complex and well-developed market in which the use and analysis of personal data is a huge competitive advantage. It is not uncommon that businesses use their processed personal data in a way that violates an individual's integrity, by analyzing behavior that includes sexual preferences, political opinions, health status or other sensitive information. In terms of marketing, the whole market has come to evolve around the usage of profiling and personal data to analyze consumer behavior and direct marketing accordingly.

The EU has implemented the General Data Protection Regulation (GDPR) to control methods of personal data processing within the union. The GDPR gives six lawful grounds of processing, and one of them is processing based on a legitimate interest. When personal data processing is based on a legitimate interest in article 6 f) GDPR, the company must perform a balance test that determines whether their interest overrides the individual's interest; a test that is not always easy to judge. There is a fine line between a lawful processing and a misuse of the article's flexibility. This essay investigates where that line is drawn and how to apply it to targeted marketing from a business perspective.

The essay finds that any company that processes data based on a legitimate interest must not only investigate the lawfulness of the collection of each piece of data, which is the easier part, but also the lawfulness of the personal data in combination with other (personal) data. A company must, besides this, take all hypothetical outcomes that constitute a privacy violation into consideration when determining the legitimate interests of the specific marketing. Lastly, the essay finds that the biggest threat to a lawful personal data processing based on article 6 f) lays in the unwillingness to comply due to the antitrust advantage that such processing entails, in combination with the regulatory authorities' limited control function. The limit between lawful and illicit processing is, from a business perspective, somewhat hard to find, but rather difficult to follow.

Sammanfattning

I dagens digitala samhälle har personuppgifter blivit en egen valuta, med en komplex och välutvecklad marknad i vilken en omfattande behandling av personuppgifter är en betydande konkurrensfördel. Det är inte ovanligt att företag som hanterar personuppgifter gör så på ett sätt som inskränker den registrerades rätt till privatliv och integritet, genom att analysera beteenden om sexuell eller politisk läggning, hälsa eller annan känslig information. När det kommer till marknadsföring har branschen utvecklats till att kretsa kring profilering och personuppgifter för att analysera konsumenternas beteende och rikta marknadsföring därefter.

EU har därför infört dataskyddsförordningen för att kontrollera dataskydds- och personuppgiftshantering inom unionen. Dataskyddsförordningen ger sex lagliga grunder för personuppgiftsbehandling, varav en är behandling baserat på ett berättigat intresse. När företag använder sig av grunden berättigat intresse i artikel 6 f) för att behandla personuppgifter måste en intresseavvägning göras för att utreda huruvida företagets berättigade intressen står över den registrerades berättigade intressen; en många gånger svår avvägning att göra. Det är en hårfin gräns mellan en tillåten behandling av personuppgifter i syfte att rikta marknadsföring, och ett missbruk av artikelns flexibilitet. Denna uppsats undersöker var denna gräns går och hur den appliceras på riktad marknadsföring från ett företagsperspektiv.

Uppsatsen finner att de i intresseavvägningen presenterade rekvisiten möjliggör för en relativt rättsosäker applicering av lagen, och att de företag som baserar personuppgiftsbehandling på ett berättigat intresse inte bara måste utreda lagligheten i de uppgifter som samlas in, utan också lagligheten av personuppgifterna i kombination med andra inhämtade (person)uppgifter. Sammantaget kan dessa nämligen kombineras till en alltför detaljerad kunskap in de registrerade, som riskerar att användas på ett sätt som är oförenligt med lagens ändamål. Utöver detta måste den personuppgiftsansvarige beakta samtliga resultat av marknadsföringen som kan komma att utgöra en integritetskränkning, även hypotetiska sådana. När dessa tas i beaktande minimeras risken för en otillåten behandling.

Slutligen finner uppsatsen att en av de största riskerna med behandling som baseras på intresseavvägningen i artikel 6 f) är oviljan att följa förordningens bestämmelser på grund av de konkurrensfördelar en sådan behandling medför, i kombination med tillsynsmyndigheternas begränsade kontrollmöjligheter. Gränsen mellan en tillåten och en otillåten behandling kan således, från ett företagsperspektiv, vara svårare att följa än att utreda.

Förkortningar

| | |
|-------------------------|---|
| Artikel 29-gruppen | Artikel 29-arbetsgruppen för skydd av personuppgifter |
| Dataskyddsförordningen | EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) |
| Dataskyddsdirektivet | Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter |
| Dataskyddslagen | Lagen med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning |
| EU | Europeiska Unionen |
| EU-domstolen | Europeiska unionens domstol/ Europeiska gemenskapernas domstol |
| E-integritetsdirektivet | EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation (direktiv om integritet och elektronisk kommunikation) |
| E-privacyförordningen | REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL 2017/0003 concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications) |

| | |
|---------|--|
| GDPR | General data protection regulation. Annat namn för Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) |
| ICO | Information Commissioner's Office |
| IT | Informationsteknologi |
| NJA | Nytt juridiskt arkiv |
| MFL | Marknadsföringslag (2008:486) |
| PuL | Personuppgiftslag (1998:204) |
| RÅ | Regeringsrättens årsbok. Referat av rättsfall publicerade hos Högsta Förvaltningsdomstolen i Sverige |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| Stadgan | Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna |

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I samband med den snabbt framskridande teknologi- och IT-branschen präglas våra liv av ett konstant användande av medier, datorer och internet; en ständig tillgång till och efterfrågan av information. Ett utbyte av information mellan individ och företag bygger på att individen delar med sig av sina personuppgifter, vilket företag kan använda för att förbättra och vidareutveckla produkter och i många fall individualisera produkten efter kundens behov. Personuppgifter har tack vare detta system blivit en egen valuta, vilket påvisas genom att många företag erbjuder gratis tjänster mot tillgång av personuppgifter.¹

Riktad marknadsföring innebär att företag anpassar sin marknadsföring till varje individ, vilket möjliggörs med hjälp av personuppgifter. Riktad marknadsföring har de senaste åren kommit att utgöra en viktig faktor för företags framgång; många företag marknadsför sig nästan uteslutande via sociala medier, internetannonser och kundklubbar, och det är ofta ett grundläggande inslag i affärsmodellen för bland annat sociala nätverkstjänster.² För att kunna rikta marknadsföring krävs segmentering och profilering av den mottagande parten, och således analyseras personuppgifter och annan data om individer.

Riktad marknadsföring, och den behandling av personuppgifter som detta kräver, möjliggör dock ett missbruk av de personuppgifter som samlas in. Personuppgifter som används på ett felaktigt sätt kan begränsa en persons självbestämmande, möjligheter och fria val. Om informationen används felaktigt kan den nyttjas till att manipulera den registrerade till val som denne annars inte hade tagit.³ Myndigheter eller kreditinstitut har också möjligheten

¹ Volny (2017), sid 79.

² Artikel 29-gruppens opinion 5/2009, sid. 10.

³ Jfr Adams, *The Cambridge Analytica Files* (2018).

att begränsa en persons självbestämmande genom automatiskt beslutsfattande som bland annat kan påverka boenden, lån och arbete.⁴ Det finns alltså en direkt koppling mellan registrerad data och individens värdighet och integritet.

Den 25 maj 2018 trädde dataskyddsförordningen i kraft och ersatte det EU-rättsliga dataskyddsdirektivet. I kort innebär dataskyddsförordningen en skärpt reglering av personuppgifter i näringsverksamhet som i hög grad kommer att påverka Sverige – särskilt då regeringen har uttryckt en önskan att vara världsledande när det kommer till att använda digitaliseringens möjligheter att skydda den personliga integriteten.⁵

När ett företag använder sig av riktad marknadsföring aktualiseras en rad regler i dataskyddsförordningen. En av dessa är att företagen måste behandla sina uppgifter på en laglig grund. De lagliga grunderna anges i artikel 6.1 dataskyddsförordningen. Det finns sex stycken lagliga grunder varav en är en så kallad intresseavvägning, i vilken företaget (den personuppgiftsansvarige) väger sitt intresse av behandling gentemot individens intresse av integritet.⁶ När företag som arbetar med riktad marknadsföring behandlar sina personuppgifter baserat på artikel 6.1 f) finns en bestående risk att företagen har en alltför omfattande personuppgiftsbehandling, om intresseavvägningen sker på ett inkorrekt sätt. Denna uppsats undersöker intresseavvägningens rekvisit och tillämpning, för att undersöka hur denna står sig i förhållande till just riktad marknadsföring från ett företagsperspektiv.

