



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Bergström

Förföljd av reklam?

En utredning om skyddet mot individanpassad onlinereklam

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Wennersten

Termin för examen: Period 1 HT 2019

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	9
1.1 Bakgrund	9
1.2 Syfte och frågeställningar	11
1.3 Avgränsningar	11
1.4 Metod och perspektiv	13
1.5 Material	15
1.6 Terminologi	17
1.7 Forskningsläge	18
1.8 Disposition	19
2 INDIVIDANPASSAD MARKNADSFÖRING	21
2.1 Vad är individanpassad marknadsföring?	21
2.2 Hur går det till?	21
2.3 Vilka är aktörerna?	22
3 AGGRESSIV MARKNADSFÖRING	24
3.1 Introduktion	24
3.2 Förbudet mot aggressiv marknadsföring och tillämpning av svarta listan	25
3.3 Bedömningen av aggressiv marknadsföring	25
3.3.1 Utgångspunkter	25
3.3.2 Transaktionstestet	27
3.3.2.1 Konsumentens fria val	27
3.3.2.2 Genomsnittskonsumerten	28
3.3.2.3 Sårbara grupper	30
3.3.3 Riktlinjer för bedömningen av marknadsföringens aggressivitet	32
3.3.3.1 Definitionen av ”annat aggressivt påtryckningsmedel”	32
3.3.3.2 Särskilda faktorer	33
3.3.3.3 Svarta listan	34

3.3.4 Praxis	34
3.4 Delanalys	37
4 SKYDDET AV PERSONUPPGIFTER	41
4.1 Introduktion	41
4.2 Utgångspunkter och principer	41
4.2.1 Behandling av personuppgifter	41
4.2.2 Allmänna principer för personuppgiftsbehandling	42
4.3 Insamling av personuppgifter i marknadsföringssyfte	44
4.3.1 Samtycke	44
4.3.2 Intresseavvägning	46
4.3.2.1 Berättigat intresse	46
4.3.2.2 Avvägningstestet	46
4.4 Särskilt om profilering och automatiserat beslutsfattande	50
4.5 Delanalys	52
5 DIREKTMARKNADSFÖRING	55
5.1 Krav på opt-in eller opt-out	55
5.2 Förslaget om ePrivacy-förordningen	58
5.3 Delanalys	60
6 KONSUMENTENS SKYDD MOT INDIVIDANPASSAD MARKNADSFÖRING UTIFRÅN MARKNADSFÖRINGS- RÄTTEN OCH DATASKYDDSRÄTTEN	62
6.1 Reflektioner och slutsatser	62
6.2 Avslutande kommentar	64
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	66
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	72

Summary

The development of today's digital world has led to a new marketing paradigm in which traders increasingly use information about consumers to create individually targeted advertisement. The consumer is monitored in both the digital and physical world of commerce. Different types of information about the consumer is collected and by analyzing this various data companies are able to identify potential consumers and target their advertising to the consumer. For example, it is possible to identify a person's behavioral patterns, interests, weaknesses and prejudices. Furthermore, it is possible to identify if a person is facing a change in life such as a pregnancy, divorce or a move or if a person intends to make a larger purchase. Companies can utilize this knowledge in its advertising by targeting consumers with a certain type of advertisement at a time when the consumer is most receptive to it.

The purpose of this paper is to investigate the extent of consumer protection in relation to personalized online advertising based on the rules on aggressive marketing and direct marketing in the Swedish Marketing Act (2008:485) (MFL) and the protection of personal data in the EU General Data Protection Regulation (GDPR). This paper examines consumer protection based on these separate fields of law in order to draw a conclusion about the interaction between the regulations and their impact on the protection in relation to personalized advertising online.

This paper concludes both marketing law and data protection law as important instruments that can be used to protect consumers in the digital world. Today's protection against personalized advertising consists mainly of the fact that the consumer, through GDPR and the rules of direct marketing, usually is able to influence the processing of personal data that is used for personalized advertising and the reception of such advertising. The consumer is also protected against personalized advertising that is unfair through the rules on aggressive marketing in MFL. However, the thesis identifies some ambiguities in the legislation that make it difficult to determine the real scope of consumer protection against personalized advertising online.

The thesis states that it is neither necessary nor desirable, if even possible, with a ban on personalized advertising. The thesis recommends a regulation that is based on the consumer's self-determination, as the current legislation is. The choice to receive personalized advertising and the opportunity for traders to create personalized advertising should, as far as possible, be with

the individual. There is, however, uncertainty about if and how today's rules can be applied on personalized advertising that is designed and distributed through many modern digital marketing channels and methods. Considering the development of the digital economy and the fact that the development has brought new risk for the consumer that may be difficult for the consumer to monitor, it is necessary with a clarification of the current legislation. Additional rules that protects the consumer is also promoted. The thesis proposes a prohibition of analyzes of consumer data that is used to draw conclusions about a consumer's weaknesses or other information about the individual that is perceived as sensitive or private. Furthermore, rules that prevent traders from using advertising that is highly tailored to the individual are also advocated.

Sammanfattning

Digitaliseringen har lett till ett nytt marknadsföringslandskap där näringsidkare i allt större utsträckning använder sig av information om konsumenten för att skapa reklam på individnivå. Genom analys av olika typer av data som enskilda lämnar ifrån sig på den digitala och/eller fysiska marknaden kan företag identifiera potentiella konsumenter och målinrikta sin reklam. Det är till exempel möjligt att identifiera en persons beteendemönster, intressen, svagheter och fördomar. Det är även möjligt att identifiera om en person står inför en förändring i livet som till exempel en skilsmässa eller graviditet eller om en person ämnar göra ett större inköp såsom en bil. Denna kunskap kan utnyttjas i marknadsföring genom att låta konsumenter nås av en viss typ av reklam vid en tidpunkt konsumenten är som mest mottaglig för reklamen.

Syftet med uppsatsen är att undersöka konsumentens skydd mot individanpassad onlinereklam utifrån reglerna om aggressiv marknadsföring och direktreklam i marknadsföringslagen (2008:486) (MFL) samt skyddet för personuppgifter i EU:s allmänna dataskyddsförordning (GDPR). Uppsatsen utreder konsumentens skydd utifrån dessa skilda rättsområden för att därefter bedöma regelverkens samspel och inverkan på konsumentens skydd mot individanpassad onlinereklam.

Av uppsatsen framkommer att både marknadsföringsrätten och dataskyddsrätten är viktiga instrument som kan användas för att skydda konsumenter i det digitala samhället. Dagens skydd i förhållande till individanpassad reklam består främst i att konsumenten genom GDPR och reglerna om direktmarknadsföring normalt sett har möjlighet att själv påverka den behandling av personuppgifter som ligger till grund för utformningen av reklam samt mottagandet av sådan reklam. Konsumenten kan även skyddas mot viss individanpassad reklam genom förbudet mot aggressiv marknadsföring i MFL. Uppsatsen identifierar emellertid vissa oklarheter i lagstiftningen som gör det svårt att, i dagsläget, fastställa konsumentens verkliga omfattning i förhållande till individanpassad reklam online.

I uppsatsen konstateras att det varken är nödvändigt eller önskvärt, om ens möjligt, med ett generellt förbud mot individanpassad reklam. I uppsatsen förordas en reglering som utgår från att valet att motta individanpassad reklam och möjligheten för näringsidkare att utforma sådan reklam i möjligaste mån ska ligga hos den enskilda individen, likt dagens reglering gör. I dagsläget råder det dock osäkerhet kring om och hur dagens regler kan

tillämpas på individanpassad reklam som utformas och distribueras genom många moderna digitala marknadsföringskanaler och marknadsföringsmetoder. Med beaktande av den digitala ekonomins framväxt och att utvecklingen har medfört nya risker som kan vara svåra för konsumenten att överblicka anses det nödvändigt att dagens lagstiftning förtydligas och kompletteras. Införande av ytterligare skyddsregler förordas. I uppsatsen föreslås ett förbud mot näringsidkare att analysera information om konsumenter i syfte att dra allt för ingående slutsatser och göra förutsägelser om en konsuments svagheter eller annan information som uppfattas känslig eller privat. Vidare förespråkas även regler som förhindrar näringsidkare att utforma reklam som är allt för individanpassad.

Förord

Med de här orden avslutar jag mina fem år av studier i Lund. Fem otroligt roliga, givande och stundtals även krävande år som jag aldrig kommer glömma. Det finns några som förtjänar ett extra tack för detta och som gjort vägen till examen lättare.

Jag vill tacka min handledare, Ulrika Wennersten, för dina kloka och värdefulla kommentarer som hjälpt mig genom uppsatsdimman.

Goaste ”Suggorna” som betyder långt mycket mer än namnet antyder. De bästa lundaminnena delar jag med er!

Tack även till studentkorridoren som gav mig mina korre-systrar och bästa vän.

Slutligen vill jag tacka mamma, pappa och bror för ert pepp, engagemang och tålamod. Särskilt tack till pappa för ”spegeln i hallen”. Det blev jurist av mig också!

Maria Bergström
Lund, januari 2020

Förkortningar

Artikel 29-gruppen	Arbetsgrupp för frågor om integritetsskydd och skydd av personuppgifter inom EU
CNIL	Commission nationale de l'Informatique et des libertés (Datainspektionen i Frankrike)
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
Direktivet om otillbörliga affärsmetoder	Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004
EDAA	European advertising standards alliance
EDPB	European data protection board (Europeiska dataskyddsstyrelsen)
EDPS	European data protection supervisor (Europeiska datatillsynsmannen)
ePrivacy-direktivet	Direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation
ePrivacy-förordningen	Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om respekt för privatlivet och skydd av personuppgifter i samband med elektronisk kommunikation och om

	upphävande av direktiv 2002/58/EG (förordning om integritet och elektronisk kommunikation), KOM(2017) 10 slutlig 2017/0003 (COD)
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
GDPR	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
ICC	International chamber of commerce (Internationella handelskammaren)
KO	Konsumentombudsmannen
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslagen (2008:486)
Opt-in	När en person aktivt gett sitt samtycke eller medgivande
Opt-out	När en person gjort ett eget aktivt val
PMÖD	Patent- och marknadsöverdomstolen
Prop.	Proposition
PuL	Personuppgiftslagen (1998:204)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
Rättighetsstadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
SOU	Statens offentliga utredningar

Svarta listan

Tillkännagivande (2008:487) med
anledning av marknadsföringslagen
(2008:486)

SWEDMA

Swedish data and marketing association

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Under de senaste decennierna har digitaliseringen och användningen av internet ökat kraftigt. Utvecklingen har lett till ett nytt marknadsföringslandskap där reklam och annonsering i allt högre grad anpassas till den enskilda individens intressen och behov.¹

Idag samlas stora mängder uppgifter om konsumenter in från deras digitala och fysiska beteende på marknaden. Uppgifterna behandlas av företag utan att den enskilda personen nödvändigtvis varken känner till eller hinner reflektera över hur, när och varför detta sker. Persondata har kommit att bli en handelsvara som är av intresse för många företag inom bland annat marknadsföring.² Den kan användas av företag för att bland annat kartlägga konsumenter och målinrikta marknadsföring till potentiella kunder som bedöms vara mottagliga för företagets kommersiella budskap. Genom analys av data är det möjligt att identifiera konsumenters svagheter och fördomar och rikta reklam till konsumenter när de är som mest mottagliga för den.³

Reklam berör oss på olika sätt. Reklam som når en konsument på ett mer personligt sätt kan uppfattas integritetskränkande eller irriterande i olika hög grad. De flesta internetanvändarna har troligtvis upplevt hur de efter att ha sökt på en specifik produkt, låt säga en tvättmaskin, mötts av annonser om just tvättmaskiner under en lång tid efter sökningen. Ett annat exempel på marknadsföring som anpassas efter individen kan vara att en person frekvent besöker hemsidor och läser artiklar om sport. I samband med att personen bokar en resa till Spanien kan hen visas reklam om biljetter till en lokal fotbollsmatch som spelas i datumintervallet för personens resa. Vidare finns det exempel på när reklam når konsumenten på ett nästintill kusligt personligt plan. Ett exempel på detta gäller varukedjan Target som, efter analys av en mängd data om konsumenter, kunde identifiera gravida kvinnor. Target adresserade sedan erbjudanden till dessa kvinnor om produkter kopplade till graviditet och småbarn, som kvinnorna sannolikt redan var eller inom kort skulle bli intresserad av att köpa. En av de som mottog reklamen var en tonåring som bodde hemma hos sina föräldrar. Föräldrarna visste inte om att

¹ SOU 2018:1 s. 41f.

² Ibid s. 42ff.; Konsumentverkets rapport 2017:4.

³ SOU 2018:1 s. 197f. och s. 204; Helberger, Zuiderveen Borgesius och Reyna (2017) s. 4.

dottern var gravid men uppmärksammades på det genom Targets reklamutskick.⁴

Individanpassad reklam, likt den som beskrivits ovan, kan också uppfattas som positiv och till nytta för konsumenter eftersom den upplevs relevant för mottagaren och anpassad efter dennes behov. Den hjälper personen att sälla bland information vilket kan spara tid.⁵ Att en varukedja som i exemplet med Target vet mer om en persons graviditet än personens familj, vänner och bekanta kan emellertid uppfattas obehagligt. Undersökningar visar att en klar majoritet av internetanvändarna upplever ett obehag över att onlineplattformar använder information om deras internetanvändning och personuppgifter för att skraddarsy reklam.⁶ Utnyttjandet av personuppgifter i marknadsföringssyfte väcker frågor om privatpersoners skydd mot otillbörlig marknadsföring och behandling av personuppgifter i egenskap av konsumenter.

Marknadsföringsrätten och dataskyddsrätten är två områden som länge varit skilda åt men i och med den digitala ekonomin har de kommit att flyta samman mer och mer.⁷ På EU-nivå återfinns regler om marknadsföring huvudsakligen i direktivet om otillbörliga affärsmetoder⁸ som i Sverige implementerats genom marknadsföringslagen (2008:486) (MFL). Enskildas skydd av personuppgifter regleras huvudsakligen av EU:s allmänna dataskyddsförordning (GDPR)⁹. Trots att GDPR och MFL tillkommit i modern tid ändras reklammiljön snabbt och i dagsläget uttrycks en oro kring konsumenternas skydd i den digitala miljön.¹⁰

⁴ Hill (2012), 'How Target Found Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father', *Forbes*, publicerad 2012.02.16, <<https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/#1edc39fd6668>>.

⁵ SOU 2018:1 s. 201f.

⁶ Eurobarometer (2016) s. 52.

⁷ Helberger, Zuiderveen Borgesius och Reyna (2017) s. 1f.

⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004.

⁹ 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.

¹⁰ Se t.ex. Konsumentverkets rapport 2016:12 s. 8f och s. 25, SOU 2016:41 s. 86 och KOM(2017) 10 slutlig s. 2.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens övergripande syfte är att undersöka och utvärdera konsumentens skydd mot individanpassad reklam på internet. Mer specifikt kommer arbetet undersöka tillämpligheten av och samspelet mellan marknadsföringsrättens regler om aggressiv marknadsföring och direktreklam samt skyddet för personuppgifter enligt dataskyddsrätten, för att utvärdera konsumentens skydd i förhållande till individanpassad onlinereklam.

Arbetet avser att besvara följande frågeställningar:

- Kan individanpassad onlinereklam utgöra aggressiv marknadsföring?
- Vilket skydd har konsumenter mot en näringsidkares möjligheter att behandla personuppgifter för att individanpassa reklam till konsumenter online?
- Kan reglerna om direktmarknadsföring tillämpas på och skydda konsumenten mot individanpassad reklam?
- Är dagens lagstiftning, ur konsumentens perspektiv, tillräcklig för att hantera eventuella risker med att onlinereklam anpassas till konsumenten på individnivå?

1.3 Avgränsningar

Individanpassad reklam kan utformas med hjälp av olika tekniker som är mer eller mindre tekniskt invecklade. Redogörelsen för individanpassad reklam som affärsmetod kommer hållas övergripande och innefatta vissa generaliseringar. Detta då en noggrann redogörelse av tekniken bakom reklamen varken bedöms vara lämplig eller nödvändig med hänsyn till uppsatsens rättsvetenskapliga karaktär. Även den särskilda regleringen som finns avseende s.k. cookies kommer behandlas översiktligt.

Individanpassad reklam kan förekomma i olika marknadsföringskanaler, såväl digitala som analoga. I och med internets framväxt har användningen av digitala medier ökat och det är här de konsumenträttsliga problemen konstaterats vara som mest utmärkande.¹¹ Av utrymmesmässiga skäl kommer uppsatsen inte behandla de analoga marknadsföringskanalerna. Uppsatsen behandlar endast reklam via digitala kanaler och har specificerats till annonsering på webbplatser. Vidare finns det särreglering på området för bland annat marknadsföring till barn samt marknadsföring av särskilda produkter och tjänster som exempelvis spel och alkohol. Detta är områden som ställer höga krav på marknadsföraren vad gäller bland annat försiktighet

¹¹ SOU 2018:1 s. 18 och 151.

och måttfullhet. Dessa områden lämnas också utanför uppsatsen av utrymmesmässiga skäl.

Uppsatsen intar ett konsumenträttsligt perspektiv. Konsumentskyddet i sig ska inte utredas utan uppsatsen analyserar ämnet utifrån ett konsumentperspektiv. MFL reglerar marknadsföring i förhållandet mellan näringsidkare och konsumenter samt mellan näringsidkare och näringsidkare. Marknadsföring mellan näringsidkare är inte relevant för framställningen och kommer inte att behandlas. Flera näringsidkare kan vara inblandade i en och samma marknadsföringsprocess. Utöver köpare och säljare av annonsplatser finns det olika mellanhänder. Annonsbolag, förmedlare och annonsbörser är exempel på mellanhänder. De olika rollerna väcker intressanta frågor om ansvar. Ansvarsfrågor kommer av utrymmesmässiga skäl inte att behandlas i uppsatsen. Till följd av detta kommer uppsatsen inte innefatta någon närmare redogörelse för inblandningen av mellanhänder och deras roller.

Reglerna om vilseledande marknadsföring i 10 § och transaktionstestet i 8 § MFL samt den allmänna generalklausulen om god marknadsföringssed i 5 § samt transaktionstestet i 6 § MFL kan tillämpas på individanpassad reklam. På grund av utrymmesmässiga skäl har dock uppsatsen avgränsats till att endast behandla aggressiv marknadsföring i 7 § MFL. Anledningen till detta val är att uppsatsen tar sikte på individanpassad reklam som metod. Uppsatsen fokuserar därmed på reklamens form snarare än dess innehåll, varför reglerna om aggressiv marknadsföring bedöms ligga närmast till hands att utreda. Transaktionstestet som anges i 6 och 8 §§ återfinns emellertid även i 7 § MFL. Tolkning och tillämpning av dessa bestämmelser kan därmed bidra med viss vägledning vid bedömningen av aggressiv marknadsföring. I sammanhanget ska noteras att även om en marknadsföringsmetod inte bedöms vara otillåten med hänvisning till reglerna om aggressiv marknadsföring kan den vara otillåten enligt någon av de andra materiella bestämmelserna i MFL.

Regleringen i MFL innefattar en hänvisning till den s.k. svarta listan (SFS 2008:487) som inkorporerar bilaga 1 till direktivet om otillbörliga affärsmetoder.¹² Svarta listan innehåller en uttömmande uppräkningslista av 31 preciserade affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga. Punkt 24–31 i svarta listan avser aggressiva marknadsföringsmetoder. Av dessa bedöms punkt 26 vara av intresse i förhållande till individanpassad reklam. Punkt 26 föreskriver att det under alla omständigheter anses otillbörligt att ta upprepade och oönskade kontakter med en konsument per telefon, fax, e-post eller annat medium, såvida det inte, enligt nationell rätt,

¹² 4 § MFL.

är motiverat för att fullgöra en avtalsskyldighet. Övriga punkter i svarta listan kommer inte behandlas.

Behandling av personuppgifter är en förutsättning för att företag ska kunna individanpassa sin reklam. Uppsatsen avser att behandla just skyddet i förhållande till sådan typ av marknadsföring. Med hänsyn till detta och uppsatsens begränsade utrymme kommer ingen uttömmande redogörelse för skyddet av personuppgifter eller rätten till personlig integritet i sig att göras. Uppsatsen redogör för den reglering som anses mest betydelsefull för individen i egenskap av konsument och i förhållande till individanpassad reklam.

Behandling av personuppgifter måste stödja sig på en rättslig grund. Behandling av personuppgifter som sker i marknadsföringssyfte kan i princip stödja sig på tre olika grunder: samtycke, intresseavvägning eller fullgörande av avtal.¹³ De huvudsakliga grunderna för behandling av personuppgifter i marknadsföringssyfte är de första två.¹⁴ Av utrymmesmässiga skäl har uppsatsen, med hänsyn till detta, avgränsats till samtycke och intresseavvägning. Fullgörande av avtal som rättslig grund kommer därför inte att behandlas.

1.4 Metod och perspektiv

För att kunna bedöma den rättsliga regleringen kring individanpassad reklam måste gällande rätt undersökas. Uppsatsen har därför utarbetats med hjälp av den rättsdogmatiska metoden. Metoden används för att beskriva och utreda gällande svensk rätt och tar sin utgångspunkt i de allmänt accepterade rättskällorna: lagstiftning, förarbeten, praxis och juridisk doktrin. Metoden används även för att kritiskt analysera rättsläget utifrån gällande rättsregler.¹⁵ Vid tillämpning av den rättsdogmatiska metoden är det viktigt att notera att rättskällorna tillmäts olika auktoritet. Enligt rättskällevärdet ska lagar, föreskrifter och fasta sedvanerättsliga regler beaktas. Prejudikat och förarbeten bör beaktas medan övriga rättskällor som doktrin, domar som inte utgör prejudikat och institutionella rekommendationer får beaktas.¹⁶

Utmärkande för marknadsföringsrätten är att den till stor del är branschstyrd och att lagstiftningen kompletteras av marknadens självreglering och egenåtgärder. Det består bland annat av Internationella handelskammarens (ICC:s)

¹³ Frydinger m.fl. (2018) s. 181.

¹⁴ Wille (2018) s. 244.

¹⁵ Kleineman (2018) s. 21–24.

¹⁶ Peczenik (1995) s. 35.

regler för reklam och marknadskommunikation samt ståndpunkter från De nordiska konsumentombudsmännen. Dessa typer av dokument fyller en viktig funktion genom att fylla ut lagstiftningen. Vilken auktoritet självreglering och egenåtgärder ska tillmätas som rättskälla i uppsatsen har beaktats vid framställningen. Utifrån den syn på rättskällevärdet som presenterats ovan får dessa källor användas för att beskriva rättsläget. I Sverige intar även Konsumentverket och Konsumentombudsmannen (KO) en särskild roll. Konsumentverket är den centrala myndigheten för konsumentfrågor och KO en del av Konsumentverkets verksamhet. Konsumentverket har bland annat i uppgift att bevaka och analysera marknaden ur ett konsumenträttsligt perspektiv och se till att konsumenterna har tillgång till information om deras rättigheter och skyldigheter.¹⁷ Myndigheten sammanställer bland annat rapporter och publicerar vägledningar och ståndpunkter. Dessa är inte bindande för allmänheten men utgör vägledning för både Konsumentverket och andra myndigheters verksamheter. Konsumentverkets rapporter används även som vägledning för regeringens arbete.¹⁸ Med hänsyn till vad som anförs kan dessa mer informella källor tjäna god vägledning för att tolka gällande rätt och även de tillskrivas ett rättskällevärde enligt rättskällevärdet som källor som får beaktas.

Utöver den rättsdogmatiska metoden tillämpas den EU-rättsliga metoden för att tolka och hantera de EU-rättsliga källorna som behandlas i arbetet. Dessa utgörs av primärrätt, allmänna rättsprinciper, sekundärrätt, praxis och icke-bindande rättsakter, s.k. soft law. Källorna rangordnas i uppräknad ordning.¹⁹

Primärrätten består av EU:s grundläggande fördrag och innefattar främst fördraget om Europeiska unionen (FEU), fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (rättighetsstadgan). Sekundärrätten innefattar direktiv, förordningar och beslut. Dessa kategorier av rättsakter utgör tillsammans med EU-domstolens praxis de centrala rättskällorna inom EU-rätten.²⁰ Det ska noteras att beaktandeskälen i ingressen till EU:s direktiv och förordningar inte är juridiskt bindande men används vid tolkning av EU-rätten eftersom de utgör en del av rättsakten och ofta används som tolkningshjälp av EU-domstolen.²¹

¹⁷ 1, 3 och 10 §§ förordning (2009:607) med instruktion för Konsumentverket; Bernitz (2013) s. 56f.

¹⁸ Konsumentverket, 'Forskning och rapporter', <<https://www.konsumentverket.se/om-konsumentverket/vart-arbete/forskning-och-rapporter/>>; Bernitz (2013) s. 56f.

¹⁹ Reichel (2018) s. 109; Bernitz och Kjellgren (2018) s. 185.

²⁰ Bernitz och Kjellgren (2018) s. 184ff.

²¹ Ibid s. 198f.

Soft law består bland annat av rekommendationer, yttranden, riktlinjer, arbetsdokument från Europeiska kommissionen och meddelanden utfärdade av EU:s institutioner. Dessa källor är inte heller rättsligt bindande men syftar i regel till att förtydliga rättsläget, underlätta tolkning av rättsregler och gagna en enhetlig rättstillämpning inom unionen.²² Traditionellt sett har soft law inte ansetts inneha någon stark ställning vid tolkning av EU-rätten. På senare tid har soft law emellertid visats få allt större betydelse och källorna har haft en normerande verkan vid rättstillämpningen.²³ Det framgår bland annat av EU-domstolens hänvisning till soft law som tolkningsunderlag i sin praxis.²⁴ Inom ramen för dataskyddsrätten har till exempel soft law i form av uttalanden från Artikel 29-gruppen²⁵ stor betydelse för tolkningen och tillämpningen av GDPR.²⁶

Den rättsdogmatiska och EU-rättsliga metoden används till att undersöka rättsläget ur ett konsumenträttsligt perspektiv. Konsumenterna har en viktig roll på marknaden eftersom de står för efterfrågan av produkter och tjänster. Det innebär att konsumentens beteende på marknaden har stor betydelse för en väl fungerande marknad och hållbar utveckling. Av den anledningen är det viktigt med en reglering som stärker konsumentens ställning på marknaden och som gör det möjligt för konsumenten att ta tillvara på sina intressen genom att ge dem möjlighet att göra medvetna och aktiva val.²⁷ Med hänsyn till konsumentens skyddets betydelse för en väl fungerande marknad är det viktigt att ständigt undersöka konsumentens ställning i förhållande till förändringar på marknaden. Ett av de områden som har utsatts för stora förändringar, och kan förväntas utsättas för fler, i och med digitaliseringen är marknadsföringsområdet. Den ökade digitaliseringen har lett till att nya marknadsföringskanaler och -metoder växt fram. Reklam som är anpassad efter individen är vanligt förekommande och användningen av sådan reklam förväntas öka i framtiden.²⁸ Att undersöka konsumentens skydd i förhållande till individanpassad reklam är därmed både väsentligt och aktuellt.

1.5 Material

Vid behandling av marknadsföringsrätten har som utgångspunkt MFL och dess förarbeten använts. Den svenska regleringen om aggressiv marknads-

²² Ibid s. 187 och 201.

²³ Reichel (2018) s. 128; Hettne och Otken Eriksson (2011) s. 46f.

²⁴ Se t.ex. C-322/88 *Grimaldi mot Fonds des maladies professionnelles*, EU:C:1989:646.

²⁵ Artikel 29-gruppen var ett oberoende europeiskt organ som inrättades genom EU:s dataskyddsdirektiv med uppgift att bidra till en konsekvent tillämpning av reglerna kring dataskydd i EU.

²⁶ Rücker (2018) s. 7f.

²⁷ Svensson (2019) s. 16ff.

²⁸ SOU 2018:1 s. 224ff.

föring är emellertid ett resultat av införlivandet av EU:s direktiv om otillbörliga affärsmetoder. De svenska domstolarna har en skyldighet att tolka MFL direktivkonformt vilket innebär att svenska lagregler ska tolkas och tillämpas i ljuset av direktivet.²⁹ Svenska domstolar har en skyldighet att alltid tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse. Det gäller även om en annan tolkning av lagen framgår av svenska förarbeten.³⁰ Av den anledningen har även den EU-rättsliga lagstiftningen använts i arbetet och dess överordnande auktoritet beaktats.

Vid redogörelsen av den marknadsföringsrättsliga regleringen av individanpassad reklam hänvisas, utöver lagstiftning, till EU-kommissionens vägledning för hur direktivet om otillbörliga affärsmetoder ska tillämpas. Som framgått av avsnitt 1.4 utgör sådan vägledning soft law men bedöms vara av intresse då den uppdateras kontinuerligt och kan tjäna god vägledning för tolkning av regleringen.³¹ Utöver detta har lagkommentarer och doktrin använts samt rapporter och ståndpunkter publicerade av Konsumentverket inom området för konsumentskydd i den digitala miljön. Detta material har använts för att förstå den marknadsföringsrättsliga regleringen och konsumentskyddets funktion i den digitala miljön.

Rättspraxis avseende aggressiv marknadsföring är begränsad både på svensk och EU-rättslig nivå varför övriga rättskällor givits större utrymme i framställningen. Praxis från Marknadsdomstolen (MD)³² och Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) som anses vara av betydelse för uppsatsen redogörs för i arbetet. Viss hänvisning görs även till praxis angående vilseledande marknadsföring och otillbörlig marknadsföring då begrepps-bildningen i dessa bestämmelser till viss del överensstämmer med regleringen om aggressiv marknadsföring.

Vid redogörelsen av reglerna kring dataskydd har GDPR stått i fokus för framställningen. Då GDPR endast varit i kraft sedan maj 2018 är både mängden praxis och litteratur av naturliga skäl begränsad. Av den anledningen har beaktandeskälerna i förordningens ingress tillsammans med yttranden och riktlinjer från Artikel 29-gruppen utgjort viktigt material för tolkningen av regleringen. Som nämnts under avsnitt 1.4 utgör publiceringarna från Artikel 29-gruppen soft law. Dessa har främst utarbetats i förhållande till EU:s dataskyddsdirektiv som är föregångaren till GDPR och

²⁹ Bernitz (2013) s. 53.

³⁰ Mål C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier mot Procordia Food*, EU:C:2004:275, p. 13.

³¹ Europeiska kommissionen (2016) s. 5.

³² MD var en specialdomstol som behandlade frågor inom bland annat marknadsföringsrätt. Domstolen upphörde den 1 september 2016. Handläggningen av marknadsföringsrättsliga mål överfördes då till Patent- och marknadsdomstolarna.

implementerad i svensk rätt genom den numera upphävda personuppgiftslagen (1998:204) (PuL). I samband med införandet av GDPR upphörde Artikel 29-gruppens verksamhet och ersattes av Europeiska dataskyddsstyrelsen (EDPB).³³ Många av arbetsgruppens uttalanden är fortfarande relevanta då flera bestämmelser i GDPR i stor grad motsvarar reglerna i det tidigare gällande dataskyddsdirektivet.³⁴ EDPB har även godkänt flera av dessa som fortsatt tillämpligt tolkningsunderlag till GDPR.³⁵ Utöver uttalanden från Artikel 29-gruppen, har även viss äldre praxis från tiden innan GDPR, som fortfarande bedöms relevant, använts.

Uppsatsen hänvisar till ett beslut från den franska myndigheten CNIL, motsvarande svenska Datainspektionen. Utöver nationellt arbete, arbetar CNIL internationellt med att bland annat bidra till upprättande av europeiska normer, ge EU-kommissionen råd i frågor om dataskydd samt delta i internationella konferenser gällande dataskydd inom EU.³⁶ Beslutet från CNIL är på intet sätt bindande för svensk rätt. Beslutet behandlar dock frågan om ett företags behandling av personuppgifter för individanpassad reklam. Något liknande ärende har ännu inte varit föremål för prövning i Sverige. Med hänsyn till bristande vägledning i svensk rätt samt att GDPR gäller enhetligt inom EU, skapar beslutet visst mervärde för uppsatsen som ett praktiskt exempel.

1.6 Terminologi

Marknadsföring som ord används ofta vidsträckt. Det innefattar i princip alla ageranden som en näringsidkare vidtar i syfte att öka omsättningen. Själva marknadsföringsprocessen kan sträcka sig över ett tidsspänn från analyser av efterfrågan och utveckling av produkter till åtgärder vid tiden efter försäljning och leverans av en produkt till slutkonsumenten.³⁷ Med marknadsföring och reklam avses i denna uppsats kommersiella meddelanden från näringsidkare (marknadsförare) som riktas till mottagare i egenskap av konsumenter i ett avsättningsfrämjande syfte före ett köp av en produkt eller tjänst. Det finns olika benämningar för reklam som är skraddarsydd efter konsumenten. Utöver individanpassad reklam förekommer bland annat riktad reklam och personaliserad reklam. Två andra vanligt förekommande begrepp är beteendestyrd eller intressebaserad reklam (eng. *online behavioural advertising*). De senare två avser reklam som anpassas till konsumenten utifrån konsumentens beteende på internet. Individanpassad reklam är ett

³³ Artikel 68–70 och 94 GDPR.