1.2 Syfte, mål och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att klargöra intresseavvägningens tillämpning i förhållande till riktad marknadsföring, eftersom ämnet är oerhört aktuellt och än så länge relativt outrett. Målet är att undersöka i vilka fall en

⁴ Frydinger m.fl. (2018), kap 12.1.3. Information från denna bok inhämtades innan den sidnumrerades, varför endast kapitel är angivna.

⁵ Regeringens pressmeddelande, 07/06-2017.

⁶ Jfr artikel 6.1 f) dataskyddsförordningen.

personuppgiftsbehandling som baseras på intresseavvägningen i artikel 6.1 f) bör betraktas som tillåten, och i vilka fall det i stället övergår till ett missbruk av intresseavvägningen från den personuppgiftsansvariges sida. Målet är också att utreda var riskerna med en sådan behandling finns så att kommersiella företag kan anpassa sin behandling därefter. Sammanfattningsvis är frågeställningarna som ska besvaras följande:

Var går gränsen mellan en tillåten och en otillåten behandling av personuppgifter i syfte att rikta marknadsföring som baseras på intresseavvägningen i artikel 6.1 f) dataskyddsförordningen? Vilka risker finns med en sådan behandling?

1.3 Metod, material och perspektiv

Uppsatsen använder sig av den EU-rättsliga metoden.⁷ Uppsatsen beaktar således EU-rättens primär- och sekundärrätt, domar, praxis, allmänna rättsprinciper och vägledning inom dataskydd av till exempel artikel 29-gruppen.⁸ Eftersom dataskyddsförordningen ännu inte trätt i kraft finns det begränsad praxis och doktrin av relevans för området. Vidare innebär den EU-rättsliga metoden en tolkning av bestämmelserna mot bakgrund av EU-rättens syfte; nämligen att säkra fred och utveckling i Europa samt att stärka konkurrenskraften på världsmarknaden.⁹ Den EU-rättsliga metoden öppnar för ett flertal tolkningsmodeller men den teologiska modellen har en särskilt framträdande roll.¹⁰

Avseende material används ett flertal uttalanden från Artikel 29-gruppen; en EU-rättslig arbetsgrupp uppkallad efter artikel 29 i dataskyddsförordningen, vars syfte är att enhetliggöra tillämpningen av dataskyddslagstiftningen inom EU.¹¹ Gruppen är rådgivande och dess uttalanden är inte bindande, men kan ge god förståelse för hur dataskyddslagstiftningen bör tillämpas. Gruppen

⁷ Jfr Hettne (2011), sid 25.

⁸ Eng: Article 29 Working Party on Data Protection.

⁹ Jfr Hettne (2011), sid 40 ff.

¹⁰ Ibid, sid 89.

¹¹ Jfr artikel 29 dataskyddsförordningen.

består av en företrädare för varje nationell tillsynsmyndighet inom EU, tillsammans med en företrädare för EU-kommissionen och den europeiske datatillsynsmannen.¹² Gruppens rådgivande uttalanden kommer i denna uppsats att behandlas som en tillförlitlig vägledande källa.¹³ Förutom Artikel 29-gruppen har vägledning hämtats från ICO, Englands tillsynsmyndighet, som tidigare utmärkt sig inom dataskydd.

Utöver den EU-rättsliga metoden dras vissa paralleller till svensk rätt och den nationella vägledning som finns sedan tidigare. Därför kommer vissa lagar, förarbeten och propositioner att diskuteras. Det är ännu oklart hur stor del av rätten som kommer att förändras och således hur stor del av svensk praxis som förblir värdefull.

Uppsatsen tar sin utgångspunkt i ett företagsperspektiv, eftersom det i huvudsak är kommersiella företag som använder sig av riktad marknadsföring och således berörs av ämnet. Konkret innebär detta att uppsatsen kommer att fokusera på hur kommersiella företag ska göra intresseavvägningen för att kunna använda sig av riktad marknadsföring utan att inskränka fysiska personers rättigheter.

1.4 Forskningsöversikt

Det finns en god samling forskning och doktrin i EU-rätt överlag men när det kommer till dataskyddsförordningen, som i skrivande stund ännu inte trätt i kraft, är materialet väldigt begränsat. Vägledning angående dataskyddsförordningens tillämpning hämtas i nuläget från myndigheter, Artikel 29-gruppen och yrkesverksamma jurister som författat läroböcker. Viss vägledning kan hämtas från forskning om proportionalitetsprincipen och intresseavvägningar inom EU-rätt överlag.

¹² Ibid.

¹³ Datainspektion, *Samarbete inom EU* (2017).

1.5 Disposition

Efter detta inledande kapitel behandlar kapitel två dataskyddsförordningens syfte, principer och lagliga grunder för behandling. Kapitel tre behandlar riktad marknadsföring; vad det är, hur det fungerar och vad Sverige har haft för tidigare regelverk i frågan. Kapitel fyra undersöker på vilka sätt intresseavvägningen i dataskyddsförordningen kan användas för att på ett lagligt sätt rikta marknadsföring, vilket främst görs genom en EU-rättslig juridisk undersökning. I kapitel fem presenteras en kritiskt granskande analys av rättsläget, intresseavvägningens rekvisit och de risker som uppkommer med intresseavvägningen som grund för behandling. Uppsatsens slutsats samt avslutande tankar presenteras i kapitel sex. Samtliga delar av analysen syftar till att besvara frågeställningen.

1.6 Avgränsning

Uppsatsen fokuserar uteslutande på dataskyddsförordningen. Uppsatsen berör således inte den i skrivande stund kommande e-privacyförordningen eller e-integritetsdirektivet. MFL och PuL berörs enbart i ett till dataskyddsförordningen komparativt syfte. Inte heller specialregleringar för exempelvis myndigheter, forskning, hälsoskydd eller dylikt berörs.¹⁴

Uppsatsen fokuserar på artikel 6.1 f) i dataskyddsförordningen och bortser från andra möjliga grunder för behandling av personuppgifter i marknadsföringssyfte. Alternativa grunder för behandling, till exempel samtycke i artikel 6.1 a, faller utanför denna uppsats frågeställning.

¹⁴ Exempelvis skäl 157, 159 och 160 dataskyddsförordningen.

2 Dataskyddsförordningen

2.1 Bakgrund och syfte

För att få en djupare förståelse för den registrerades rätt till skydd för integriteten och personuppgifter inleds här med en översiktlig genomgång av personuppgiftsregleringens historia. Regeringen har, i ett försök att beskriva vad som kan anses vara kärnan i rätten till personlig integritet, uttalat att ”kränkningar av den personliga integriteten utgör intrång i den fredade sfär som den enskilde bör vara tillförsäkrad och där ett oönskat intrång bör kunna avvisas.”¹⁵ Denna definition kan användas för att förstå lagstiftningens syfte.

Rätten till skydd för personuppgifter uppmärksammades först år 1980 av OECD:s råd, då de antog riktlinjer i fråga om integritetsskyddet och personuppgiftsflödet över gränserna. Det var de första uttryckliga bestämmelserna om personuppgiftshantering över gränserna.¹⁶ Dessa riktlinjer uppfattas idag som minimiregler och motsvarar de regler som finns i Europarådets dataskyddskonvention.¹⁷ En milstolpe i den europeiska dataskyddslagstiftningen var därefter Lissabonfördraget, som trädde i kraft 2009. Där stadgas att var och en har rätt till skydd av personuppgifter rörande honom eller henne.¹⁸ Vidare antogs Stadgan, i vilken det ges en rätt till privatliv i artikel 7 och skydd mot behandling av personuppgifter i artikel 8. Artikel 8 stadgar följande:

1. Var och en har rätt till skydd av de personuppgifter som rör honom eller henne.
2. Dessa uppgifter ska behandlas lagenligt för bestämda ändamål och på grundval av den berörda personens samtycke eller någon annan legitim och lagenlig grund. Var och en har

¹⁵ Prop. 2005/06:173 sid. 15 samt SOU 2016:7 sid. 69 ff.