³⁴ Rücker (2018) s. 7.

³⁵ EDPB endorsement 1/2018.

³⁶ Se CNIL:s hemsida för mer information om myndighetens arbete <<https://www.cnil.fr/>>.

³⁷ 3 § MFL; Bernitz (2013) s. 16.

något vidare begrepp än beteendestyrd och intressebaserad reklam. Det innefattar även reklam som anpassas till konsumenten baserat på annan information än personens internet aktivitet.³⁸ I uppsatsen används begreppen individanpassad reklam och individanpassad marknadsföring parallellt. Det åsyftar reklam som framställs och riktas till en person online baserat på uppgifter om konsumenten som hen på något sätt lämnat ifrån sig på den digitala och/eller fysiska marknaden, dvs. såväl offline som online.

Begreppsbildningen i MFL och direktivet om otillbörliga affärsmetoder skiljer sig åt. I MFL används begreppet ”aggressiv marknadsföring” vilket motsvarar begreppet ”aggressiva affärsmetoder” i direktivet. I MFL används begreppet ”annat aggressivt påtryckningsmedel” för vad som i direktivet benämns ”otillbörlig påverkan”. För att reklam ska anses otillbörlig krävs enligt MFL att den ”i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut”. I direktivet anges istället att det gäller reklam som ”avsevärt inskränker eller som sannolikt kommer att avsevärt inskränka genomsnittskonsumentens valfrihet eller handlande avseende produkten och därigenom medföra eller sannolikt kommer att medföra att konsumenten fattar ett affärsbeslut som denne annars inte skulle ha fattat”. Trots skillnad i terminologin är den rättsliga innebörden den samma.³⁹ För att underlätta för läsaren och minska risk för förvirring hänvisas endast till den svenska regleringen och begreppsbildningen, om inte annat anges.

1.7 Forskningsläge

År 2014 uppmärksammade Europeiska datatillsynsmannen (EDPS) samspelet mellan dataskyddsrätten och marknadsrätten, inkluderat både konkurrensrätt respektive marknadsföringsrätt, och öppnade upp för debatt kring rättsområdenas samband inom den digitala ekonomin.⁴⁰ Att det finns kopplingar mellan dataskyddsrätten och marknadsföringsrätten har varit känt en längre tid men interaktionen mellan dem i förhållande till individanpassad reklam är inget väl utforskat område.

Tidigare har enskildas skydd i förhållande till olika typer av individanpassad reklam främst behandlats separat utifrån ett marknadsföringsrättsligt eller dataskyddsrättsligt perspektiv. År 2018 presenterades en utredning om konsumentskyddet och tillsynen i den digitala världen, SOU 2018:1, som särskilt behandlar marknadsföring på internet och individanpassad reklam

³⁸ Boerman, Kruikemeier och Zuiderveen Borgesius (2017) s. 364.

³⁹ Prop. 2007/08:115 s. 63, 66ff., 80 och 110.

⁴⁰ EDPS (2014).

utifrån marknadsföringsrätten. Konsumentskyddet på den datadrivna marknaden har även behandlats i ett flertal rapporter från Konsumentverket, 2016:12, 2017:1 och 2017:4. Vidare har den kartläggning som sker av konsumenter behandlats utifrån reglerna om dataskydd och personlig integritet i bland annat SOU 2016:41. Beteendestyrd reklam har också behandlats utifrån reglerna om dataskydd och personlig integritet av bland annat Artikel 29-gruppen i deras yttrande om beteendestyrd reklam på internet⁴¹, där användningen av cookies stått i fokus, samt av Fredrik Johannes Zuiderveen Borgesius⁴².

Efter EDPS:s inledande debatt om rättsområdenas samspel har professorerna Natali Helberger och Fredrik Zuiderveen Borgesius tillsammans med Agustin Reyna, chef för juridiska och ekonomiska frågor vid Europeiska byrån för konsumentorganisationer, undersökt samspelet mellan regleringen för dataskydd och konsumentskydd på EU-rättslig nivå.⁴³ Deras publikation intar ett generellt förhållningssätt till marknadsföringsrätten till skillnad från denna uppsats som fokuserar på konsumentskyddet i förhållande till en specifik marknadsföringsmetod – individanpassad marknadsföring – utifrån just reglerna om aggressiv marknadsföring, direktmarknadsföring och skyddet av personuppgifter.

Studentuppsatser betraktas normalt sett inte som forskning men för transparens ska nämnas att det finns ett tidigare examensarbete från år 2017 som behandlar regleringen om intressebaserad reklam utifrån marknadsföringsrätten och dataskyddsrätten.⁴⁴ Uppsatsen redogör för vilka förändringar rättsläget kring individanpassad reklam stod inför i och med det då stundande ikraftträdandet av GDPR. Nyhetsvärdet i detta examensarbete är att det undersöker hur reglerna om dataskydd, aggressiv marknadsföring och direktmarknadsföring kan användas för att skydda konsumenter i förhållande till individanpassad onlinereklam. GDPR är numera gällande rätt och det har kommit nytt material i form av både doktrin och praxis, om än begränsad, på såväl dataskyddrättens som marknadsföringsrättens område.

1.8 Disposition

Det här arbetet fokuserar på en marknadsföringsmetod som innebär att reklam riktas till en individ baserat på data som samlats in om personen. För att kunna

⁴¹ Artikel 29-gruppen (WP 171).

⁴² Se t.ex. Zuiderveen Borgesius (2015).

⁴³ Helberger, Zuiderveen Borgesius och Reyna (2017).

⁴⁴ Thorngren, Hanna, *Information, integritet och individanpassad reklam. Om regleringen av intressebaserad annonsering i ljuset av nya dataskyddsförordningen*, Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet, 2017.

föra diskussion kring regleringen av sådan individanpassad marknadsföring krävs förståelse om marknadsföringsmetoden. Nästkommande kapitel innehåller därför en presentation av individanpassad reklam som fenomen. Ämnet är tekniskt komplext och redogörelsen avser inte vara uttömmande. Kapitlet är ämnat att ge läsaren tillräcklig grund för att förstå den problematik som uppsatsen avser att åskådliggöra.

I kapitel tre behandlas den marknadsföringsrättsliga regleringen för individanpassad reklam utifrån reglerna om aggressiv marknadsföring i MFL. Kapitel fyra redogör för den rättsliga regleringen avseende skydd av personuppgifter i GDPR. Kapitel fem behandlar den särskilda regleringen kring direktmarknadsföring med anknytning till både MFL och GDPR. Kapitel tre, fyra och fem avslutas med separata delanalyser där den reglering som presenterats i respektive kapitel appliceras på användningen av individanpassad onlinereklam utifrån ett konsumentperspektiv. Syftet med detta är att underlätta för läsaren att skapa sig en bild kring skyddet utifrån respektive rättsområde.

Uppsatsen avslutas i kapitel sex med avslutande reflektioner och slutsatser kring samspelet mellan marknadsföringsrätten och dataskyddsrätten i syfte att bedöma konsumentens skydd mot individanpassad onlinereklam.

2 Individanpassad marknadsföring

2.1 Vad är individanpassad marknadsföring?

Individanpassad marknadsföring är en effektiv marknadsföringsmetod som innebär att reklam och annan marknadsföring anpassas specifikt till mottagaren. Utifrån kunskap om en persons ålder, kön, intressen, vanor och andra egenskaper, har företag möjlighet att identifiera och kartlägga konsumenter och utnyttja detta till att effektivisera sin marknadsföring. Företag har möjlighet att använda denna kunskap för att nå ut med sitt kommersiella budskap till ”rätt” konsument vid en tidpunkt när personen är som mest mottaglig för den. Metoden är gammal men teknikerna för insamling av konsumentdata har utvecklats samtidigt som mängden tillgängliga uppgifter för kartläggningen har ökat genom en utsträckt digitalisering i samhället och nya tekniska innovationer. En ökad användning av smartphones och andra digitala enheter som kan användas för marknadsföring har också lett till att konsumenten kan nås av reklam i stort sett överallt. Utvecklingen har gjort marknadskommunikationen mer individanpassad och träffsäkrare än någonsin.⁴⁵

2.2 Hur går det till?

En förutsättning för individanpassad marknadsföring är att marknadsföraren har ingående information om mottagaren. Den information som företagen använder sig av består av uppgifter som mottagaren på något sätt lämnat ifrån sig. Källorna är många och personen kan ha lämnat ifrån sig informationen mer eller mindre medvetet, såväl offline som online.⁴⁶

En av de vanligaste teknikerna företag använder sig av för att spåra och kartlägga konsumenter är s.k. cookies.⁴⁷ Cookies är textfiler som kan sparas i en dator i samband med uppkoppling mot internet. Textfilerna sparas av den webbplats som besöks och innehåller bland annat information om internetanvändarens onlinebeteende. Utöver cookies kartläggs konsumenter på webben genom utnyttjande av IP-adresser, digitala fingeravtryck, sökmotorer och web beacons med mera⁴⁸. Insamlingen av data sker även från materiella

⁴⁵ SOU 2018:1 s. 197f. och 224; Konsumentverkets rapport 2017:1 s. 30.

⁴⁶ Konsumentverkets rapport 2017:1 s. 31; Calo (2014) s. 1015f.

⁴⁷ Konsumentverkets rapport 2017:1 s. 33.

⁴⁸ För närmare beskrivning av de olika teknikerna se Zuiderveen Borgesius (2015) s. 38–52.

ting som vi använder i vår vardag som till exempel träningsarmband, klockor och annan kroppsnära teknologi.⁴⁹ Smartphones och annan teknik med GPS-funktioner eller andra positioneringssystem, kan exempelvis läsa av en persons lokalisering på sådan detaljnivå att det går att fastställa vilka butiker personen besöker, hur personen rör sig i butiken och vilka varuhyllor hen stannar vid.⁵⁰ Vidare kan information om en individ inhämtas från andra källor såsom kundklubbar och olika lojalitetsprogram som kan innehålla information om en konsuments köphistorik.⁵¹

Utifrån all denna tillgängliga information går det att uppnå en detaljerad kartläggning av konsumenter. Data kan bland annat användas för att skapa konsumentprofiler från vilka ett företag har möjlighet att identifiera konsumenter och målinriktade kommersiella budskap till personer som bedöms vara mottagliga och intressanta för avsändaren. Konsumentprofilerna kan innehålla ingående information om en persons egenskaper, intressen och preferenser. Genom analys av olika typer av data är det även möjligt att uppmärksamma konsumentens svagheter och fördomar.⁵² Det har bland annat visat sig vara möjligt att identifiera om en person står inför en viss livssituation såsom graviditet, skilsmässa, flytt eller ämnar göra ett större inköp i form av en bil eller liknande som gör personen extra mottaglig och känslig för viss typ av reklam. Näringsidkare kan använda informationen till att anpassa sin marknadsföring till konsumenten.⁵³

2.3 Vilka är aktörerna?

De viktigaste aktörerna på marknaden för individanpassad marknadsföring är företag som säljer annonsplatser och företag som köper annonsplatser. Mellan dessa har ytterligare aktörer växt fram, exempelvis datamäklare och annonsbörser. Datamäklare är beteckningen för företag vars verksamhet går ut på att samla in personuppgifter och sammanställa dessa för att sedan sälja dem vidare. Sammanställningen utgör en profil med information om enskilda, deras ålder, kön, intressen, vanor, livsstil etc. Informationen inhämtas från källor som sociala medier, offentliga register och företags kundregister. En annonsbörser är en marknadsplats för handel av annonsplatser i realtid. Det finns företag som exempelvis Google och Facebook som intar flera av dessa roller men även företag som endast intar en.⁵⁴ Samspelet mellan aktörerna

⁴⁹ SOU 2016:41 s. 330–338; Konsumentverkets rapport 2017:1 s. 31 och 33.

⁵⁰ SOU 2016:41 s. 341f. och s. 347.

⁵¹ Konsumentverkets rapport 2017:1 s. 31f.

⁵² Helberger (2016) s. 15.

⁵³ SOU 2018:1 s. 204.

⁵⁴ Ibid s. 44ff.

kan åskådliggöras med en beskrivning av den automatiserade reklamhandeln som är under framväxt.

Automatiserad reklamhandel innebär att i samma stund som en person besöker en webbplats med annonsplatser framställs en efterfrågan om annonsering via en annonsbörs. Förfrågan innehåller information om vem besökaren är. Därefter startas en automatiserad budgivning av företag som är intresserade av att köpa annonsplatsen. Budgivarna kan själva ha information kopplad till besökaren som de kan kombinera med förfrågningsunderlaget och skapa tydligare preferenser för budgivningen. Den reklam som visas för besökaren på webbplatsen kommer från det företag som budade högst. På detta sätt kan ett besök på en webbsida involvera flera hundra olika aktörer.⁵⁵

Sammanfattningsvis kan konstateras att konsumentinformation i form av personuppgifter har fått ett stort värde i den digitala ekonomin. Data prissätts på individnivå där basuppgifter såsom ålder, kön och geografisk plats är billigare och uppgifter om att en person exempelvis befinner sig i en särskild situation såsom en graviditet, skilsmässa eller planerar att göra ett större inköp har högre värde.⁵⁶ Allt detta väcker intressanta frågor om konsumentens skydd i relation till nya marknadsföringstekniker.

⁵⁵ SOU 2016:41 s. 330f.; Konsumentverkets rapport 2016:12 s. 48.

⁵⁶ SOU 2018:1 s. 49; SOU 2016:41 s. 330.

3 Aggressiv marknadsföring

3.1 Introduktion

I Sverige återfinns den centrala regleringen för marknadsföring i MFL. Genom lagen implementerades EU:s direktiv om otillbörliga affärsmetoder som fullharmoniserar bestämmelserna om konsumenternas skydd mot otillbörliga affärsmetoder inom EU.⁵⁷ Syftet med direktivet är att bidra till en väl fungerande inre marknad och säkerställa ett starkt skydd för konsumenten genom tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om otillbörliga affärsmetoder.⁵⁸ Att direktivet är fullharmoniserat innebär att Sverige och EU:s övriga medlemsstater inte får ha bestämmelser som avviker från direktivet. Medlemsstaterna får inte tillämpa regler som tillskriver konsumenter en annan eller högre skyddsnivå än vad som följer av direktivet.⁵⁹ Direktivet omfattar affärsmetoder som används för att påverka konsumentens affärsbeslut kring produkter och tjänster. Rättsliga krav som gäller icke-ekonomiska intressen faller utanför direktivet.⁶⁰

Enligt 2 § MFL är lagen tillämplig i situationer när en näringsidkare marknadsför produkter i sin näringsverksamhet. Av 3 § MFL framgår att med marknadsföring avses reklam och andra åtgärder som vidtas i näringsverksamhet i syfte att främja avsättning av och tillgången till produkter. Begreppet innefattar näringsidkarens agerande, underlåtenhet och andra åtgärder eller övriga beteenden vid tiden före, under eller efter en affärstransaktion. Det åsyftar främst ageranden som riktas till allmänheten men täcker även ageranden som vidtas i förhållande till enskilda individer eller en begränsad krets av människor.⁶¹

Lagen är generellt tillämplig. Den omfattar all typ av marknadsföring och gäller inom alla branscher.⁶² Inom vissa områden kompletteras MFL med ytterligare regler.⁶³ MFL är teknikneutral och omfattar marknadsföring i alla

⁵⁷ Prop. 2007/08:115 s. 53 och 56.

⁵⁸ Artikel 1 direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

⁵⁹ Förenade målen C-261/07 och C-299/07 *VTB-VAB*, EU:C:2009:244, p. 52; C-304/08 *Plus Warenhandelsgesellschaft*, EU:C:2010:12, p. 41; C-295/16 *Europamur Alimentación*, EU:C:2017:782, p. 39.

⁶⁰ Artikel 1 och beaktandeskäl 7 direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

⁶¹ C-388/13 *UPC Magyarorszag*, EU:C:2015:225; Bernitz (2013) s. 48.

⁶² Bernitz (2013) s. 47.

⁶³ 1 § MFL.

typer av medier, såväl analoga som digitala.⁶⁴ Sådan individanpassad reklam som redogjorts för i kapitel 2 omfattas således av MFL.

3.2 Förbudet mot aggressiv marknadsföring och tillämpning av svarta listan

Aggressiv marknadsföring regleras i 7 § MFL. Bestämmelsen föreskriver att det är förbjudet för näringsidkare att använda sig av marknadsföring som är aggressiv. Marknadsföring är aggressiv om den innefattar trakasserier, tvång, fysiskt våld, hot eller annat aggressivt påtryckningsmedel. För att ett förbud ska kunna riktas mot näringsidkaren krävs att marknadsföringen betraktas som otillbörlig. Så är fallet om reklamen i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, det s.k. transaktionstestet.⁶⁵ Det saknar betydelse hur omfattande marknadsföringen varit och hur många personer som berörts av marknadsföringen. För att reglerna i MFL ska vara tillämpliga krävs endast att marknadsföringen vid något tillfälle varit tillgänglig för någon mottagare.⁶⁶

Vid sidan av MFL gäller svarta listan.⁶⁷ Svarta listan innehåller en förteckning över ett antal affärsmetoder som under alla omständigheter är otillbörliga. Punkt 24–31 i svarta listan utgör en förteckning över åtta stycken aggressiva marknadsföringsåtgärder. Om en marknadsföringsåtgärd faller in under någon av dessa punkter är den förbjuden oavsett vilken faktisk eller sannolik inverkan den har på mottagarens affärsbeslut. Något transaktionstest behöver således inte göras i dessa fall.⁶⁸ Uppräkningen av affärsmetoder i svarta listan är uttömmande. Listan kan bara ändras genom revision av direktivet om otillbörliga affärsmetoder varför det i svensk praxis har uttryckts att den inte bör tolkas extensivt.⁶⁹

3.3 Bedömningen av aggressiv marknadsföring

3.3.1 Utgångspunkter

Vid bedömningen om viss marknadsföring är aggressiv ställer MFL upp två rekvisit: 1) marknadsföringen ska innefatta trakasserier, tvång, fysiskt våld,

⁶⁴ Bernitz (2013) s. 47.

⁶⁵ 7 och 23 §§ MFL.

⁶⁶ MD 2008:2; Svensson m.fl. (2010) s. 152.

⁶⁷ 4 § MFL.

⁶⁸ 7 § 4 st MFL; Svensson m.fl. (2010) s. 128.

⁶⁹ MD 2016:9 p. 163.

hot eller annat aggressivt påtryckningsmedel och 2) den ska märkbart påverka eller sannolikt påverka mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, dvs. uppfylla transaktionstestet.⁷⁰

I förarbetena till MFL anges att bedömningen av om en marknadsföringsmetod är aggressiv, bör ske i två separata led utifrån bestämmelsens två rekvisit. Det första ledet skulle enligt propositionen bestå i att avgöra om åtgärden är aggressiv till sin natur. Det andra ledet skulle bestå i att tillämpa transaktionstestet och därmed bedöma vilken effekt marknadsföringen har på konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. I propositionen anges samtidigt att marknadsföringens innehåll många gånger har ett så nära samband med konsumentens ageranden att det ofta är möjligt att göra en helhetsbedömning där meddelandets innehåll och syfte ska beaktas tillsammans med andra rådande omständigheter.⁷¹ Att prövningen ska ske i två steg har sedan lagens ikraftträdande varit den traditionella uppfattningen i svensk rätt. Det ändrades däremot i december 2019 när PMÖD angav att en prövning i två steg stod i strid med EU-rätten.⁷² Detta eftersom det skiljer sig från vad som framgår av direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Enligt direktivtexten ska bedömningen göras i ett sammanhang. Domstolen hänvisade till att MFL ska tolkas i ljuset av direktivet. För att tillämpningen av den svenska regleringen inte ska stå i strid med EU-rätten ska bedömningen enligt PMÖD därför inte längre delas upp i två led utan ske i ett sammanhang där transaktionstestet utgör ett centralt moment.⁷³ Det aktuella målet rörde förvisso reglerna om vilseledande marknadsföring. PMÖD gjorde emellertid generella uttalanden i förhållande till både vilseledande och aggressiv marknadsföring och konstaterade bland annat att transaktionstestet utgör en huvudprincip för båda regleringarna.⁷⁴ Det indikerar att domstolens uppfattning även avser bedömningen av aggressiv marknadsföring, vilket är i linje med hur EU-domstolen tidigare i år gått tillväga i sin bedömning av aggressiv marknadsföring.⁷⁵ Prövningen om en marknadsföringsmetod är aggressiv och otillåten ska numera således ske samlat inom ramen för transaktionstestet. Resultatet lär, i flertal fall, dock troligtvis bli detsamma som om prövningen skett i två steg.⁷⁶

Bedömningen av aggressiv marknadsföring ska alltid ske utifrån aktuella omständigheter i det enskilda fallet. Det finns emellertid vissa givna riktlinjer

⁷⁰ 7 § MFL.

⁷¹ Prop. 2007/08:115 s. 110f.

⁷² PMÖD, dom 2019.12.05 i mål PMT 2054–18, hädanefter PMT 2054–18.

⁷³ Ibid s. 30f.

⁷⁴ Ibid s. 27f.

⁷⁵ Jfr Mål C-628/17 *Orange Polska* EU:C:2019:480, hädanefter *Orange Polska*.

⁷⁶ PMT 2054–18 s. 30.

som domstolen ska ta hjälp av och förhålla sig till. Dessa består av definitioner i lagtexten, i lagen angivna faktorer som anses vara av särskild vikt för bedömningen och svarta listan. Vidare ska domstolen beakta praxis.⁷⁷ Dessa förhållningspunkter påverkar bedömningen av marknadsföringens aggressivitet och kommer behandlas närmare i avsnitt 3.3.3 och 3.3.4, efter en genomgång av det centrala transaktionstestet i avsnitt 3.3.2.

3.3.2 Transaktionstestet

3.3.2.1 Konsumentens fria val

Som konstaterats i föregående avsnitt är transaktionstestet en central del i bedömningen av huruvida en marknadsföringsmetod är förbjuden enligt reglerna om aggressiv marknadsföring. En aggressiv marknadsföringsåtgärd är endast otillåten om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.⁷⁸

Med affärsbeslut avses beslut som fattas av en konsument angående hur och under vilka förutsättningar en produkt ska köpas, om hela eller delar av köpesumman ska betalas, om produkten ska behållas eller överlåtas, eller om en avtalsenlig rättighet i samband med produkten ska utnyttjas.⁷⁹ Begreppet innefattar alla beslut som har en direkt koppling till beslut om att köpa eller inte köpa en produkt. Beslut om att gå in i en butik eller klicka sig vidare till en näringsidkares webbplats genom en annons eller länk på internet är två exempel på affärsbeslut.⁸⁰

Som utgångspunkt kan bagatellartade och försumbara inslag av aggressivitet i marknadsföringen inte angripas då det endast påverkar konsumenten i ringa omfattning. Exakt hur mycket konsumenten faktiskt eller sannolikt ska påverkas för att transaktionstestet ska anses uppfyllt är upp till domstolen att avgöra.⁸¹ Praxis angående aggressiv marknadsföring är, som tidigare konstaterats, knapphändig. Transaktionstestet används även vid tillämpning av 6 § MFL om god marknadsföringssed samt 8 § MFL om vilseledande marknadsföring. Vägledning för tillämpningen av transaktionstestet kan således även inhämtas från sådan praxis.⁸² De svenska domstolarna tenderar emellertid att uttrycka sig kortfattat i domskälen om huruvida transaktionstestet är uppfyllt eller inte genom att endast kort kommentera om

⁷⁷ Prop. 2007/08:115 s. 81f.; Levin, Marknadsföringslag (2008:48) 7 §, Lexino 2017.07.27.

⁷⁸ 7 § MFL.

⁷⁹ 3 § MFL.

⁸⁰ C-281/12 *Trendo Sviluppo och Centrale Adriatica*, EU:C:2013:859, p. 35–38; Europeiska kommissionen (2016) s. 39.

⁸¹ Levin, Marknadsföringslag (2008:48) 7 §, Lexino 2017.07.27.

⁸² Svensson m.fl. (2010) s. 150f.

marknadsföringen anses ha eller sannolikt ha påverkat konsumenten. Detta gör det svårt att skapa sig en klar bild kring hur sträng domstolen är i sin bedömning.⁸³

3.3.2.2 Genomsnittskonsumenten

Utgångspunkten vid bedömningen av marknadsföringens inverkan på mottagaren är den effekt den antas ha på en tänkt genomsnittskonsument. Att måttstocken genomsnittskonsument ska användas vid bedömningen framgår av ordalydelsen i artikel 8 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder men däremot inte av MFL. Referensramen användes av EU-domstolen redan innan införandet av direktivet och har utarbetats i EU-domstolens praxis.⁸⁴ I förarbetena till MFL konstaterades att man i Sverige, vid tiden för införlivandet av direktivet, redan använde sig av resonemang som motsvarade EU-domstolens tolkning av genomsnittskonsumenten. Det ansågs därför inte nödvändigt att ta in begreppet i lagtexten.⁸⁵

Genomsnittskonsumenten definieras som en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst person med beaktande av sociala, kulturella och språkliga faktorer.⁸⁶ Vem som betraktas som genomsnittskonsument fastställs utifrån den målgrupp som marknadsföringsåtgärden riktas mot eller den som nås av reklamen. För det fall marknadsföringen riktar sig till konsumentkollektivet generellt är referenspunkten den genomsnittliga konsumenten i det kollektivet. Om marknadsföringen riktas till en viss konsumentgrupp ska den bedömas utifrån perspektivet av den genomsnittliga gruppmedlemmen.⁸⁷ När målgruppen är identifierad gör rättstillämparen en hypotetisk bedömning av genomsnittskonsumentens reaktion på marknadsföringen.⁸⁸

Domstolen ska fastställa genomsnittskonsumenten utifrån en normativ bedömning genom att använda sitt eget omdöme och beakta de förväntningar som en normalt informerad genomsnittskonsument kan anses ha. Innebörden av begreppet genomsnittskonsument fastställs utifrån omständigheterna i

⁸³ Se t.ex. MD 2009:26 och MD 2011:23.

⁸⁴ Se t.ex. C-210/96 *Gut Springenheide och Tusky mot Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, EU:C:1998:369, hädanefter *Gut Springenheide och Tusky mot Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, p. 37, C-220/98 *Estée Lauder*, EU:C:2000:8, hädanefter *Estée Lauder*, p. 30 och C-428/11 *Purely Creative m.fl.*, EU:C:2012:651, hädanefter *Purely Creative m.fl.*, p. 53.

⁸⁵ Prop. 2007/08:115 s. 67f.

⁸⁶ Beaktandeskäl 18 direktivet om otillbörliga affärsmetoder; *Purely Creative m.fl.* p. 53.

⁸⁷ Beaktandeskäl 18 och artikel 5.2b direktivet om otillbörliga affärsmetoder; se även t.ex. MD 2015:14 p. 67.

⁸⁸ Prop. 2007/08:115 s. 66f.

varje enskilt fall där faktorer som exempelvis vilken vara eller tjänst reklamen avser, vilken målgrupp reklamen riktas till och vilket språk som används ska beaktas. Begreppet ska vidare tolkas utifrån proportionalitetsprincipen. Det innebär att konsumenterna ska tillskrivas ett starkt skydd samtidigt som bestämmelsen inte ska hindra sådana affärsmetoder som endast riskerar påverka en godtrogen, naiv eller ytlig konsument.⁸⁹ Då syftet med den marknadsföringsrättsliga regleringen är att uppnå ett starkt konsumentskydd har PMÖD i sin praxis uttryckt att genomsnittskonsumenten inte ska tolkas alltför snävt.⁹⁰

Genomsnittskonsumenten är inte ett statiskt begrepp. Domstolarna har möjlighet att ta hänsyn till kulturella, sociala och språkliga faktorer.⁹¹ Begreppet kan även ändras över tiden. I MD 2011:12 uttryckte till exempel domstolen att en ökad samhällsdebatt, medvetenhet och tillgång till information kan medföra att kraven på genomsnittskonsumenten i vissa sammanhang ökar eftersom sådana omständigheter kan underlätta för konsumenten att kritiskt värdera och bedöma rimligheten i påståenden om en produkt. I målet rörde det sig om huruvida ett företags användning av miljöargument i sin reklam utgjorde vilseledande marknadsföring. I domskälen anförde MD bland annat att miljöargument har ett betydande kommersiellt värde som ökat kraftigt de senaste åren i takt med en ökad insikt bland konsumenter om kopplingen mellan konsumtionsvanor och miljöpåverkan. Även om konsumenter ofta möter svårigheter att kritiskt värdera påståenden om en produkts miljöfördelar, menade domstolen att ämnets aktualitet och tillgången till mer information kan underlätta för konsumenten att fatta välgrundade affärsbeslut. Detta är omständigheter som ska beaktas vid den helhetsbedömning som ska ske avseende reklamens inverkan på konsumenten och vilka krav som kan ställas på genomsnittskonsumenten.

Historiskt sett har EU-domstolen utgått från genomsnittskonsumenten i form av ”Homo Economicus”, en person som noga tillgodogör sig och utvärderar tillgänglig information och fattar rationella affärsbeslut utifrån detta. Denna bild av genomsnittskonsumenten har ifrågasatts för att inte motsvara den verkliga konsumenten.⁹² Kvalificerade studier inom beteendekonomi har visat att människor gör flera systematiska fel vid beslutsfattande och att individen sällan fattar så rationella beslut som personen tror och önskar. Besluten präglas bland annat av vilken information som konsumenten har tillgång till, fördomar, personliga preferenser, kunskap och förfogande av

⁸⁹ Ibid s. 67; Europeiska kommissionen (2016) s. 43.

⁹⁰ PMT 2054–18 s. 36.

⁹¹ Beaktandeskäl 18 direktivet om otillbörliga affärsmetoder; se även *Estée Lauder* p. 29 och C-313/94 *Graffione mot Ditta Fransa*, EU:C:1996:450, p. 22.

⁹² Trzaskowski (2011) s. 391; Goanta och Mulders (2019) s. 144.

tid.⁹³ Även om EU-domstolen inte uttryckligen har hänvisat till beteendevetenskapliga studier om konsumentens beslutsfattande i sin praxis, finns det flera omständigheter som talar för att det kan beaktas av domstolarna. I riktlinjerna för tillämpningen av direktivet om otillbörliga affärsmetoder hänvisar till exempel EU-kommissionen till studier inom beteendekonometri och uttrycker att nationella domstolar och myndigheter ska beakta de nyaste upptäckterna kring konsumentens beslutsfattande som gjorts.⁹⁴ Vidare har EU-domstolen i sin praxis gett nationella domstolar möjlighet att, i enlighet med nationell rätt, låta utföra en konsumentenkät eller inhämta utlåtande från sakkunniga i de fall domstolen finner det särskilt svårt att bedöma vilken påverkan en viss marknadsföringsåtgärd har på konsumenten. Detta trots att frågan om marknadsföringens påverkan på genomsnittskonsumenten ska avgöras utifrån en normativ bedömning.⁹⁵ Det talar för att regelverket är tillräckligt flexibelt för att domstolen ska kunna inkludera beteendekonomiska aspekter i sin bedömning av genomsnittskonsumenten.⁹⁶

3.3.2.3 Sårbara grupper

Vid tillämpning av transaktionstestet ska domstolen särskilt beakta vilken inverkan marknadsföringen kan ha på särskilt sårbara konsumenter. Det framgår inte av MFL men följer av direktivet om otillbörliga affärsmetoder.⁹⁷ Artikel 5.3 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder anger att:

”Affärsmetoder som sannolikt kommer att innebära avsevärd snedvridning av det ekonomiska beteendet hos en tydligt identifierbar grupp av konsumenter som på grund av mentala eller fysiska handikapp, ålder eller lättrogenhet är särskilt känsliga för metoden eller den produkt metoden avser, på ett sätt som näringsidkaren rimligen kan förväntas förutse, skall bedömas ur ett perspektiv som är representativt för den genomsnittliga medlemmen i denna grupp”.

Uppräkningen av orsaker till sårbarheter i artikeln är inte uttömmande. Bestämmelsen ska hindra att konsumentens sårbarhet utnyttjas av näringsidkaren.⁹⁸

I förhållande till aggressiv marknadsföring ska sårbarheten förstås som konsumentens förmåga att hantera otillbörlig marknadsföring. Sårbarheten är med andra ord inte kopplad till exempelvis en hög risk att exponeras för reklamen eller en risk för allvarliga konsekvenser vid eventuell påverkan av

⁹³ Trzaskowski (2011) s. 386f.; Calo (2014) s. 1000ff.

⁹⁴ Europeiska kommissionen (2016) s. 60.

⁹⁵ *Gut Springenheide och Tusky mot Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt* p. 37.

⁹⁶ Trzaskowski (2011) s. 391.