¹⁶ SOU 2017:39 sid. 64-65.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Artikel 16 FEUF.

rätt att få tillgång till insamlade uppgifter som rör honom eller henne och att få rättelse av dem.

3. En oberoende myndighet ska kontrollera att dessa regler efterlevs.

I Sverige har införts en bestämmelse i 2 kap 6 § regeringsformen (RF) som anger att var och en gentemot det allmänna är skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten, om det sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden.¹⁹ EU-domstolen har i ett flertal avgöranden slagit fast att även Europakonventionens principer och Europadomstolens praxis, vars artikel 8.1 ger rätt till privatliv och korrespondens, ska respekteras och vara vägledande för EU:s arbete.²⁰

Den rättighet som tillkommer den registrerade av både Stadgan, EKMR och RF sattes den 27 april 2016 på print i dataskyddsförordningen, vilket inleder ett nytt kapitel i den europeiska och svenska dataskyddsriktens historia. Redan i förordningens första artikel stadgas dess syfte, nämligen att å ena sidan ”skydda fysiska personers grundläggande rättigheter och friheter, särskilt deras personuppgifter” och å andra sidan inte begränsa eller förbjuda ”det fria flödet av personuppgifter inom unionen.”²¹ I detta fall åsyftas rätten till personlig integritet och i förlängningen rätten till skydd för personuppgifter. Förordningen har således två väldigt olika intressen som hela tiden behöver avvägas genom en proportionalitetsbedömning.²² Skyddet för personuppgifter är inte absolut utan ska vägas mot andra grundläggande rättigheter i samhället, till exempel näringsfriheten.²³

Innan dataskyddsförordningens ikraftträdande gällde dataskyddsdirektivet som implementerades genom PuL i Sverige. I samband med

¹⁹ SOU 2017:39 sid. 68.

²⁰ De förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/9.

²¹ Artikel 1 dataskyddsförordningen.

²² Frydinger m.fl. (2018) kap 2.1.

²³ Wendleby & Wetterberg (2018), sid. 45 ff.

dataskyddsförordningens ikraftträdande den 25 maj 2018 upphörde PuL och dataskyddsdirektivets verkan. Dataskyddsdirektivet innehöll bestämmelser som är snarlika de nuvarande i dataskyddsförordningen; många bestämmelser och principer återfinns i princip oförändrade. Dataskyddsförordningens ikraftträdande innebär bland annat att missbruksregeln²⁴ för ostrukturerat material försvinner och att Sverige ställs inför högre krav avseende personuppgiftshantering överlag.

Just vid användningen av sociala medier är det rättsliga skyddet särskilt nödvändigt. Den svenska regeringstillsatta integritetskommittén bedömer att användningen av vissa sociala medier innebär en allvarlig risk för den personliga integriteten, bland annat eftersom det i praktiken är omöjligt för användare att avgöra för vilka ändamål uppgifterna som samlas in kommer att användas.²⁵ Kommittén pekar bland annat på riskerna för att uppgifterna sprids vidare till andra företag, men också på att omfattande uppgifter om användarna riskerar att komma underrättelsetjänster i tredje länder till del.²⁶ Detta demonstrerades senast våren 2018 då Cambridge Analytica kom över miljontals Facebookanvändares data och använde denna för att påverka valet i USA år 2016.²⁷

2.2 Definitioner

För att förstå dataskyddsförordningens terminologi definieras ett antal relevanta termer från förordningens artikel 4.

En *personuppgift* är enligt dataskyddsförordningen varje upplysning som avser en identifierad eller identifierbar fysisk person²⁸ varvid en identifierbar fysisk person är en person som direkt eller indirekt kan identifieras särskilt med hänvisning till en identifierare som ett namn, ett identifikationsnummer, en lokaliseringssuppgift eller onlineidentifikatorer eller en eller flera faktorer

²⁴ 5 a § PuL.

²⁵ Regeringens pressmeddelande, 07/06-2017.

²⁶ SOU 2016:41 sid. 395.

²⁷ Lindhe, *Facebook case* (2018).

²⁸ Nedan kallad ”en registrerad”.

som är specifika för den fysiska personens fysiska, fysiologiska, genetiska, psykiska, ekonomiska, kulturella eller sociala identitet.²⁹ Det kan även vara andra attribut, som arbetsförhållanden eller fritidsintressen.³⁰

En *behandling* är en åtgärd eller en kombination av åtgärder beträffande personuppgifter eller uppsättningar av personuppgifter, oberoende av om de utförs automatiserat eller ej, såsom insamling, registrering, organisering, strukturering, lagring, bearbetning eller ändring, framtagning, läsning, användning, utlämning genom överföring, spridning eller tillhandahållande på annat sätt, justering eller sammanförande, begränsning, radering eller förstöring.³¹

En *personuppgiftsansvarig* är en fysisk eller juridisk person, offentlig myndighet, institution eller annat organ som ensamt eller tillsammans med andra bestämmer ändamålen och medlen för behandlingen av personuppgifter; om ändamålen och medlen för behandlingen bestäms av unionsrätten eller medlemsstaternas nationella rätt kan den personuppgiftsansvarige eller de särskilda kriterierna för hur denne ska utses föreskrivas i unionsrätten eller i medlemsstaternas nationella rätt.³²

Profiler är varje form av automatisk behandling av personuppgifter som består i att dessa personuppgifter används för att bedöma vissa personliga egenskaper hos en fysisk person, i synnerhet för att analysera eller förutsäga denna fysiska persons arbetsprestationer, ekonomiska situation, hälsa, personliga preferenser, intressen, pålitlighet, beteende, vistelseort eller förflyttningar.³³

²⁹ Dataskyddsförordningen artikel 4.1.

³⁰ C-101/01 p. 27.

³¹ Artikel 4.2 dataskyddsförordningen.

³² Artikel 4.7 dataskyddsförordningen.

³³ Artikel 4.4 dataskyddsförordningen.

2.3 Tillämpningsområde

Förordningen tillämpas på sådan behandling av personuppgifter som helt eller delvis företas på automatisk väg, samt på annan behandling än automatisk av personuppgifter som ingår i eller kommer att ingå i ett register.³⁴ Från förordningens tillämpningsområde undantas bland annat behandling av uppgifter i privat natur, behandling av uppgifter som inte omfattas av unionsrätten och behandling av myndigheter i brottsförebyggande syfte.³⁵

Det territoriella tillämpningsområdet omfattar all behandling av personuppgifter för verksamheter inom unionen, oavsett om behandlingen geografiskt sett utförs i unionen eller inte. Detsamma gäller om en registrerad befinner sig i unionen, om behandlingen är hänförlig till utnyttjande av varor eller tjänster som är registrerade i unionen och om behandlingen avser övervakning av beteende som sker inom unionen.³⁶ Slutligen gäller förordningen även på de platser där en medlemsstats nationella rätt gäller enligt folkrättsliga principer.³⁷

2.4 Principer

2.4.1 Dataskyddsförordningens principer

I artikel 5 dataskyddsförordningen stadgas nio stycken principer som gäller för förordningens samtliga bestämmelser. Dessa utgörs av principerna om laglighet, öppenhet, korrekthet, ändamålsbegränsning, uppgiftsminimering, lagringsminimering, integritet, konfidentialitet och ansvarsskyldighet. Principerna kommer inte att diskuteras annat än översiktligt. Principen om laglighet utgör en hänvisning till artikel 6.1 i vilken de lagliga grunderna för behandling stadgas. De viktigaste principerna att beakta då man arbetar med marknadsföring är ändamålsbegränsningsprincipen och uppgiftsminimeringsprincipen. Ändamålsbegränsningsprincipen stadgar att

³⁴ Artikel 2.1 dataskyddsförordningen.