⁹⁷ Artikel 5.3 och beaktandeskäl 19 direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

⁹⁸ Europeiska kommissionen (2016) s. 48; Duivenvoorde (2013), s. 71.

reklamen.⁹⁹ Duivenvoorde¹⁰⁰ ger som exempel att en person som jobbar hemifrån löper större risk att utsättas för uppsökande försäljning via hembesök och till följd av detta även löper större risk att påverkas av sådan marknadsföring. Personen behöver nödvändigtvis dock inte sakna förmåga att hantera en sådan affärsmetod. Vidare menar han att personer med dålig ekonomi inte är att betrakta som sårbara bara för att de troligtvis är mer benägna att utnyttja krediter och mindre benägna att klara konsekvenserna av en skuld än personer med god ekonomi.¹⁰¹

Av ordalydelsen i direktivet framgår att den högre skyddsnivån tillskrivs ”en tydligt identifierbar grupp av konsumenter”.¹⁰² Enligt Duivenvoorde ska sårbarheten, som ordalydelsen indikerar, förstås i termer av grupper av konsumenter och tar inte sikte på den enskilda individen.¹⁰³ Han menar emellertid att en sådan tillämpning i realiteten innebär ett begränsat skydd för sårbara konsumenter. Detta eftersom det är svårt att kategorisera grupper som i sig sårbara när sårbarheten till stor del beror på den enskilde konsumenten och aktuell situation. Han menar att sårbara konsumenter nog skulle tillskrivas ett starkare skydd om man istället exempelvis utgick från huruvida näringsidkaren i ett visst fall identifierat och faktiskt utnyttjat en viss sårbarhet hos konsumenten. En sådan tillämpning av bestämmelsen anser han dock inte vara i linje med direktivets ordalydelse.¹⁰⁴ Carballo-Calero¹⁰⁵ menar emellertid att reglerna om sårbarhet inte behöver tolkas bokstavligt. Han anger att direktivet om otillbörliga affärsmetoder uttryckligen tar hänsyn till den enskilda konsumenten i andra sammanhang¹⁰⁶ vilket talar för att även reglerna om sårbarhet kan tillämpas utifrån den enskilde individen. Sårbarheten bör därmed, enligt honom, inte endast tolkas utifrån tydligt identifierbara grupper av konsumenter utan kan tillskriva konsumenten ett individuellt skydd genom beaktande av konsumentens egna förutsättningar.¹⁰⁷

⁹⁹ Ibid s. 48f; Duivenvoorde (2013) s. 72f.

¹⁰⁰ Bram Duivenvoorde, PhD i konsumenträtt och bedrivit forskning om tillämpningen av genomsnittskonsumenten som måttstock enligt direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

¹⁰¹ Duivenvoorde (2013) s. 72f.

¹⁰² Artikel 5.3 direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

¹⁰³ Duivenvoorde (2013) s. 72.

¹⁰⁴ Ibid s. 179.

¹⁰⁵ Pablo Fernández Carballo-Calero, docent i handelsrätt vid University of Vigo.

¹⁰⁶ Mer specifikt hänvisar Carballo-Calero till artikel 9c, motsvarande 7 a § 2 st 2 p MFL, som föreskriver att vid bedömningen om en affärsmetod är aggressiv ska hänsyn tas till om näringsidkaren ”utnyttjar ett speciellt missöde eller omständighet, som näringsidkaren känner till och som är av sådan vikt att de försämrar konsumentens omdöme, för att påverka konsumentens beslut i fråga om produkten”.

¹⁰⁷ Carballo-Calero (2016) s. 256f.

3.3.3 Riktlinjer för bedömningen av marknadsföringens aggressivitet

3.3.3.1 Definitionen av ”annat aggressivt påtryckningsmedel”

Utöver transaktionstestet ska domstolen, som nämnts under avsnitt 3.3.1, ta hänsyn till olika faktorer i sin bedömning av aggressiv marknadsföring. Domstolen ska ta hjälp av definitioner i lagtexten, särskilt angivna faktorer i lagstiftningen och svarta listan.

Av 7 § MFL framgår att en marknadsföringsåtgärd är aggressiv om den inbegriper trakasserier, tvång, fysiskt våld, hot eller annat aggressivt påtryckningsmedel. En aggressiv marknadsföringsåtgärd kan antingen konstateras falla in under en eller flera av dessa kategorier. Det är emellertid inte nödvändigt att kategorisera marknadsföringen under någon specifik typ då det är marknadsföringsåtgärdens helhetsintryck som är av betydelse.¹⁰⁸ I artikel 2j i direktivet om otillbörliga affärsmetoder har kategorin ”otillbörlig påverkan” definierats. Som nämnts under avsnitt 1.6 motsvarar detta det svenska begreppet ”annat aggressivt påtryckningsmedel”. Definitionen kan tjäna vägledning för bedömningen om huruvida en marknadsföringsmetod är att betrakta som aggressiv. Det är den enda av de uppräknade formerna av aggressiv marknadsföring som har definierats i lagtexten.

Enligt definitionen avser ett annat aggressivt påtryckningsmedel ett beteende hos näringsidkaren som innebär att näringsidkaren utnyttjar en maktställning i förhållande till konsumenten för att utöva påtryckningar, med eller utan våld eller hot om sådant, på ett sätt som avsevärt inskränker konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat beslut.¹⁰⁹ Den otillbörliga påverkan ska bestå i att konsumenten aktivt utsätts för viss påtryckning som är ägnad att ha en tvingande inverkan på konsumentens fria val. Det kan exempelvis röra sig om beteenden som orsakar olägenheter för konsumenten eller stör konsumenten i dennes överväganden kring ett affärsbeslut.¹¹⁰ I doktrin har det diskuterats att maktövertaget kan vara av både ekonomiskt och intellektuellt slag.¹¹¹ Howells¹¹² och Willett¹¹³ har anfört att maktställningen kan följa naturligt av konsumentens och näringsidkarens kommersiella relation men att den även kan skapas av näringsidkaren själv innan ett avtalsförhållande uppstår.¹¹⁴ Maktövertaget kan till exempel grunda sig i att konsumenten befinner sig i en

¹⁰⁸ Howells (2016) s. 173.

¹⁰⁹ Artikel 2j direktivet om otillbörliga affärsmetoder; Prop. 2007/08:115 s. 146.

¹¹⁰ *Orange Polska* p. 33 och 47.

¹¹¹ Se t.ex. Howells (2016) s. 188, Carballo-Calero s. 259f.

¹¹² Geraint Howells, professor i handelsrätt vid University of Manchester.

¹¹³ Chris Willett, professor i konsumenträtt vid University of Essex.

¹¹⁴ Howells (2016) s. 188; Willett (2010) s. 260.

särskild beroendeställning i förhållande till näringsidkaren eller i att näringsidkaren har bättre kännedom om marknaden och starkare förhandlingsposition än konsumenten.¹¹⁵ Enligt Trzaskowski¹¹⁶ kan maktövertaget även bestå i kunskap om det mänskliga beteendet och konsumenters irrationella handlande.¹¹⁷ Helberger¹¹⁸ anser att det även kan bestå i detaljerad kunskap om den enskilda konsumenten. Hon menar att ingående konsumentkunskap potentiellt sett kan användas till att övertyga en person om ett visst beslut genom att spela på konsumentens känslor och rädslor.¹¹⁹

3.3.3.2 Särskilda faktorer

I 7 a § MFL finns en uppräkningslista av vissa faktorer som domstolen ska beakta vid bedömningen om marknadsföringen är aggressiv. Bestämmelsen anger att särskild hänsyn ska tas till tidpunkten, platsen, arten och varaktigheten för den aktuella marknadsföringsåtgärden. Vidare ska det beaktas om det språk eller beteende som används uppfattas hotfullt eller kränkande samt om näringsidkaren har vetskap om och utnyttjar ett visst missöde eller en omständighet som försämrar konsumentens omdöme. Uppräkningen är inte uttömmande och att en omständighet som räknas upp i bestämmelsen är för handen innebär inte automatiskt att reklamen är aggressiv. I förarbetena anges att det faktum att en näringsidkare uttrycker sig hotfullt kan konstituera aggressiv marknadsföring både ensamt och i kombination med andra omständigheter.¹²⁰

Vad gäller omständigheter såsom tid, plats och varaktighet har dessa ofta betydelse vid bedömningen om en affärsmetod utgör trakasserier. Säljkontakter som tas med konsumenter under kvälls-/helgtid uppfattas till exempel normalt sett mer påträngande än om kontakten tas under dagtid och upprepade kontakter uppfattas normalt mer påträngande än enstaka kontakter. Vidare anses konsumenten mer utsatt om kontakten tas i konsumentens hem eller över telefon jämfört med om näringsidkaren agerar på en försäljningsplats inom den allmänna handeln, utanför konsumentens privata sfär.¹²¹

För att en affärsmetod ska anses falla in under definitionen av ett annat aggressivt påtryckningsmedel som redogjorts för i avsnitt 3.3.3.1 ovan, är

¹¹⁵ Willett (2010) s. 260; jfr även Svensson m.fl. (20110) s. 179f.

¹¹⁶ Jan Trzaskowski, professor med särskild inriktning mot marknadsföring och dataskydd vid Copenhagen Business School.

¹¹⁷ Trzaskowski (2011) s. 388.

¹¹⁸ Natali Helberger, professor inom informationsrätt vid University of Amsterdam.

¹¹⁹ Helberger (2016) s. 19.

¹²⁰ Prop. 2015/16:46 s. 11.

¹²¹ Howells (2016) s. 179 och 182.

omständigheten att en näringsidkare utnyttjar ett särskilt missöde eller situation som försämrar konsumentens omdöme särskilt relevant.¹²²

3.3.3.3 Svarta listan

I förarbetena anges att vägledning kring vad som kan anses utgöra en aggressiv marknadsföringsmetod kan erhållas genom en jämförelse med de affärsmetoder som är upptagna i svarta listan.¹²³ För denna uppsats är punkt 26 i svarta listan intressant.

Punkt 26 i svarta listan föreskriver ett förbud för näringsidkare att ta upprepade och oönskade kontakter med konsumenter via telefon, fax, e-post eller annat medium, förutom i de fall det krävs för fullgörande av en avtalsförpliktelse. Förbudet syftar till att skydda konsumenten mot besvärande marknadsföring som sker på distans.¹²⁴ Utifrån detta har det i förarbeten till MFL konstaterats att marknadsföringsåtgärder som är högfrekventa eller särskilt pådrivande kan omfattas av förbudet.¹²⁵ Marknadsdomstolen har vidare klargjort att högfrekventa aktiviteter avser upprepade och oönskade kontakter i förhållande till en kund eller kundgrupp och inte att ett stort antal kunder berörs av marknadsföringen.¹²⁶

3.3.4 Praxis

Även om praxis avseende aggressiv marknadsföring är begränsad både på svensk och EU-rättslig nivå finns det några vägledande domar på området. Den nyaste är Orange Polska-målet, C-628/17, som meddelades av EU-domstolen i juni 2019. Genom domen förtydligade EU-domstolen i någon mån innebörden av aggressiv marknadsföring. Domen avser en begäran om förhandsavgörande avseende tolkning av begreppet otillbörlig påverkan¹²⁷ och artiklarna 8 och 9¹²⁸ i direktivet om otillbörliga affärsmetoder.

Det nationella målet rörde det polska telekommunikationsföretaget Orange Polska som ingick serviceavtal med sina konsumenter via företagets hemsida. Sista steget i avtalsprocessen var att konsumenten skulle underteckna avtalet i närvaro av ett bud som levererade avtalshandlingarna på uppdrag av tjänsteleverantören. Konsumenten fick inte avtalet tillsänt sig i förväg och hade inte tid att studera handlingarna efter eget gottfinnande vid leveransen.

¹²² Ibid s. 188.

¹²³ Prop. 2007/08:115 s. 81.

¹²⁴ Europeiska kommissionen (2016) s. 100.

¹²⁵ Prop. 2007/08:115 s. 81.

¹²⁶ MD 2009:32, se avsnitt 3.3.4 för närmare redogörelse av rättsfallet.

¹²⁷ Begreppet motsvarar det svenska begreppet annat aggressivt påtryckningsmedel.

¹²⁸ Artiklarna motsvarar 7 och 7 a §§ MFL.

Konsumenten hade emellertid möjlighet att tillgodogöra sig innehållet i avtalet i förväg online. Frågan i målet var huruvida denna affärsmetod kunde anses utgöra en aggressiv affärsmetod i form av otillbörlig påverkan.¹²⁹

EU-domstolen började med att konstatera att bedömningen av aggressiv marknadsföring ska ske utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Alla särdrag i näringsidkarens beteende ska beaktas och bedömningen ska ske utifrån genomsnittskonsumentens perspektiv och med beaktande av de kriterier som anges i artikel 8 och 9 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder, motsvarande 7 och 7 a §§ MFL. Därefter konstaterade EU-domstolen att med begreppet ”otillbörlig påverkan” avses att näringsidkaren utnyttjar en maktställning i förhållande till konsumenten för att utöva påtryckningar på ett sätt som avsevärt inskränker konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat beslut. Den otillbörliga påverkan behöver inte nödvändigtvis var olaglig i sig, men ska bestå i att konsumenten aktivt utsätts för viss påtryckning som är ägnad att ha en tvingande inverkan på konsumentens vilja. En viktig del vid bedömningen är om marknadsföringen innebär en inskränkning av konsumentens valfrihet. EU-domstolen angav att en grundläggande förutsättning för konsumentens fria val vid köp av en vara eller tjänst, är att konsumenten erhåller tydlig och adekvat information från näringsidkaren.¹³⁰ I det aktuella målet hade konsumenten möjlighet att tillgodogöra sig innehållet i avtalshandlingarna online före budets besök. EU-domstolen menade att det kan vara tillräckligt för att kunna konstatera att konsumentens beslut att ingå avtalet varit fritt.¹³¹ EU-domstolen konstaterade emellertid att även om konsumenten inte fått möjlighet att tillgodogöra sig innehållet i avtalet i förväg, är inte den omständigheten i sig tillräcklig för att affärsmetoden ska anses aggressiv. Näringsidkaren måste också agera på ett sätt som innebär att konsumenten utsätts för påtryckningar som medför att hans valfrihet avsevärt inskränks. Det kan bestå i beteenden som medför olägenheter för konsumenten eller stör konsumentens överväganden kring det affärsbeslut som ska fattas. EU-domstolen angav att endast omständigheten som i fallet, att konsumenten ombeds fatta sitt slutliga beslut i närvaro av ett bud utan att ges tid att studera avtalshandlingarna efter eget behag, inte är tillräckligt för att affärsmetoden ska anses aggressiv, om konsumenten haft möjlighet att tillgodogöra sig handlingarna tidigare. EU-domstolen gav emellertid några exempel på andra beteenden som kan innebära att en affärsmetod likt den i målet betraktas aggressiv. Det kan bestå i att konsumenten meddelas att eventuella förseningar i samband med ett undertecknande av avtalet kommer medföra ogynnsamma villkor för konsumenten eller att ett försenat undertecknande är förenat med vite. Det

¹²⁹ *Orange Polska* p. 12 och 19.

¹³⁰ *Ibid* p. 30–34.

¹³¹ *Ibid* p. 40–41.

kan också bestå i att budet meddelar konsumenten att ett uteblivet eller försenat undertecknande av avtalet kan leda till att budet bedöms ogynnsamt av sin arbetsgivare.¹³²

I Sverige finns det ett nationellt vägledande avgörande där domstolen bedömt marknadsföring vara aggressiv, MD 2012:14. Utöver detta fall finns det avgöranden där aggressiv marknadsföring åberopats av käranden men där domstolen inte bedömt 7 § MFL vara tillämplig eller inte funnit det nödvändigt att pröva målet enligt grunden aggressiv marknadsföring och därmed lämnat det yrkandet utan närmare kommentar.¹³³ Målet MD 2012:14 rörde företaget Stardoll som tillhandahöll ett internetspel riktat till flickor i 7–17 års ålder. Under spelets gång hade företaget riktat reklam till spelarna i form av direkta köpuppsmaningar. Företaget hade bland annat använt sig av påståenden som ”köp”, ”köp nu”, ”uppgradera”, ”uppgradera nu” och ”uppgradera här”. MD konstaterade att påståendena där mottagaren uppmanades att köpa en produkt ”som inte stannar länge” och att göra det ”innan det är för sent” var ägnade att försätta de underåriga mottagarna i en pressad situation genom att ge intryck av att de var tvungna att fatta ett snabbt köpbeslut för att inte gå miste om erbjudandet. Domstolen ansåg att det med hänsyn till detta stod klart att marknadsföringen var aggressiv och att den sannolikt påverkade de underårigas förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut i märkbar mån.