³⁵ Artikel 2 dataskyddsförordningen.

³⁶ Artikel 3.2 dataskyddsförordningen.

³⁷ Artikel 3.3 dataskyddsförordningen.

personuppgifter ska samlas in för särskilda uttryckligt angivna och berättigade ändamål.³⁸ Uppgiftsminimeringsprincipen innebär att uppgifter inte ska vara för omfattande i förhållande till de ändamål för vilka de behandlas.³⁹

242 Proportionalitetsprincipen

Utöver de uttalade principerna genomsyras dataskyddsförordningen av proportionalitetsprincipen, som spelar en aktiv roll inom EU-rätten överlag.⁴⁰ I intresseavvägningar är denna ständigt närvarande eftersom lagstiftaren hela tiden har minst två olika intressen i åtanke för att uppnå en godtagbar balans mellan integritet och företagsamhet.⁴¹ Proportionalitetsprincipen spelar också en nyckelroll i skyddet för mänskliga rättigheter, där man gör en särskild avvägning jämfört med dess tillämpning i övrig EU-rätt.⁴² Avvägningen i samband med mänskliga rättigheter innebär att varje inskränkning i rättigheten ska korrespondera till ett berättigat intresse för de nationellt motiverade åtgärder som främjas. Det måste alltså finnas en ”motpart” som innehar ett intresse som står över den registrerades.⁴³ Detta i kontrast till proportionalitetsprincipen inom övrig EU-rätt, som i stället ser till *en* part och bedömer dess proportionalitet i agerandet.⁴⁴

Det råder dock en viss osäkerhet om vad principen egentligen går ut på och hur en proportionalitetsbedömning ska utföras.⁴⁵ Ofta överlämnas själva bedömningen till nationella domstolar, varpå frågan om en enhetlig tillämpning kvarstår. Vägledning till detta finns i EU-rättslig praxis. Problemet är dock att EU-domstolen själv har formulerat proportionalitetsbedömningen på olika sätt och att det råder tvivel om vilka moment som ingår i denna.⁴⁶

³⁸ Artikel 5 b) dataskyddsförordningen.

³⁹ Artikel 5 c) dataskyddsförordningen.

⁴⁰ Frydinger m.fl. (2018), kap 2.5.

⁴¹ Artikel 1 dataskyddsförordningen.

⁴² Ellis (1999), sid. 35.

⁴³ Craig & De Búrca (2011), sid. 529.

⁴⁴ Ellis (1999), sid. 37.

⁴⁵ Hettne (2011), sid. 139 ff.

⁴⁶ Ibid.

2.5 Huvudregeln och dess undantag

Huvudregeln i dataskyddsförordningen återfinnes i artikel 6 och stadgar ett generellt förbud mot att använda sig av personuppgifter, såvida inte något av följande undantag är tillämpliga:

- a) Den registrerade har lämnat sitt samtycke till att dennes personuppgifter behandlas för ett eller flera specifika ändamål.
- b) Behandlingen är nödvändig för att fullgöra ett avtal i vilket den registrerade är part eller för att vidta åtgärder på begäran av den registrerade innan ett sådant avtal ingås.
- c) Behandlingen är nödvändig för att fullgöra en rättslig förpliktelse som åvilar den personuppgiftsansvarige.
- d) Behandlingen är nödvändig för att skydda intressen som är av grundläggande betydelse för den registrerade eller för en annan fysisk person.
- e) Behandlingen är nödvändig för att utföra en uppgift av allmänt intresse eller som ett led i den personuppgiftsansvariges myndighetsutövning.
- f) Behandlingen är nödvändig för ändamål som rör den personuppgiftsansvariges eller en tredje parts berättigade intressen, om inte den registrerades intressen eller grundläggande rättigheter och friheter väger tyngre och kräver skydd av personuppgifter, särskilt när den registrerade är ett barn.⁴⁷

Behandling som företas utan laglig grund är per definition olaglig. Alla personuppgiftsansvariga behöver således kontrollera att någon av ovanstående grunder är tillämplig för de personuppgifter som behandlas.⁴⁸

Denna uppsats berör som nämnt enbart punkten f, eftersom denna lämnar ett stort tolkningsutrymme till den personuppgiftsansvarige och är grund för många av de personuppgifter som behandlas i syfte att rikta marknadsföring.

⁴⁷ Författarens formuleringar. För exakt lagtext, se artikel 6 dataskyddsförordningen.

⁴⁸ Observera uppsatsens avgränsning gentemot specialregleringar och andra direktiv.

2.6 Intresseavvägningen i artikel 6.1 f)

Artikel 6.1 f) stadgar följande:

”[Behandling av personuppgifter är laglig om] behandlingen är nödvändig för ändamål som rör den personuppgiftsansvariges eller en tredje parts berättigade intressen, om inte den registrerades intressen eller grundläggande rättigheter och friheter väger tyngre och kräver skydd av personuppgifter, särskilt när den registrerade är ett barn.”⁴⁹

Artikeln möjliggör behandling av personuppgifter på basis av den personuppgiftsansvariges eller tredje parts egen intressesfär. Intresseavvägningen bygger på en avvägning mellan individens integritet och näringsverksamhetens intresse av att kunna behandla uppgifterna för sina berättigade ändamål. En bedömning enligt denna punkt bör ta sin utgångspunkt i en identifiering av de berörda intressena; den registrerades, den personuppgiftsansvariges och, om sådan finns, tredje parts. Därefter bör bedömas vad som kan anses vara ett berättigat intresse i dataskyddsförordningens mening.⁵⁰ Riktlinjer för detta ges bland annat i skälen till dataskyddsförordningen och i skäl 47 anges att direktmarknadsföring kan utgöra ett sådant berättigat intresse.

ICO menar att avvägningen ska göras i tre steg: först och främst en identifiering av intresset, därefter en nödvändighetsprövning och slutligen själva avvägningen i förhållande till den registrerade.⁵¹ Prövningen är dock skönsmässig i förhållande till vilka intressen företaget i fråga anser sig ha rätt till.

I varje fall krävs att en avvägning har skett och att denna avvägning har resulterat i att den registrerades integritet inte är av lika stor vikt som den personuppgiftsansvariges intresse av behandling. Fokus ligger på att den

⁴⁹ Artikel 6.1 f) dataskyddsförordningen.

⁵⁰ Frydinger m.fl. (2018), kap 11.2.

⁵¹ ICO, *Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR)* (2018), sid 41 f.

personuppgiftsansvariges behandling av den registrerades uppgifter inte bör vara förvånande för den registrerade; man bör alltså rimligen kunna förvänta sig att ens uppgifter registreras för detta ändamål. Grundtanken är att om man som registrerad kan förvänta sig en sådan behandling, bör behandlingen falla sig så naturlig att företaget kan antas ha ett berättigat intresse av densamma.⁵² Intresseavvägningen ger således uttryck för den grundläggande EU-rättsliga proportionalitetsprincipen.

2.7 Tillsynsmyndighet

I Sverige är Datainspektionen, som under 2018 byter namn till Integritetsskyddsmyndigheten, tillsynsmyndighet och ansvarig för dataskyddsförordningens efterföljsamhet. Datainspektionen utför ex officio inspektioner samt hanterar klagomål och frågor från enskilda personer.⁵³ Datainspektionen får i samband med dataskyddsförordningen möjlighet att utfärda sanktioner om upp till 20 000 000 euro eller 4 % av den totala globala årsomsättningen, beroende på vilket värde som är högst.⁵⁴

En registrerad som lidit skada kan ha rätt till ersättning av den personuppgiftsansvarige om denne tar målet till domstol och vinner fallet.⁵⁵ Detta har i vissa fall kritiserats eftersom det är svårt för en enskild att påvisa en skada, särskilt när man måste ta fallet till domstol och riskerar att förlora ekonomiskt på köpet.⁵⁶ Ofta består skadorna av miljontals registrerade som fått sina personuppgifter felbehandlade, liksom i Facebookfallet, där upp till 87 miljoner människor anges ha påverkats.⁵⁷ Sammantaget innebär detta att det som individ är svårt att stå upp mot en felbehandling, varför det mesta ansvaret faller på tillsynsmyndigheten som med sina avsevärda sanktionsbelopp har stor möjlighet att påverka företagens beteenden.

⁵² Ibid.

⁵³ Datainspektionens hemsida, *Uppdrag och mål* (2018).

⁵⁴ Artikel 83 dataskyddsförordningen.

⁵⁵ Artikel 82 dataskyddsförordningen.

⁵⁶ Ferretti (2014), sid. 861.

⁵⁷ Chadwick, *How many people had their data harvested by Cambridge Analytica?* The Guardian (2018).

Datainspektionen spelar således en central roll, men riskerar en överväldigande arbetsbörda i sitt utövande ex officio.⁵⁸

⁵⁸ Ferretti (2014), sid. 845 ff.

3 Riktad marknadsföring

3.1 Bakgrund

Riktad marknadsföring innebär att data inhämtas angående en individs beteende, för att identifiera dennes personliga preferenser.⁵⁹ Riktad marknadsföring bygger på att företag diversifierar sin marknadsföring efter den kundgrupp eller individ som marknadsföringen når ut till. Eftersom riktad marknadsföring genomförs med hjälp av algoritmer tas inte hänsyn till den specifika individens intresse, utan ett uppskattat intresse av de registrerade som grupp används som mät punkt.⁶⁰

3.2 Definitioner

Direktmarknadsföring kan definieras som ”alla aktiviteter som syftar till att erbjuda produkter – liksom överföring av sådana kommersiella budskap (oavsett medium) – och vilka är avsedda att informera och uppnå ett svar från adressaten, samt alla tjänster med direkt anknytning därtill.”⁶¹ *Individualiserad marknadsföring* avser reklam som anpassas till en viss individ. Med s.k. *beteendebaserad marknadsföring* menas förenklat att användares köpbeteenden spåras och lagras, så att det med tiden byggs upp profiler som sedan används för att förse användarna med reklam som passar deras intressen.⁶² *Riktad marknadsföring* är i denna uppsats ett paraplybegrepp som omfattar både direktmarknadsföring, individualiserad marknadsföring och beteendebaserad marknadsföring.⁶³

3.3 Profilerings

Profilerings definierades i kapitel 2.2 som ”varje form av automatisk behandling av personuppgifter som består i att dessa personuppgifter används

⁵⁹ Report on the CMA’s call for information (2015), sid. 56.

⁶⁰ Yttrande 4/2014, sid. 3 ff.

⁶¹ ICC:s Regler för reklam- och marknadskommunikation, sid. 27.

⁶² Yttrande 2/2010, sid. 3 och 5.

⁶³ Yttrande 5/2009, sid. 9.

för att bedöma vissa personliga egenskaper hos en fysisk person, i synnerhet för att analysera eller förutsäga denna fysiska persons [...] personliga preferenser, intressen, beteende [...]” Profilerings är således helt centralt för att kunna rikta marknadsföring. Det möjliggör en anpassning till kundens behov och preferenser baserat på köphistorik, kön, ålder, ort eller annan data. Profilerings kan självklart anses fördelaktigt för konsumenten – i många fall får kunden erbjudanden som denne faktiskt är intresserad av – men det sker hela tiden på bekostnad av den registrerades integritet.

De personuppgifter som behandlas i syfte att arbeta med riktad marknadsföring varierar stort. För att kunna skicka direktmarknadsföring krävs uppgifter i form av namn, mejl, adress eller dylikt, vilket i förhållande till andra uppgifter inte bör anses vara särskilt inskränkande. I många så kallade Customer Relationship Management-system behandlas och kategoriseras kundprofiler dock genom profilering, segmentering och andra analyser av kundernas beteenden som möjliggör djupgående kunskap om deras köpmönster, identiteter och, ibland även omedvetna, preferenser.⁶⁴ Detta är särskilt aktuellt när det kommer till sociala medier vars finansiering präglas av riktad reklam.

3.4 Tidigare regelverk

3.4.1 Marknadsföringslagen

Marknadsföringens innehåll regleras i första hand i MFL, som faller utanför denna uppsats omfång. Det bör dock påpekas att marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed enligt 6 § MFL är att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.⁶⁵ Detta är relevant när det kommer till exempelvis politisk eller marknadsföring, eller marknadsföring där mottagen inte kan veta om det är en allmän eller en riktad annons. Vidare uppställer 19 § MFL ett krav på samtycke för marknadsföring via mejl, sms eller andra

⁶⁴ Duportail, *Tinder case* (2017).

⁶⁵ SOU 2017:39 sid. 151.

automatiska system. Paragrafen ger således ett långtgående skydd för den enskildes integritet vid direktmarknadsföring då detta anses vara särskilt påträngande och inskränkande tekniker för marknadsföring.⁶⁶ Det bör observeras att MFLs bestämmelser om marknadsföringsinnehåll är fortsatt gällande även efter dataskyddsförordningens ikraftträdande.

342 Personuppgiftslagen

PuL reglerade marknadsföringens mottagare och profileringsprocess fram till dess att dataskyddsförordningen trädde i kraft. I 10 § f) PuL, som byggde på dataskyddsdirektivet och således har en utformning väldigt lik dataskyddsförordningens, fanns en möjlighet att behandla personuppgifter genom en intresseavvägning. I förarbetet till paragrafen nämns att behandling av personuppgifter för direktmarknadsföringsändamål var en tillåten grund enligt 10 § f) PuL.⁶⁷

Datainspektionen uttryckte i RÅ 2001 ref. 68 att behandling av personuppgifter i marknadsföringssyfte med hjälp av intresseavvägningen kan ske mer fritt när det rör sig om marknadsföring gentemot företag än privatpersoner. I ett annat mål slog Regeringsrätten fast att CSN:s register fick lämnas ut i marknadsföringsändamål eftersom det enbart gällde ett fåtal utskick per termin och inga känsliga uppgifter behandlades. Denna dom torde tolkas så att mängden marknadsföring som den registrerade mottar spelar roll för intresseavvägningens avgörande.⁶⁸ Det återstår att se om existerande nationell praxis kommer att vara relevant även framöver.

⁶⁶ Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 19 §, Lexino (2018).

⁶⁷ Prop. 1997/98:44 sid. 65.

⁶⁸ RÅ 2002 ref. 54.

4 Intresseavvägningen som grund för personuppgiftsbehandling i syfte att rikta marknadsföring

4.1 Rekvisit

För att en personuppgiftsansvarig ska kunna använda sig av riktad marknadsföring under intresseavvägningen i artikel 6.1 f) måste ett flertal rekvisit uppfyllas. I artikeln anges att myndigheter inte kan använda sig av denna grund för sådan behandling.

4.1.1 Berättigat intresse

För det första krävs att den personuppgiftsansvarige har ett berättigat intresse, och skäl 47 ger riktlinjer för att bedöma ett sådant. Däri anges att marknadsföring kan vara ett berättigat intresse, även om ordet ”kan” tyder på ett förbehåll vid tillämpningen av intresseavvägningen. Enligt artikeln ska även tredje parts berättigade intressen räknas med om ett sådant finns, vilket exempelvis skulle kunna vara allmänhetens intresse av information.