I MD 2009:32 behandlades också frågan om aggressiv marknadsföring. I det fallet konstaterade domstolen att aktuell marknadsföring inte var aggressiv. Målet rörde resebyrån Mr. Jet, som sålde vissa tillägsprodukter i samband med försäljning av resor på sin hemsida. Tillägsprodukterna var förmarkerade av bolaget. Om konsumenten köpte en resa blev denne automatiskt bunden till tillägsprodukterna såvida konsumenten inte aktivt markerade att hen inte ville ha dem. KO menade att resebyråns förfarande utgjorde aggressiv marknadsföring i form av ett annat aggressivt påtryckningsmedel och därmed skulle förbjudas. KO hänvisade bland annat till att resebolagets marknadsföringsmetod var högfrekvent och särskilt pådrivande vilket enligt lagmotiven anses tala för att det kan utgöra aggressiv marknadsföring. KO menade att metoden var högfrekvent eftersom samtliga konsumenter som besökte hemsidan utsattes för metoden och att förfarandet var särskilt pådrivande för att konsumenten var tvungen att agera aktivt för att inte bli bunden av tillägsprodukterna. Domstolen delade inte KO:s uppfattning. Domstolen började med att konstatera att med aggressiv marknadsföring i form av ett annat aggressivt påtryckningsmedel avses situationer när närings-

¹³² Ibid p. 43–48.

¹³³ Se t.ex. MD 2009:32, MD 2011:22 och MD 2011:25.

idkaren utnyttjar sin maktställning i förhållande till enskilda konsumenter och att så inte var fallet i målet eftersom resebolaget riktat sin marknadsföring till en bred målgrupp av potentiella rese kunder. Domstolen konstaterade vidare att aktiviteter som är högfrekventa eller särskilt pådrivna visserligen kan omfattas av förbudet mot aggressiv marknadsföring men klargjorde att begreppet högfrekvent inte avser att ett stort antal kunder berörs. Det avser att upprepade och oönskade kontakter tas med samma kund eller kundgrupp. Då det inte var fallet i det aktuella målet och säljmetoden enligt domstolen inte heller kunde anses vara särskilt pådrivande var det inte fråga om någon aggressiv marknadsföring. Nämnas ska emellertid att domstolen förbjöd företagets marknadsföring på annan grund, nämligen att den stod i strid med 5 och 6 §§ MFL om god marknadsföringssed.

3.4 Delanalys

Det saknas specifika regler om individanpassad marknadsföring i MFL och i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Sådan marknadsföring är i sig inte förbjudet. Individanpassad reklam kan många gånger nå individen på ett personligt plan, inte bara med hänsyn till att innehållet kan vara av högst personlig relevans utan även med hänsyn till att marknadsföring idag kan nå individen i princip när och var som helst. För att bedöma konsumentskyddet mot individanpassad reklam utifrån reglerna om aggressiv marknadsföring, bör man först undersöka huruvida affärsmetoden kan anses falla under någon av punkterna i svarta listan. Om svarta listan inte är tillämplig är frågan om det rör sig om en sådan aggressiv marknadsföringsmetod i 7 § MFL som anses påverka konsumenten i sådan märkbar mån att transaktionstestet är uppfyllt.

Punkt 26 i svarta listan föreskriver att upprepade och oönskade kontakter med en konsument via telefon, fax, e-post eller annat medium som utgångspunkt är förbjuden under alla omständigheter. Om annonsering på internet i form av till exempel banners och pop-up reklam kan anses falla under begreppet annat medium skulle konsumenter i viss mån kunna skyddas mot individanpassad reklam genom svarta listan, eftersom sådana upprepade och oönskade kontakter alltid är förbjudna. Vad som talar för att punkt 26 skulle kunna tillämpas är att de marknadsföringsmetoder som räknas upp där har förbjudits för att de bedöms vara särskilt besvärande och kan anses inkräkta i den personliga sfären. Möjligheten att annonsera via internet och den ökade teknikanvändningen har gjort det möjligt för näringsidkare att ta kontakt med konsumenter i princip när och var som helst. Frågan är vad skillnaden egentligen är mellan effekten av marknadsföring i form av upprepade och oönskade kontakter via telefon, fax och e-post jämfört med att en person nås av samma typ av budskap upprepade gånger genom en digital enhet i sitt hem eller annan privat miljö. Graden av intrång i den personliga integriteten kan i

princip anses vara densamma och lika besvärande. Eftersom MFL är teknikneutral borde skillnaden i typen av marknadsföringskanal inte ha någon betydelse. En stor skillnad mellan de olika kanalerna är dock att den enskilde individen själv bestämmer var och när denne kopplar upp sig mot internet och exponerar sig för digital reklam. Enligt min mening torde emellertid åtminstone förekomsten av riktad reklam på inloggningsbara användarsidor kunna likställas med upprepade och oönskade kontakter via e-post. Åtminstone om reklamen skickas till användarens inkorg eller visas på användarens privata profilsida. Reklam som visas i ett nyhetsflöde eller på öppna webbplatser kan enligt min uppfattning däremot inte anses falla inom ramen för punkt 26 i svarta listan. Detta då besök på en öppen webbplats kan liknas vid besök på öppna platser i samhället. Upprepade kommersiella kontakter i en sådan miljö, kan inte anses lika påträngande som de tillvägagångssätt som räknas upp i punkt 26 svarta listan.

Vad som talar mot att svarta listan kan tillämpas på individanpassad onlinereklam är att den är uttömmande och endast får ändras genom en revidering på EU-nivå. Nationella domstolar bör av den anledningen vara försiktiga med att tolka svarta listan extensivt. Dessutom, även om punkt 26 i svarta listan rent teoretiskt skulle kunna tillämpas, torde det enligt min bedömning vara svårt i praktiken. Det förutsätter att den kontakt som tas med konsumenten sker vid upprepade tillfällen och att de upprepade kontakterna tas med samma konsument eller konsumentgrupp. Detta möter inte minst bevisvärigheter då mycket av den individanpassade reklamen online försvinner när användaren går offline. Som regleringen om aggressiv marknadsföring är utformad sker bedömningen i förhållande till det företag som står bakom det kommersiella budskapet. När samma typ av produkt eller tjänst erbjuds av olika näringsidkare kan en konsument mötas av reklam avseende liknande produkter eller tjänster vid upprepade tillfällen och uppfatta detta besvärligt men företagen som står bakom annonserna kan i själva verket vara flera olika. I dessa fall är marknadsföringen inte att betrakta som upprepande eller högfrekvent.

Utifrån resonemangen ovan är min uppfattning att svarta listan svårligen kan tillämpas på individanpassad onlinereklam av svenska domstolar. Jag bedömer dock att reglerna om aggressiv marknadsföring i 7 § MFL i vissa fall är tillämpliga på individanpassad reklam. Utifrån de riktlinjer som kan och bör tillämpas vid bedömningen av huruvida en marknadsföringsmetod är aggressiv, har onekligen tid, plats, tajming och varaktighet betydelse. Det framgår efter en jämförelse av svarta listan, praxis och de uppräknade omständigheterna i 7 a § MFL. I 7 a § 2 st 2 p MFL anges att det särskilt ska beaktas huruvida näringsidkaren utnyttjat ett visst missöde eller en omständighet som försämrar konsumentens omdöme. Detta är av särskilt

intresse vid individanpassad marknadsföring, speciellt med hänsyn till att ett aggressivt påtryckningsmedel kan bestå i att näringsidkaren utnyttjar en maktposition i förhållande till konsumenten. Som framgått av framställningen anses ett maktövertag kunna vara av psykologiskt slag. Individanpassad reklam går ut på att näringsidkaren i olika hög grad inhämtar kunskap om konsumenten i syfte att påverka konsumenten. Kunskapen kan till exempel vara kopplad till individens egenskaper och behov. Det kan även röra sig om kunskap om vid vilken tidpunkt en person är mest mottaglig för viss typ av reklam. Ett utnyttjande av sådan information torde kunna utgöra aggressiv marknadsföring om det inskränker konsumentens fria val. För att individanpassad reklam ska bedömas aggressiv lär dock krävas en tämligen omfattande information om konsumenten och dennes svagheter samt att näringsidkaren aktivt utnyttjar den för att få konsumenten att fatta ett beslut i viss riktning. Som uttrycktes av EU-domstolen i Orange Polska-målet måste näringsidkarens beteende innefatta påtryckningar som är ägnade att ha en tvingande inverkan på konsumentens vilja. Agerandet ska få konsumenten att fatta ett beslut hen annars inte skulle fattat. Jag anser att detta krav medför en svår prövning. Detta eftersom reklamen ofta riktas till konsumenten just för att hen bedömts vara intresserad eller i behov av det som är föremål för reklamen. Det framstår svårt att i detta fall exempelvis visa att reklam om en viss produkt varit avgörande för konsumentens beslut att köpa produkten. Med hänvisning till Orange Polska-målet är min uppfattning att näringsidkaren även skulle kunna säkerställa konsumentens fria val genom att lämna tydlig information till konsumenten om att reklamen är individanpassad och varför just den aktuella reklamen riktats till konsumenten. Eftersom tydlig information ger konsumenten möjlighet att reflektera över sitt affärsbeslut skulle reklamen i dessa fall inte bedömas aggressiv på grund av att transaktionstestet inte blivit uppfyllt.

Vad gäller närmare om tillämpningen av transaktionstestet är det inte helt givet hur det ska tillämpas i förhållande till individanpassad reklam. Eftersom begreppet ”genomsnittskonsument” är en flexibel måttstock och fastställs genom en skönsmåsig bedömning, är det osäkert hur genomsnittskonsumenten kommer bedömas. Med hänvisning till MD 2011:12, där domstolens uttalande indikerar att kraven på genomsnittskonsumenten kan öka med tiden på grund av en ökad medvetenhet och tillgång till information om ett ämne, anser jag det vara rimligt att kraven på genomsnittskonsumenten i förhållande till individanpassad reklam kan förväntas öka med tiden. Det material som behandlats hittills visar att individanpassad reklam är ett aktuellt ämne som väcker många frågor kring konsumentskyddet och skapar diskussion. En ökad samhällsdebatt leder ofta till en ökad medvetenhet och tillgång till information vilket kan bidra till ökad kunskap om individanpassad reklam. Detta kan i sin tur bidra till att konsumenten lättare kan kritiskt

värdera och bedöma individanpassad reklam. Att användningen av internet ständigt ökar och att fler blir vana att använda internet torde också leda till att internetanvändarna med tiden kan antas bli mer och mer medvetna om att mycket reklam på internet i åtminstone någon grad är individanpassad. Även om kraven på konsumenten kan förväntas öka kan bedömningen av reklamens faktiska inverkan på konsumenten förhoppningsvis ändå motsvara verkligheten väl om domstolen väljer att utnyttja regelverkets flexibilitet och inkludera beteendevetenskapliga studier i sin bedömning.

Vid bedömningen av huruvida viss reklam utgör aggressiv marknadsföring ska särskild hänsyn tas till sårbara konsumenter. Frågan är om konsumenter rent allmänt skulle kunna betraktas som sårbara och tillskrivas ett högre skydd vid individanpassad reklam när deras egenskaper och beteende på internet används mot dem på det sätt som kan ske vid individanpassad reklam. Som framgått av kapitlet är det utökade skyddet för sårbara konsumenter kopplat till konsumentens förmåga att hantera otillbörlig marknadsföring och inte huruvida mottagaren av reklamen löper en högre risk att exponeras och utsättas för negativa situationer på marknaden. Detta innebär att en person som visat intresse för en produkt eller av annan anledning är mer mottaglig för marknadsföring av en viss produkt, inte endast på den grunden kan betraktas som en sårbar konsument enligt MFL.

I dagsläget utgår konsumentskyddet från en bedömning av marknadsföringens inverkan på den genomsnittliga konsumenten och bortser från den enskilde individens svagheter. Lagen ger som utgångspunkt lite utrymme för domstolen att beakta personliga egenskaper och sårbarheter. Hänsyn till personliga egenskaper kan eventuellt tas vid tillämpning av det utökade skyddet för sårbara konsumenter men uppfattningen kring detta synes delad. Vad gäller individanpassad reklam innebär det dock att ju mer målinriktad reklamen är desto snävare är reklamens målgrupp. Om näringsidkaren använder tydliga parametrar för att målinrikta sin reklam blir målgruppen mer specifik och så även genomsnittskonsumenten vilket på ett sätt innebär att mer personliga egenskaper också beaktas. Om reklamen i hög grad anpassas till individens beteende, egenskaper och preferenser så kommer det emellertid samtidigt medföra högre krav på konsumenten att själv ifrågasätta reklamen eftersom det blir svårare för övriga konsumentkollektivet att upptäcka och reagera mot reklamen. När reklamen blir allt mer individanpassad, är min uppfattning att det är rimligt att bedömningen av marknadsföringens potentiella effekt på den enskilde konsumenten också blir det. För ett starkare konsumentskydd bör emellertid näringsidkare förhindras att anpassa reklamen alltför mycket till den enskilde individen.

4 Skyddet av personuppgifter

4.1 Introduktion

En förutsättning för att en näringsidkare ska kunna använda sig av individanpassad reklam är att näringsidkaren har tillgång till information om konsumenten. Informationen kan bestå av demografiska uppgifter såsom en persons ålder, kön, intressen, civilstånd och yrke. Det kan vara information om en persons livsstil, sociala klass, personlighet, sociala relationer etc. I Sverige och resten av EU tillskrivs medborgarna skydd för personuppgifter. Skyddet av personuppgifter är en fundamental rättighet som följer av artikel 8.1 i EU:s rättighetsstadga och artikel 16.1 FEUF. Rätten är inte absolut utan kan inskränkas med hänvisning till proportionalitetsprincipen där grundläggande rättigheter som skydd för privat- och familjeliv, yttrande- och informationsfrihet samt näringsfrihet ska beaktas.¹³⁴

Det finns ingen särskild lag som reglerar skyddet av personuppgifter på konsumentområdet. I väsentligaste mån regleras skyddet i GDPR. Förordningens huvudsakliga syfte är att skapa ett enhetligt skydd för fysiska personers grundläggande rättigheter i samband med behandling av personuppgifter och säkerställa ett fritt flöde av personuppgifter inom unionen.¹³⁵ GDPR gäller som svensk lag sedan maj 2018.¹³⁶

4.2 Utgångspunkter och principer

4.2.1 Behandling av personuppgifter

Enligt definitionen i GDPR är en personuppgift all form av information som direkt eller indirekt kan knytas till en levande person. Typiska personuppgifter är namn, adress och personnummer men alla former av upplysningar som avser en identifierbar fysisk person omfattas. Bilder, ljudupptagningar, lokaliseringuppgifter, elektroniska identiteter såsom IP-adresser samt annan information som är specifik för en persons fysiska, fysiologiska, psykiska, ekonomiska, kulturella eller sociala identitet, är ytterligare exempel på information som kan utgöra personuppgifter.¹³⁷ Även om det inte är möjligt att identifiera en person utifrån en ensam uppgift, utgör den en personuppgift om behandlaren kan identifiera personen utifrån

¹³⁴ Beaktandeskäl 4 GDPR.

¹³⁵ Artikel 1 och beaktandeskäl 10 GDPR.

¹³⁶ Artikel 99 GDPR.

¹³⁷ Art 4.1 och beaktandeskäl 27 GDPR; Wendleby och Wetterberg (2019) s. 38f.

uppgiften med användning av ett hjälpmedel. Ett hjälpmedel kan till exempel vara ytterligare upplysningar om personen.¹³⁸

GDPR aktualiseras vid behandling av personuppgifter. Med behandling avses alla former av åtgärder som företas i förhållande till personuppgifter. Dit hör insamling, lagring, bearbetning, användning, överföring, radering med mera. Begreppet avser även mer speciella typer av åtgärder som profilering och automatiserat beslutsfattande.¹³⁹ Den person vars personuppgifter behandlas och åtnjuter skydd enligt GDPR är den registrerade.¹⁴⁰ Den eller de personer, fysisk eller juridisk, som behandlar den registrerades personuppgifter intar position som personuppgiftsansvarig eller personuppgiftsbiträde. Personuppgiftsansvarig är den som bestämmer ändamålet med behandlingen och hur behandlingen ska gå till. Personuppgiftsbiträdet är någon som befinner sig utanför den personuppgiftsansvariges organisation och behandlar personuppgifter på uppdrag av den ansvarige samt enligt dennes instruktioner. Den personuppgiftsansvarige har det övergripande ansvaret för att behandlingen sker i enlighet med GDPR. Personuppgiftsbiträdet har en skyldighet att ställa tillräckliga garantier för att behandlingen lever upp till de krav som följer av GDPR samt säkerställa ett skydd för den registrerades rättigheter.¹⁴¹

4.2.2 Allmänna principer för personuppgiftsbehandling

För att en näringsidkare ska få behandla personuppgifter måste näringsidkaren förhålla sig till vissa grundläggande principer.¹⁴² Först och främst måste behandlingen av personuppgifter stödjas på en rättslig grund. Enligt artikel 6 GDPR finns det sex olika rättsliga grunder. Dessa är samtycke, intresseavvägning, avtal, rättslig förpliktelse, skydd för en fysisk persons grundläggande intresse och myndighetsutövning samt uppgift av allmänt intresse. Utan stöd i någon av dessa är behandlingen inte laglig.