Intresseavvägningen kan främst användas då de uppgifter som behandlas inte är inskränkande eller ligger till grund för en stor mängd utskick. Ju mer ingående behandlingar som sker, desto större är sannolikheten att intresseavvägningen inte kan användas som laglig grund för behandling.⁶⁹ Enligt den EU-rättsliga metoden ska bestämmelserna dock tolkas i ljuset av EUs syften, det vill säga att främja näringsverksamhet inom EUs gränser och att verka för fred och frihet. Denna tolkning kan möjligtvis öppna för en något vidare avvägning av vad som utgör ett berättigat intresse.⁷⁰ Detta ställs i kontrast till de rättigheter som anges i Stadgans artikel 8. För att ett intresse ska vara berättigat finns även ett krav på förenlighet med till exempel

⁶⁹ Jfr RÅ 2001 ref. 68.

⁷⁰ Jfr Hettne (2011), sid. 40 ff.

konstitutionella och andra rättsliga principer.⁷¹ Intresset ska beaktas i det allmänna sammanhanget och med omständigheterna i det aktuella ärendet.⁷²

Artikel 29-gruppen menar att konventionell marknadsföring är ett berättigat intresse, och att integritetsproblemet uppkommer först vid övervakning av individers beteenden.⁷³ För att ett intresse ska vara berättigat krävs att det är tillräckligt precist och klart för att möjliggöra en giltig intresseavvägning, samt att det är ett reellt och aktuellt intresse. Det är inte möjligt att basera bedömningen på ett framtida eller hypotetiskt intresse.⁷⁴

4.12 Korrekt avvägning

Det första villkoret i skäl 47 stadgar ett krav på att den registrerades intressen eller grundläggande rättigheter och friheter inte väger tyngre än den personuppgiftsansvariges; ett krav på en korrekt bedömd intresseavvägning med beaktande av den registrerades rimliga förväntningar. Avvägningen görs genom en proportionalitetsbedömning. Som tidigare nämnt saknar proportionalitetsbedömningen tydliga riktlinjer för dess genomförande, vilket innebär att avvägningen kommer bli en fråga för nationella domstolar. Med hänvisning till vad som stadgats i kapitel 2.3.2 om proportionalitetsbedömning i EU-rätt överlag krävs att det finns ett till intresset för integritet motstående, tyngre vägande intresse, vilket i detta fall utgörs av marknadsföring.⁷⁵

Artikel 29-gruppen lämnade 2014 ett yttrande om den personuppgiftsansvariges berättigade intressen i vilket de ger vägledning för intresseavvägningens genomförande. De ger fyra huvudpunkter att beakta vid intresseavvägningens genomförande:

- a) bedömningen av personuppgiftsansvariges berättigade intresse (ovan),

⁷¹ Wendleby & Wetterberg (2018), sid. 49.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Se Proposal for General Data Protection Regulation (2012), sid. 25.

⁷⁵ Jfr Ellis (1999), sid. 35.

- b) inverkan på de registrerade,
- c) övrig efterföljsamhet och beaktande av förordningens bestämmelser, och
- d) övriga säkerhetsåtgärder.⁷⁶

Särskilt beaktande ska tas till hur detaljerad information som behandlas, hur omfattande bilden av individen blir, om dennes invändningsrätt möjliggörs och huruvida behandlingen är transparent eller inte.⁷⁷ När man bedömer vilken inverkan behandlingen har på registrerade avses främst effekten av profilering. Detta sker dels i syfte att undvika att profilering har hämmande juridiska effekter, vilket förbjuds i artikel 22, men också för att kartlägga profileringens inverkan överlag. Som exempel anges att profilering kan påverka resultat i sökmotorer och således inskränka rätten till information och privatliv.⁷⁸ ”Inverkan” ska här ha en vid betydelse.⁷⁹

Som exempel på en felaktig avvägning kan lyftas den händelse som i mångt och mycket inspirerade till dataskyddsförordningens uppkomst; det så kallade Targetfallet. I detta fall riktades marknadsföring från Target för gravida till en 14-årig flicka i USA. Hon fick reda på att hon var gravid först efter att ha kontaktat Target och bett dem ta bort reklamen.⁸⁰ I detta fall ansågs inte avvägningen vara korrekt bedömd, även om Targets algoritmer visade sig ha rätt i sina antaganden.⁸¹

4.13 Rimligen förvänta sig

Vidare krävs *under alla omständigheter en noggrann bedömning* av huruvida den registrerade *rimligen kan förvänta sig* att en uppgiftsbehandling för detta ändamål kan komma att ske.⁸² Som exempel ges då den registrerade är kund hos eller arbetar för den personuppgiftsansvarige; att det finns ett förhållande

⁷⁶ Yttrande 06/2014.

⁷⁷ Riktlinjer 2016/679.

⁷⁸ Yttrande 06/2014 sid. 36 f.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Jfr Hill, *Target case* (2012).

⁸¹ Ibid.

⁸² Skäl 47 dataskyddsförordningen.

mellan den personuppgiftsansvarige och den registrerade. Det sker här en konstant proportionalitetsbedömning. En registrerad som går med i en medlemsklubb kan rimligen förvänta sig att få nyhetsbrev eller andra reklamutskick, men kanske inte förväntar sig att dennes köpbeteende eller IP-adress lagras över tid för att producera en fullständig profil i den personuppgiftsansvariges databas. Om det inte finns en etablerad relation mellan parterna är rätten till integritet starkare.⁸³

4.14 Särskilt om barn

Redan i artikel 6.1 f) anges att intresseavvägningen är desto mer begränsad gentemot barn. I skäl 38 anges att barns personuppgifter förtjänar ett starkare skydd överlag, men särskilt när det gäller marknadsföring. Artikel 29-gruppen menar att möjligheten att använda barns personuppgifter i marknadsföringssyfte är oerhört begränsad; inte ens skolor får använda sig av uppgifterna för andra syften än vad de samlades in för.⁸⁴ Med barn avses som huvudregel personer under 16 år och som lägst anses barn vara personer under 13 år.⁸⁵

4.15 EU-domstolens vägledning

Betydelsen av 'under alla omständigheter' och exakt vad som utgör en 'noggrann bedömning' har ännu inte definierats av EU-domstolen. Med hänsyn till EU-domstolens tendens att lägga dessa bedömningar på nationella domstolar talar mycket för att det inte finns en enhetlig bedömning inom EU-rätten.⁸⁶ EU-domstolen har dock konstaterat att intresseavvägningen består av två kumulativa rekvisit; behandlingen måste vara nödvändig för den personuppgiftsansvariges eller tredje mans berättigade intressen och intresset måste överväga den registrerades grundläggande fri- och rättigheter.⁸⁷ Den senare rekvisitet ska tolkas i ljuset av rättigheterna i Stadgan och bedömning ska ske i var enskilt fall.⁸⁸ EU-domstolen har i samma mål angivit att det talar

⁸³ Yttrande 06/2014.

⁸⁴ Yttrande 2/2009.

⁸⁵ Jfr artikel 8.1.

⁸⁶ Hettne (2011), sid. 59.

⁸⁷ C-468/10.

⁸⁸ Mål C-468/10 punkt 28.

för en allvarligare kränkning om de uppgifter som behandlas inte finns i allmänt tillgängliga källor.⁸⁹

EU-domstolen har överlag varit restriktiv med vägledning kring intresseavvägningen i dataskyddsdirektivet. Artikel 29-gruppen har därför flaggat för att det krävs ytterligare riktlinjer för att kunna behålla en enhetlig lagstiftning.⁹⁰

4.2 Principer

Utöver de krav som ställs i skäl 47 måste intresseavvägningen följa de principer som stadgas i artikel 5 dataskyddsförordningen. I ljuset av principerna om ändamålsbegränsning och uppgiftsminimering krävs att de uppgifter som behandlas är samlas in för särskilda, uttryckligt angivna och berättigade ändamål och inte senare har behandlas på ett sätt som är oförenligt med dessa ändamål. Vidare krävs att uppgifterna är adekvata, relevanta och inte alltför omfattande i förhållande till de ändamål för vilka de behandlas.⁹¹ Utöver detta anger lagringsminimeringsprincipen i artikel 5 e) att uppgifterna inte bör lagras i en form som möjliggör identifiering längre än vad som är nödvändigt för de ändamål för vilka personuppgifterna samlas in. Det har tidigare räckt att den personuppgiftsansvarige anger att uppgifterna samlas in i marknadsföringssyfte för att dessa principer ska anses uppfyllda, men det är oklart om så kommer att vara fallet även framöver.