Utöver kravet på rättslig grund krävs att behandlingen av personuppgifter sker öppet och korrekt.¹⁴³ Kravet på öppenhet är återkommande i regleringen och innebär att den registrerade personen ska ha insikt i behandlingen av sina personuppgifter, både avseende vilka uppgifter som behandlas och varför.¹⁴⁴

¹³⁸ Öman: Dataskyddsförordningen (GDPR) m.m. (7 juni 2019, Zeteo), kommentaren till artikel 4, under rubriken Första punkten – Personuppgifter.

¹³⁹ Artikel 4.2 och beaktandeskäl 71–72 GDPR; Se avsnitt 4.4 för närmare redogörelse av profilering och automatiserat beslutsfattande.

¹⁴⁰ Artikel 1.1 och 4.1 GDPR.

¹⁴¹ Artikel 4.7 och 4.8 GDPR; beaktandeskäl 78 och 81 GDPR.

¹⁴² Artikel 5 GDPR.

¹⁴³ Artikel 5.1a GDPR.

¹⁴⁴ Beaktandeskäl 39 och 60 GDPR.

Kravet på öppenhet har nära samband med de informationskrav som följer av artikel 13 och 14 GDPR. Bestämmelserna föreskriver en skyldighet för personuppgiftsansvarige att lämna viss information till den registrerade i samband med erhållandet av personuppgifterna. Den uppgiftsansvarige har bland annat en skyldighet att informera den registrerade om ändamålen med behandlingen av personuppgifterna.¹⁴⁵

Enligt principen om ändamålsbegränsning får personuppgifter endast samlas in för särskilda och berättigade ändamål. Ändamålet ska vara uttryckligt angivet och den registrerade ska, utifrån det sammanhang och den information som personen får vid insamlingen av personuppgifterna, rimligen kunna förvänta sig att personuppgifterna behandlas för aktuellt syfte. Av detta följer bland annat att en detaljerad och omfattande behandling av personuppgifter i reklamsyfte kräver en noggrannare redovisning av ändamålen än en enklare behandling. Om det rör sig om reklamutskick som riktar sig till en viss person efter en ingående kartläggning av konsumentens egenskaper, köpbeteende, preferenser etc. måste det således lämnas ingående information om detta. Om marknadsföringen däremot riktar sig till en person utan någon vidare kundanalys, kan det räcka med att företaget i mer generella ordalag anger att personuppgifterna behandlas för marknadsföringsändamål.¹⁴⁶ Ändamålen måste bestämmas redan vid tidpunkten för insamlingen av personuppgifterna. De insamlade uppgifterna får endast behandlas för andra än de ursprungliga ändamålen om det nya ändamålet är förenligt med det ursprungliga och den registrerade informeras om det nya syftet med behandlingen.¹⁴⁷

Av regleringen följer vidare att den uppgiftsansvarige endast får behandla personuppgifter i den mån de är adekvata, relevanta och inte för omfattande samt endast under den tid det är nödvändigt i förhållande till de ändamål för vilka personuppgifterna behandlas. Detta är uttryck för uppgiftsminimering- och lagringsminimeringsprincipen.¹⁴⁸ Utifrån praxis enligt PuL kan viss tolkning göras vad gäller hur länge ett företag får behandla personuppgifter för reklamutskick. Om det föreligger en befintlig kundrelation mellan den personuppgiftsansvarige och den registrerade får företaget behandla personuppgifter i marknadsföringssyfte tills den registrerade motsätter sig det. I det fall kundrelationen har upphört får personuppgifterna användas för marknadsföringsändamål under ett år efter kundrelationen avslutats. Om det

¹⁴⁵ Artikel 13.1c GDPR.

¹⁴⁶ Artikel 5.1b GDPR; Frydinger m.fl. (2018) s. 180f.

¹⁴⁷ Öman: Dataskyddsförordningen (GDPR) m.m. (7 juni 2019, Zeteo), kommentaren till artikel 5, under rubriken Första punkten – Principer för behandling av personuppgifter, Led b - Ändamålsbegränsning.

¹⁴⁸ Artikel 5.1c och 5.1e GDPR.

inte föreligger eller förelegat något kundförhållande bör uppgifterna raderas snarast efter att de använts för det ändamål de samlades in.¹⁴⁹

4.3 Insamling av personuppgifter i marknadsföringssyfte

4.3.1 Samtycke

Att samla in personuppgifter om konsumenter i marknadsföringssyfte och/eller för profilering och analys för sådant syfte är vanligt bland näringsidkare.¹⁵⁰ Det sker normalt sett genom inhämtande av konsumentens samtycke eller genom en intresseavvägning.¹⁵¹

För att behandling av personuppgifter ska vara tillåtet genom samtycke krävs att den registrerade har lämnat en frivillig, specifik, informerad och otvetydig viljeyttring, i form av ett uttalande eller en entydig bekräftande handling, om att personen godtar behandling av personuppgifter som rör hen.¹⁵² Individerna ska kunna göra ett eget val utan att känna sig tvingad och utan risk för bedrägerier, trakasserier eller allvarliga konsekvenser.¹⁵³ I enlighet med principen om öppenhet är det viktigt att den registrerade får tillgång till information som är nödvändig för att kunna lämna ett giltigt samtycke. Den registrerade bör åtminstone vara underförstådd med vem som står bakom behandlingen av personuppgifter och syftet med behandlingen.¹⁵⁴ Artikel 29-gruppen anger vidare att det kan krävas ytterligare uppgifter för att den enskilde ska anses ha fullständig inblick i behandlingen och kunna lämna ett informerat samtycke. Vilka uppgifter som krävs varierar beroende på aktuella omständigheter och sammanhang.¹⁵⁵

Fråga om kraven för inhämtande av giltigt samtycke har nyligen behandlats av EU-domstolen i målet *Planet49*.¹⁵⁶ I målet fastslog EU-domstolen att en på förhand ikryssad ruta avseende lagring av cookies inte utgör ett giltigt samtycke. För att kunna konstatera att den registrerade faktiskt gett sitt samtycke angav domstolen att ett giltigt samtycke förutsätter ett aktivt

¹⁴⁹ Öman: Dataskyddsförordningen (GDPR) m.m. (7 juni 2019, Zeteo), kommentaren till artikel 5, under rubriken Första punkten – Principer för behandling av personuppgifter, Led e - Lagringsminimering.

¹⁵⁰ Frydinger m.fl. (2018) s. 179.

¹⁵¹ Wille (2018) s. 244.

¹⁵² Artikel 4.11 GDPR.

¹⁵³ Artikel 29-gruppen (WP 259) s. 8.

¹⁵⁴ Artikel 4.11 och beaktandeskäl 42 GDPR.

¹⁵⁵ Artikel 29-gruppen (WP 259) s. 13f.

¹⁵⁶ C-673/17 *Planet49*, EU:C:2019:801, hädanefter *Planet49*.

beteende från den registrerade. Den registrerade måste även enkelt kunna avgöra följderna med att lämna sitt samtycke till behandlingen av personuppgifter. Domstolen angav att det utifrån en på förhand ikryssad ruta inte går att utesluta att personen varken läst den medföljande informationen eller noterat rutan innan personen fortsätter navigera på sidan.¹⁵⁷

Utöver denna dom är praxis gällande innebörden av samtycke som laglig grund begränsad. Med anledning av detta beslutade Datainspektionen under sommaren 2019 att inleda en granskning om hur företag använder samtycke som rättslig grund för att samla in och hantera personuppgifter om sina kunder. Syftet med granskningen är bland annat att uppmärksamma privatpersoner om deras rättigheter och ge företag vägledning om när samtycke kan användas som rättslig grund och hur ett giltigt samtycke bör vara utformat.¹⁵⁸ I väntan på resultatet av Datainspektionens granskning kan, utöver EU-domstolens dom, ett nyligen utfärdat beslut från den franska motsvarigheten till Datainspektionen (CNIL) ge viss vägledning om hur samtycke som laglig grund ska tillämpas när ändamålet med behandlingen av personuppgifter är att anpassa reklam till individen.

I januari 2019 beslutade CNIL att utfärda en administrativ sanktionsavgift på 50 miljoner euro mot företaget Google för att ha hanterat personuppgifter i strid mot grundläggande principer i GDPR. Google behandlade personuppgifter från enskilda för att individanpassa reklam. Samtycket inhämtades genom en på förhand ikryssad ruta vilket CNIL, likt EU-domstolen i *Planet49*, konstaterade inte uppfyller kraven i GDPR. Vidare fann CNIL att Google inte levde upp till kravet på informationslämnande på grund av att den lämnade informationen bedömdes vara svårtillgänglig för individen. För att konsumenten skulle kunna tillgodogöra sig information om hur dennes personuppgifter skulle komma att behandlas var individen tvungen att klicka sig genom ett flertal länkar. Informationen var också formulerad på ett invecklat sätt som inneburit svårigheter för den registrerade att förstå hur behandlingen skulle ske.¹⁵⁹

Den registrerade har rätt att när som helst återkalla ett lämnat samtycke. Den personuppgiftsansvarige får då inte längre behandla uppgifterna utan stöd i annan rättslig grund.¹⁶⁰ Därför föredrar i regel personuppgiftsansvariga att stödja sin behandling på annan laglig grund än samtycke.¹⁶¹

¹⁵⁷ Ibid p. 52–56 och 74.

¹⁵⁸ Datainspektionens granskning 2019.06.05.

¹⁵⁹ CNIL, beslut 2019.01.21.

¹⁶⁰ Artikel 7.3 GDPR; Öman: Dataskyddsförordningen (GDPR) m.m. (7 juni 2019, Zeteo), kommentaren till artikel 7, under rubriken Tredje punkten – Återkallelse av samtycke.

¹⁶¹ Frydinger m.fl. (2018) s. 181.

Som nämnts i avsnitt 2.2 är cookies en av de tekniker som företag använder för att utforma individanpassad reklam. I sammanhanget ska därför nämnas att behandling av personuppgifter genom just cookies alltid kräver samtycke från den enskilde.¹⁶² Kravet följer av artikel 5.3 ePrivacy-direktivet¹⁶³. Regleringen utgör lex specialis vilket innebär att kravet på samtycke inte kan frångås till förmån för någon av de andra rättsliga grunderna i GDPR.¹⁶⁴

4.3.2 Intresseavvägning

4.3.2.1 Berättigat intresse

Intresseavvägning som rättslig grund för behandling av personuppgifter återfinns i artikel 6.1f GDPR. Av bestämmelsen följer att den personuppgiftsansvarige har rätt att behandla personuppgifter om det är nödvändigt för ändamål som rör den personuppgiftsansvariges eller en tredje parts berättigade intresse, om dessa intressen väger tyngre än individens intressen eller grundläggande rättigheter och friheter. För att en behandling ska kunna stödjas på denna grund måste det berättigade intresset vara aktuellt och reellt. Intresset ska kunna tillgodoses direkt eller avse nära förestående fördelar. Rena spekulativa eller otydliga intressen kan inte utgöra rättslig grund för behandling av personuppgifter.¹⁶⁵

Exakt vad som utgör ett berättigat intresse framgår inte av regleringen. Artikel 29-gruppen har angett att det kan röra sig om ett brett spektrum av intressen som kan placeras in på en skala från obetydliga till mycket övertygande och från tvingande respektive uppenbara till mer kontroversiella.¹⁶⁶ I ingressen till GDPR anges uttryckligen att direktmarknadsföring¹⁶⁷ kan utgöra ett berättigat intresse men även andra typer av reklam och marknadsföring kan göra det.¹⁶⁸

4.3.2.2 Avvägningstestet

Att grunda behandling av personuppgifter på intresseavvägning ger näringsidkaren visst tolkningsutrymme. Samtidigt innebär det faktum att det inte framgår av regleringen hur intresseavvägningen ska gå till eller vilken

¹⁶² Artikel 29-gruppen (WP 171) s. 3.

¹⁶³ Direktiv 2002/58/EG om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation.

¹⁶⁴ Beaktande skäl 10 ePrivacy-direktivet; artikel 94–95 GDPR.

¹⁶⁵ Artikel 29-gruppen (WP 217) s. 25.

¹⁶⁶ Ibid s. 26 och 36.

¹⁶⁷ Se kapitel 5 för närmare redogörelse.

¹⁶⁸ Beaktandeskäl 47 GDPR; Artikel 29-gruppen (WP 217) s. 26.

vikt olika intressen ska tillmätas, en viss osäkerhet för den personuppgiftsansvarige och den registrerade.¹⁶⁹ Artikel 29-gruppen har lämnat ett yttrande om bedömningen av den personuppgiftsansvariges berättigade intresse. Yttrandet innehåller riktlinjer för avvägningen enligt dataskyddsdirektivet, men kan även vara till hjälp för intresseavvägningen enligt GDPR.¹⁷⁰

Intresseavvägningen utgår från proportionalitetsprincipen där den personuppgiftsansvariges och tredjemans intressen ska vägas mot den registrerades. Aktörerna som påverkas av behandlingen samt deras intressen måste således till en början identifieras. Vid bedömningen av vems intresse som väger tyngst ska hänsyn tas till vilka typer av intressen som är inblandade, konsekvenserna för den registrerade och den registrerades rimliga förväntningar om hur personuppgifterna kommer användas. Hänsyn ska även tas till huruvida den registreringsansvarige vidtagit några säkerhetsåtgärder för att motverka negativa konsekvenser för den registrerade.¹⁷¹ Om den personuppgiftsansvariges intressen inte är fundamentala eller på annat sätt övertygande talar det för att dessa ofta får stå tillbaka för den enskildes rätt till skydd för personuppgifter. Det innebär emellertid inte att enklare och/eller kontroversiella intressen hos personuppgiftsansvariga, såsom näringsidkares ekonomiska intresse av att ha tillgång till mycket information om potentiella kunder för att målinriktad reklam, inte kan utgöra laglig grund för behandling av personuppgifter genom en intresseavvägning.¹⁷²

En avgörande del vid avvägningen är hur behandlingen kan tänkas påverka den enskilde. Här ska faktorer som typen och omfattningen av personuppgifter vägas in. Även faktorer som hur uppgifterna kommer behandlas, den registrerades förväntningar om hur uppgifterna ska användas och vem den enskilde respektive registreringsansvarige är, har betydelse. Konsekvensbedömningen ska ta hänsyn till både positiva och negativa konsekvenser för den enskilde samt potentiella och faktiska.¹⁷³ Om den enskilde tillhör en särskilt utsatt grupp eller av annan anledning är sårbar på ett sätt som stärker den obalans som redan kan finnas mellan konsumenten och näringsidkaren, kan det påverka avvägningstestet till fördel för den enskildes integritetsintresse.¹⁷⁴ Vad gäller typen av uppgifter har EU-

¹⁶⁹ Öman: Dataskyddsförordningen (GDPR) m.m. (7 juni 2019, Zeteo), kommentaren till artikel 6, under rubriken Första punkten – Rättsliga grunder för behandlingen av personuppgifter, Led f – Intresseavvägning.

¹⁷⁰ Artikel 29-gruppen (WP 217).

¹⁷¹ Ibid s. 3.

¹⁷² Ibid s. 27f.

¹⁷³ Ibid s. 39

¹⁷⁴ Ibid s. 43.

domstolen uttalat att det utgör en allvarligare kränkning av den registrerades personliga integritet om de personuppgifter som behandlas inte tidigare varit tillgängliga för allmänheten.¹⁷⁵ Vidare anses konsekvenserna bli större för den enskilde om behandlingen rör uppgifter som bedöms vara känsliga jämfört med harmlösa. Även om de personuppgifter som är föremål för behandling tillsynes framstår som okänsliga kan insamling av stora mängder personuppgifter och kombinationer av olika typer av data göra det möjligt att dra slutsatser ifråga om mer känsliga uppgifter om en person. De slutsatser som dras om en person kan dessutom vara felaktiga. Beroende på vad slutsatserna rör och vilka eventuella konsekvenser en felaktig slutsats om en persons beteende eller personlighet kan få för den enskilde, kan sådan behandling komma att innebära ett stort intrång i den personliga integriteten.¹⁷⁶

I artikel 9 GDPR finns en uppräknning av personuppgifter som anses särskilt känsliga. Det gäller personuppgifter som avslöjar ras, etniskt ursprung, politiska åsikter, religiös eller filosofisk övertygelse och medlemskap i fackförening samt behandling av genetiska uppgifter, biometriska uppgifter för att entydigt informera en fysisk person, uppgifter om hälsa, sexualliv eller sexuell läggning. Artikeln föreskriver att behandling av sådana personuppgifter som huvudregel är förbjudet men kan tillåtas enligt vissa undantag. Samtycke från den registrerade utgör ett sådant undantag. Näringsidkarens berättigade intresse tillhör däremot inte ett av de undantag som räknas upp i bestämmelsen och kan därmed inte rättfärdiga behandling av känsliga uppgifter.