Som tidigare stadgat handlar direktmarknadsföring i mångt och mycket om att samla in så stora mängder data som möjligt, vilket går emot principerna om dataminimering och lagringsminimering.⁹² Detsamma gäller för big data-analyser som per definition bygger på att det finns stora mängder data att analysera.⁹³ På så vis går näringsfrihet och personuppgiftsskydd emot varandra, eftersom det är en tydlig konkurrensfördel att veta så mycket som

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Opinion 06/2014, sid. 51.

⁹¹ Artikel 5 b) och c) dataskyddsförordningen.

⁹² Report on the CMA's call for information (2015), sid. 56.

⁹³ SAS Institute, *Big Data – What it is and why it matters* (2018).

möjligt om sina konsumenter.⁹⁴ Företag har således två stridiga intressen: att å ena sidan behandla stora mängder värdefulla uppgifter, och å andra sidan att följa ovan nämnda principer.

4.3 Invändningsrätt

Den registrerade har en rätt att invända mot behandling som grundas på intresseavvägningen. Rätten att invända stadgas i artikel 21 som anger att den registrerade när som helst har rätt att göra invändningar mot behandling som grundar sig på artikel 6.1 f. När det gäller direktmarknadsföring är rätten att invända oinskränkbar och behandlingen måste genast upphöra om sådan invändning inkommer.⁹⁵ Rätten att invända ska senast vid den första kommunikationen med den registrerade uttryckligen meddelas denne tydligt, klart och åtskilt från eventuell annan information.⁹⁶

⁹⁴ Volny (2017), sid. 79.

⁹⁵ Artikel 21.2 dataskyddsförordningen.

⁹⁶ Artikel 21.4 dataskyddsförordningen.

5 Analys

5.1 Intresseavvägningens rekvisit

För att kunna avgöra vad som är ett berättigat intresse krävs under alla omständigheter en noggrann bedömning, vilket torde innebära ett krav på att den personuppgiftsansvarige är medveten om, och kan uppskatta vidden av, de registrerades intresse av integritet för att kunna göra en nogsam bedömning av intressenas vikt. Vidare bör, med hänvisning till begreppet 'under alla omständigheter' samt den teleologiska tolkningsmodellen, en avvägning ske i var specifikt fall, varför det bör vara en risk i sig att behandla samtliga registrerade som en enhet.

Eftersom bedömningarna om intresseavvägningen i princip enbart görs digitalt finns det inget utrymme för en individuell prövning i var fall av riktad marknadsföring; något som bestämmelsens rekvisit antyder är ett krav. För att ett företag ska kunna genomföra en bedömning för varje individ hade det antagligen krävts ännu bättre information – vilket skulle innebära en motsägelsefull behandling av ännu fler uppgifter.

Trots detta bör frågan om den skönsmässiga bedömningen lyftas, eftersom beslutet om vems intresse som väger tyngst tas ur ett högst subjektivt perspektiv. Den ena halvan av intresseavvägningen görs med full insikt i rådande förhållanden (företagets). Den andra halvan av intresseavvägningen görs utan att den registrerade, vars intresse man bedömer, har vetskap om att dennes personuppgifter behandlas. Den har således ingenting att säga till om i frågan. Den registrerade får enbart vetskap om en felaktig intresseavvägning *efter* att uppgifterna har används för att nå ut till den registrerade. Detta innebär, utöver att den registrerade riskerar att motsäga sig behandlingen i första taget, att den registrerades intressen förmodligen inte representeras i lika stor grad som den personuppgiftsansvariges, och att den registrerade ofta inte ens har vetskap om denna felaktiga behandling. Detta är särskilt problematiskt då avvägningen gäller sociala medier i vilka det inte finns en

tydlig invändningsrätt, eftersom det ofta inte anges om annonsen är riktad eller inte.

Med tanke på att marknadsföringens innehåll inte får påverka mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat beslut uppkommer ett problem i de fall marknadsföringen är riktad utan att detta anges, exempelvis i sökmotorer eller sociala medier. Ett välgrundat beslut torde baseras på en objektiv tillgång till information, snarare än information anpassad efter tidigare beteenden. I det fallet torde en behandling baserad på intresseavvägningen strida mot både 16 § MFL och dataskyddsförordningens intresseavvägning, eftersom den registrerade inte har vetskap om behandlingen.

Vidare är det, inom sociala medier, nästintill omöjligt för den personuppgiftsansvarige att avgöra exakt vem det är som använt datorn; om det är ett barn, vars uppgifter man inte får behandla, kan samma marknadsföring som till en vuxen hade varit godtagbar bli oerhört kränkande. Detta kan självfallet kopplas till ovan diskussion om själva avvägningen. Till exempel kan reklam för gravida vara uppskattat om mottagaren i fråga är gravid, men det kan vara förödande om personen är ett barn som inte är medveten om sin graviditet, liksom i Targetfallet. Min bedömning blir således att företag, för att minimera risken för sådan kränkning, torde undvika att kombinera uppgifter i profilering som tillsammans kan leda till kränkande eller känslig information. Det kan poängteras att regleringen av just en sådan behandling i framtiden kan komma att flyttas till e-privacyförordningen i stället.

5.2 Riskanalys

När behandling av personuppgifter baseras på intresseavvägningen ligger den största risken i en skönsmässig bedömning och således en rättsosäkerhet. Denna beror dels på att avvägningen inte görs med fulla insikter i rådande förhållanden utan baseras på ensidig information. Den personuppgiftsansvarige gör en egen bedömning av vilken rättighet som har

det tyngre värdet. Det är inte otänkbart att den person som fattar detta beslut agerar i egenskap av chef eller motsvarande maktposition, med risk för att dennes bedömning kan vara formad eller präglad av företagets synsätt och värderingar. Särskilt för mindre bolag torde det finnas en motvilja att ta in extern juridisk hjälp på området, varför beslut ofta fattas av någon med begränsat oberoende på området. Det finns således en rättsosäkerhet, som förvisso är närvarande i intresseavvägningar överlag, i det faktum att den personuppgiftsansvarige på egen hand fattar dessa beslut.

Den begränsade vägledning som givits av EU-domstolen⁹⁷ ökar personuppgiftsbehandlings flexibilitet och de stora företagens personuppgiftsbehandlingsmöjligheter. Detta sker dock på bekostnad av medlemsstaternas enhetlighet och individens makt gentemot företagen. Eftersom det är svårt för en enskild att påvisa skada är det få som går till domstol, och mörkertalet för personuppgiftsincidenter är med andra ord enormt. Vidare finns en risk att monopoliserade marknader inte respekterar personuppgiftsskydd, eftersom individen inte har någon reell möjlighet att byta tjänsteleverantör. Sammantaget innebär det en rättsosäkerhet som kopplas till tillsynsmyndigheternas begränsade möjligheter att ha full kontroll på landets samtliga företag.

Det finns även en risk att företag väljer att fokusera på de konkurrensfördelar som en omfattande personuppgiftshantering medför, framför att följa dataskyddsförordningens bestämmelser. Det har påvisats att medier såsom Facebook, Google och Tinder innehar betydligt mer information än vad som krävs för möjliggöra just marknadsföring; de besitter fullständig information om individen och i samband med big data-analyser har slutsatser kunnat dras om känsliga uppgifter såsom politisk åskådning, sexuell läggning och religion. Datan kan användas för att träffsäkert rikta marknadsföring som blir mycket mer effektiv och lönsam för företagen; en stor konkurrensfördel.

⁹⁷ Se kapitel 4.1.5.

Samma data som används för detta kan dock även användas i uppenbart integritetskränkande syften, om informationen används på ett oönskat sätt.

Förhoppningsvis kommer en korrekt personuppgiftshantering så småningom att bli en konkurrensfördel snarare än en nackdel, eftersom konsumenter vill kunna lita på att deras uppgifter behandlas på ett värdigt sätt. Behandling som väljer att bortse från dataskyddsförordningens principer för att maximera företagsvinst utgör en uppenbart otillåten behandling under dataskyddsförordningen.

6 Slutsats

Gränsen mellan en tillåten och en otillåten personuppgiftsbehandling under intresseavvägningen i artikel 6 f) i syfte att rikta marknadsföring handlar, enligt min bedömning, om vilka personuppgifter som kombineras för att ta fram vilka resultat. När en algoritm är programmerad att utreda och basera marknadsföring på graviditet, sexualitet, politisk läggning eller liknande torde en helhetsbedömning av behandlingen leda till att intresseavvägningen är en otillåten grund för behandling, även om uppgifterna som behandlas var för sig inte är kränkande.

Min bedömning landar vidare i att ett företag, för att genomföra en korrekt intresseavvägning, inte själva får behandla uppgifter på en hypotetisk grund, men trots det borde ta hänsyn till de hypotetiska och osannolika situationer som kan uppkomma som ett resultat av marknadsföringen. Företag ska alltså beakta den registrerades integritetsintresse vid intresseavvägningen som mer omfattande än vad det troligen är i det genomsnittliga fallet. Exempelvis hade Target enkelt kunna införa en policy om att inte marknadsföra produkter för gravida, eftersom integritetsintresset när det kommer till graviditeter är betydande och det finns en risk att mottagaren är omedveten om sin graviditet. Företag borde alltså undvika att göra antaganden om sexualitet, könstillhörighet, graviditet, politisk läggning eller annat sådant ämne som kan uppfattas integritetskränkande. Även om de registrerade personuppgifterna var för sig inte öppet avslöjar något av ovanstående har flertalet företag bevisat att uppgifter i kombination med varandra kan ge en väldigt målande bild av den registrerade.

Sammanfattningsvis kan företag utan större problematik basera riktad marknadsföring på intresseavvägningen i artikel 6.f, om de också beaktar resultaten av denna. Det handlar om att i större utsträckning utreda vilka kombinationer uppgifter kan sättas ihop till, samt vilka integritetskränkande scenarion som kan uppkomma till resultat av profileringen. Det största

problemet är enligt min bedömning den konkurrensnackdel en minimerad personuppgiftsbehandling innebär, i kombination med tillsynsmyndigheternas begränsade kontrollmöjligheter. Med största sannolikhet kommer problematiken med den skönsmässiga bedömningen att falla på plats allt eftersom praxis tillkommer och doktrin upprättas. Gränsdragningen handlar således om välvilja, respekt och integritet även i de fall en för företaget ekonomisk vinst kan bli lidande.

7 Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

EU

Vägledningar, rekommendationer och yttranden

Article 29 Data Protection Working Party's opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, Adopted on 9 April 2014

Article 29 Data Protection Working Party's opinion 5/2009 on online social networking, Adopted on 12 June 2009

Article 29 Data Protection Working Party's Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools), Adopted on 11 February 2009

Article 29 Data Protection Working Party's opinion 2/2010 on online behavioural advertising, Adopted on 22 June 2010

Article 29 Data Protection Working Party's Opinion 4/2010 on the European code of conduct of FEDMA for the use of personal data in direct marketing, Adopted on 13 July 2010

Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), 2012/0011 (COD)

Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, Adopted 3 October 2017

Svensk rätt

Propositioner

Prop. 1997/98:44

Prop. 2005/06:173

Betänkanden

SOU 2017:39

SOU 2017:52

SOU 2016:7

SOU 2016:41

Vägledningar, rekommendationer och yttranden

Intresseavvägning enligt personuppgiftslagen: *Datainspektionen informerar*,
Reviderad version augusti 2015

Levin, Marknadsföringslag (2008:486) 19 §, Lexino 2018-05-16

Litteratur

Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU law: text, cases, and materials*, 5. ed.,
Oxford Univ. Press, Oxford, 2011

Ellis, Evelyn (red.), *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Hart, Oxford, 1999

Ferretti, F, *Data protection and the legitimate interest of data controllers: Much ado about nothing or the winter of rights?*, Common Market Law Review vol. 5 2014 Issue 3

Frydlinger, David, Edvardsson, Tobias, Olstedt Carlström, Caroline & Beyer, Sandra, *GDPR: - juridik, organisation och säkerhet enligt dataskyddsförordningen*, 2018

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2., omarb. uppl.*, Norstedts juridik, Stockholm, 2011

Volny, V, Personuppgifter som valuta i den digitala ekonomin, JP 1/2017

Wendleby, Monika & Wetterberg, Dag, *Dataskyddsförordningen GDPR: förstå och tillämpa i praktiken*, Första upplagan, Stockholm, 2018

Elektroniska källor

Adams, Tim. *The Cambridge Analytica Files: Facebook's week of shame: the Cambridge Analytica fallout*. The Guardian. Publicerad 24/03-2018. Hämtad den 11/5-2018 från:

<https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files>

Chadwick, Paul. How many people had their data harvested by Cambridge Analytica? *The Guardian*. 16 April 2018. Hämtad den 17/5-2018 från <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/apr/16/how-many-people-data-cambridge-analytica-facebook>

Datainspektionens hemsida, *Artikel 29-gruppen*. Hämtad den 17/5-2018 från <https://www.datainspektionen.se/om-oss/internationellt-arbete/artikel-29-gruppen1/>

Datainspektionens hemsida, *Datainspektionens uppdrag*, hämtad 15/5-2018 från: <https://www.datainspektionen.se/om-oss/uppdrag-och-mal/>

Duportail, Judith. *Tinder case: I asked Tinder for my data. It sent me 800 pages of my deepest, darkest secrets. The Guardian*. 26 september 2017. Hämtad den 2/5-2018 från: <https://www.theguardian.com/technology/2017/sep/26/tinder-personal-data-dating-app-messages-hacked-sold>

ETNO's views on the Proposal for an ePrivacy Regulation, mars 2017. Hämtad den 10/5-2018 från: https://etno.eu/datas/positionspapers/2017/RD440_ETNO_views_eprivacy/RD440_ETNO_views_eprivacy.pdf

Hill, Kashmir. *Target case: How Target Found Out A Girl Was Pregnant Before Her Father Did. Forbes Tech*. Publicerad 16/02-2012. Hämtad 11/4-2018 från: <https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/#454f6668>

Lindhe, Jon. *Facebook case: Detta har hänt: Facebook och Cambridge Analytica. SVT Nyheter*. Publicerad 20 mars 2018, uppdaterad 22 maj 2018. Hämtad den 22/4-2018 från: <https://www.svt.se/nyheter/utrikes/detta-har-hant-facebook-och-cambridge-analytica>

Ny förordning om integritet och elektronisk kommunikation, en kommentar av SWEDMA, 11 januari 2017, tillgänglig via: <http://www.swedma.se/ny-forordning-om-integritet-och-elektronisk-kommunikation/>

Regeringskansliet, *Regeringens pressmeddelande "Integritetskommittén redovisar sitt slutbetänkande"*. 07/06-2017. Hämtad den 25/4-2018 från: <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/06/integritetskommitten-redovisar-sitt-slutbetankande/>

SAS Institute, *Big Data – what it is and why it matters*. Hämtad den 11/5-2018 från: https://www.sas.com/en_us/insights/big-data/what-is-big-data.html

Övriga källor

Competition and Markets Authority (CMA), *The commercial use of consumer data*, Report on the CMA's call for information, CMA38, juni 2015

Rättsfallsförteckning

C-468/10

C-238/99 P

C-244/99 P

C-245/99 P

C-247/99 P

C-250/9 P

C-101/01

RÅ 2001 ref. 68

RÅ 2002 ref. 54