Den registrerades förväntningar är av stor vikt vid intresseavvägningen. Om den enskilde inte rimligen kan förvänta sig att dennes personuppgifter behandlas, väger den enskildes intresse av att undgå få sina personuppgifter behandlade normalt sett tyngre än den personuppgiftsansvariges eller tredjemans intresse av att behandla uppgifterna.¹⁷⁷ Generellt sett kan sägas att ju fler personuppgifter som behandlas och ju djupare analys som görs av insamlad data för att kartlägga den registrerade, desto svårare är det för näringsidkare att stödja sig på intresseavvägning som rättslig grund.¹⁷⁸ Datainspektionen har till exempel uttryckt att en intresseavvägning normalt sett inte kan motivera att en persons inköpsvanor eller beteende kartläggs.¹⁷⁹ Om den personuppgiftsansvarige emellertid vidtar särskilda åtgärder för att skydda den registrerade och de behandlade personuppgifterna, kan en obalans

¹⁷⁵ C-468/10 *ASNEF*, EU:C:2011:777, p. 44–45.

¹⁷⁶ Artikel 29-gruppen (WP 217) s. 41f.

¹⁷⁷ Beaktandeskäl 47 GDPR; Wendleby och Wetterberg (2019) s. 87.

¹⁷⁸ Wendleby och Wetterberg (2019) s. 181f.

¹⁷⁹ Datainspektionen, beslut 2015.10.15, dnr 1382–2014, s. 16.

i intresseavvägningen vägas upp till den personuppgiftsansvariges fördel och rättfärdiga behandlingen.¹⁸⁰ När det är fråga om behandling av personuppgifter som sker för näringsidkares kommersiella intressen, såsom vid marknadsföring, bör det dock krävas att marknadsförarens kommersiella intressen tydligt överväger den enskildas intresse. Det följer av uttalande i förarbeten och praxis i fråga om intresseavvägningen enligt tidigare gällande 10 f § PuL, numera artikel 6.1f i GDPR.¹⁸¹

I RÅ 2002 ref 54 var det fråga om behandling av personuppgifter i direktmarknadsföringssyfte i förhållande till privatpersoner. Företaget Mecenat efterfrågade utdrag från Centrala studiestödsnämnden (CSN) över studenter på universitetets- och högskolenivå med uppgifter om studenternas namn, adress och postadress i syfte att skicka rabatter till studenterna avseende olika företags tjänster och produkter. CSN avslag begäran och hänvisade till att de registrerades intresse av skydd för den personliga integriteten vägde tyngre än Mecenats kommersiella intresse och att sådan behandling därmed var otillåtet. Mecenat överklagade beslutet. Domstolen började med att konstatera att behandling av personuppgifter i syfte att skicka marknadsföring i form av rabatter till studenter kan utgöra ett berättigat intresse. Domstolen uttryckte vidare att när det rör sig om en avvägning mellan den enskildes integritetsintresse och ett kommersiellt intresse hos näringsidkaren krävs ett klart utfall till näringsidkarens fördel för att behandlingen av personuppgifter ska vara tillåten. I det aktuella fallet tog domstolen hänsyn till att marknadsföringen endast skulle skickas ut till de registrerade en gång per termin och att behandlingen avsåg uppgifter om namn, adress och postadress vilka inte kunde betraktas som känsliga uppgifter. Marknadsföringen skulle dessutom innebära en ekonomisk fördel för mottagarna i form av erhållande av rabatter. Med hänsyn till dessa omständigheter, och att den enskilde även hade en ovillkorlig rätt att motsätta sig behandlingen av personuppgifter, konstaterade domstolen att företagets kommersiella intresse tydligt övervägde den enskildes integritetsintresse. Behandlingen var därmed tillåten.

Den registrerade har när som helst möjlighet att invända mot behandling av personuppgifter som grundar sig på en intresseavvägning. Den personuppgiftsansvarige är dock som utgångspunkt endast skyldig att upphöra med behandlingen om personuppgiftsansvarige inte kan visa att den har tvingande och berättigade skäl för behandlingen som väger tyngre än den registrerades intressen, rättigheter och friheter eller försvar av ett rättsligt anspråk.¹⁸²

¹⁸⁰ Artikel 29-gruppen (WP 217) s. 36; Wendleby och Wetterberg (2019) s. 181f.

¹⁸¹ SOU 1997:39 s. 365; RÅ 2001 ref 68 och RÅ 2002 ref 54.

¹⁸² Artikel 21.1 GDPR.

Undantag gäller för personuppgifter som behandlas specifikt för direktmarknadsföring. I dessa fall har den registrerade en absolut rätt att invända mot sådan behandling av personuppgifter som avser hen. Tyngden av den personuppgiftsansvariges berättigade intressen saknar betydelse.¹⁸³

4.4 Särskilt om profilering och automatiserat beslutsfattande

I GDPR finns särskilda regler kring personuppgiftsbehandling i form av profilering och automatiserat beslutsfattande. Det är två tekniker som är vanliga inom marknadsförings- och reklambranschen då det kan hjälpa företag att effektivisera sin marknadsföring. Reglerna i GDPR syftar till att försäkra att sådana metoder inte används på ett sätt som påverkar den registrerade på ett orättfärdigt sätt.¹⁸⁴

Profilering är en process som ofta används för att göra förutsägelser om en person baserat på olika typer av tillgängliga data om personen och dra slutsatser utifrån dessa.¹⁸⁵ I artikel 4.4 GDPR definieras profilering som varje form av automatisk behandling av personuppgifter som består i att uppgifterna används för att bedöma vissa personliga egenskaper hos en fysisk person, särskilt för att analysera eller förutspå personers ekonomiska situation, hälsa, preferenser, intressen, beteenden etc. I marknadsförings-sammanhang används profilering bland annat för att försöka förutspå en persons framtida beteende i syfte att anpassa reklam till mottagaren.¹⁸⁶

Profilering anses ingripande till sin natur. Det krävs därför att hela sammanhanget beaktas vid bedömningen om huruvida viss profilering kan grundas på parts berättigade intresse eller om det kräver samtycke. Särskild hänsyn ska tas till hur detaljrik och omfattande profilen är, om personuppgiftsansvarige vidtagit några skyddsåtgärder för att säkerställa en rättvis och korrekt behandling samt vilka konsekvenser profileringen kan antas få för den registrerade. Beroende på vilka uppgifter som ingår i profileringen kan det vara möjligt att dra slutsatser om särskilda kategorier av uppgifter som normalt sett betraktas som extra känsliga och integritetskränkande. Utifrån så enkla uppgifter som en persons matinköp kan det exempelvis vara möjligt att dra slutsatser kring en persons hälsotillstånd. På samma sätt är det möjligt att hitta kopplingar och dra slutsatser kring en persons politiska åsikter, religiösa övertygelser eller sexuella läggning. I dessa fall ställs extra

¹⁸³ Artikel 21.2 och 21.3 GDPR.

¹⁸⁴ Artikel 29-gruppen (WP 251) s. 5; Wendleby och Wetterberg (2019) s. 147.

¹⁸⁵ Artikel 29-gruppen (WP 251) s. 7.

¹⁸⁶ Wendleby och Wetterberg (2019) s. 148f.; Artikel 29-gruppen (WP 251) s. 7f.

höga krav på den personuppgiftsansvarige eftersom sådan behandling kan anses mycket integritetskränkande. Enligt Artikel 29-gruppen är det i praktiken svårt att hävda att det föreligger ett berättigat intresse om profileringen används i marknadsföringssyfte och innebär ett intrång i den enskildes personliga integritet genom att exempelvis spåra personen över flera olika webbsidor, platser, enheter eller tjänster. Profilering som sker utifrån en stor mängd data från olika källor för att dra komplexa slutsatser om en konsument, anses generellt sett medför sådana betydande intrång i den enskildes integritet att den troligtvis inte kan stödjas på en intresse-avvägning.¹⁸⁷

Konsumentprofilering används ofta i kombination med automatiserade processer där profileringen och beslut om till vem viss reklam ska riktas bestäms genom användning av algoritmer.¹⁸⁸ Det rör sig i dessa fall om s.k. automatiserat beslutsfattande som regleras i artikel 22 GDPR. Enligt artikeln har enskilda rätt att inte bli föremål för beslut som enbart grundas på automatiserad behandling, inbegripet profilering, om beslutet kan ha rättsliga följder för den enskilde eller på liknande sätt påverka hen i betydande grad. Ett sådant beslut är endast tillåtet med den enskildes samtycke, om det följer av lag eller om det är nödvändigt för att ingå eller fullgöra ett avtal.¹⁸⁹ Anledningen till detta generella förbud är att automatiserat beslutsfattande innebär potentiella risker för enskildas rättigheter och friheter.¹⁹⁰ För att giltigt samtycke ska kunna erhållas från den enskilde måste personen få information om logiken bakom det automatiserade beslutsfattandet samt vilken betydelse och vilka följder det kan få för hen.¹⁹¹ Det innebär att om uppgifter om konsumenter samlas in och analyseras på automatisk väg i syfte att ta reda på en särskild omständighet eller egenskap som gör en konsument extra mottagliga för viss reklam, ska personen få information om detta och vilka uppgifter som beaktas för att komma fram till beslutet.

Det generella förbudet förutsätter att beslutet har rättsliga eller på liknande sätt betydande följder för den registrerade.¹⁹² Av ingressen till GDPR framgår att det till exempel kan röra sig om ett automatiserat avslag på en kreditansökan eller beslut i en rekryteringsprocess utan personlig kontakt.¹⁹³ Artikel 29-gruppen menar att förbudet omfattar databehandling som påverkar individen i betydande grad och att internetreklam som grundar sig på

¹⁸⁷ Artikel 29-gruppen (WP 251) s. 15f.; Artikel 29-gruppen (WP 217) s. 27 och 49.

¹⁸⁸ Konsumentverkets rapport 2017:1 s. 32.

¹⁸⁹ Artikel 22.1–2 GDPR.

¹⁹⁰ Artikel 29-gruppen (WP 251) s. 9.

¹⁹¹ Artikel 13.2f och 14.2g GDPR.

¹⁹² Artikel 22.1 GDPR.

¹⁹³ Beaktandeskäl 71.

profilering, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, kan ha sådan inverkan på konsumenten att bestämmelsen aktualiseras. Avgörande är hur inträngande profileringsprocessen är och om data inhämtas från flera olika webbplatser, enheter och tjänster. Avgörande är också konsumentens förväntningar och önskemål, reklamens utformning samt huruvida annonsören utnyttjar kunskap om den registrerades sårbarhet. Som exempel anger Artikel 29-gruppen att reklam som riktas till mottagare utifrån en demografisk profilering, som exempelvis antaganden om att kvinnor i en viss stad och inom ett visst åldersspann sannolikt är intresserade av visst mode, ofta inte påverkar den enskilda individen i sådan betydande grad att bestämmelsen aktualiseras. Om däremot reklam om lån till hög ränta regelbundet riktas till personer utifrån antaganden om att personen har ekonomiska problem kan det röra sig om en sådan påverkan som avses i bestämmelsen, eftersom det kan leda till att personen hamnar i en allvarlig skuldsituation.¹⁹⁴

4.5 Delanalys

Individanpassad reklam förutsätter att marknadsföraren har tillgång till och behandlar data om konsumenten som kvalificeras som behandling av personuppgifter. Det innebär att de regler som finns angående skydd mot behandling av personuppgifter kan användas inom ramen för konsumenträtten där ett skydd för den enskildes personuppgifter till viss del även innebär ett skydd för den enskilde i egenskap av konsument.

Min uppfattning är att konsumentens skydd mot en näringsidkares möjligheter att behandla personuppgifter för att individanpassa reklam till konsumenten, huvudsakligen beror på vilken rättslig grund näringsidkaren stödjer sin behandling av personuppgifter på. Behandling som grundar sig på samtycke anser jag bidra till ett starkt skydd för konsumenten. De krav som ställs på den personuppgiftsansvarige vid inhämtande av giltigt samtycke innebär att konsumenten ska ha god insikt om att dennes personuppgifter behandlas i syfte att ta fram och målinrikta reklam till konsumenten. Konsumenten måste göra ett aktivt val och godkänna behandlingen för att den ska vara tillåten. Genom konsumentens möjlighet att när som helst återta sitt samtycke kan hen även efter lämnat samtycke påverka mottagandet av reklam som grundar sig på tillgänglig information om konsumenten.

Samtycke krävs uttryckligen i tre fall: 1) om insamlingen av personuppgifter sker genom cookies, 2) om uppgifterna som behandlas betraktas som särskilt känsliga enligt 9.1 GDPR eller 3) om det rör sig om ett automatiserat

¹⁹⁴ Artikel 29-gruppen (WP 251) s. 23.

beslutsfattande enligt artikel 22 GDPR. Det är tydligt när kravet på samtycke enligt de första två nämnda situationerna är tillämpliga men inte lika tydligt vid tillämpning av artikel 22 GDPR.

Om näringsidkaren använder sig av algoritmer för att målinrikta reklam och reklamen anses påverka konsumenten i betydande grad, är det möjligt att kravet på samtycke i artikel 22 GDPR är tillämpligt. Det är dock svårt att avgöra vad som krävs för att den individanpassade reklamen ska anses ha påverkat konsumenten i sådan grad som artikeln kräver. Det förutsätter åtminstone att konsumenten inte ignorerar reklamen utan faktiskt väljer att följa upp den. Annars är det svårt att påstå att reklamen överhuvudtaget påverkat individen. Detta talar för att det krävs ett orsakssamband mellan kartläggningen av konsumenten och valet att rikta viss reklam mot konsumenten. Ett krav på sådant orsakssamband är problematiskt för den registreringsansvarige då det är en svår bedömning att göra på förhand. Det innebär också bevisvårigheter för konsumenten om denne skulle ha att visa att orsakssamband föreligger eftersom det är svårt att bevisa hur reklamen påverkat mottagaren i praktiken. Det skulle i detta fall eventuellt underlätta att utgå från en genomsnittskonsument men till skillnad från marknadsföringsrätten används ingen sådan generell måttstock vid bedömningen av artikel 22 GDPR. Vilken generell inverkan artikel 22 GDPR faktiskt har på skyddet i förhållande till individanpassad reklam är därmed oklart.

För det fall den behandling av personuppgifter som ligger till grund för utformningen av den individanpassade reklamen inte kräver samtycke, kan näringsidkare använda sig av intresseavvägning som rättslig grund. Om behandlingen av personuppgifter grundar sig på parts berättigade intresse är mottagandet av reklamen beroende av näringsidkarens intresseavvägning. I dessa fall är skyddet, enligt min mening, inte lika starkt som vid inhämtande av samtycke. Även om den enskilde även då ska upplysas om behandling av personuppgifter och ändamålet med den, kan bristen på vägledning och praxis om hur avvägningen ska ske ge företag en ökad flexibilitet att motivera behandlingen av personuppgifter. Den enskilde har inte heller samma möjligheter som vid samtycke att motsätta sig behandlingen genom att invända mot intresseavvägningen, såvida det inte rör sig om direktmarknadsföring. Det medför i sin tur en osäkerhet för konsumenten som kan sägas inta en position av svagare part i sammanhanget och kan möta svårigheter att bemöta en felaktig behandling.

Att marknadsföring kan utgöra ett berättigat intresse framgår av GDPR men framställningen visar att det råder oklarheter kring när denna lagliga grund står till buds i förhållande till individanpassad onlinereklam. Huruvida det är möjligt för en näringsidkare att behandla personuppgifter baserat på

intresseavvägning, i syfte att utforma individanpassad reklam, beror enligt min uppfattning på mängden och typen av personuppgifter som behandlas samt hur omfattande kartläggning av konsumenten näringsidkaren avser att göra. Som framgått av kapitlet kan insamling och analys av en stor mängd persondata exempelvis göra det möjligt att dra slutsatser om en persons hälsotillstånd, ekonomiska situation, personliga preferenser eller andra uppgifter som uppfattas privata. Även om de personuppgifter som används för att dra sådana slutsatser i sig inte är att betrakta som sådana känsliga uppgifter som omfattas av artikel 9.1 GDPR, är min uppfattning att en intresseavvägning inte kan rättfärdiga en sådan typ av behandling. Sådan behandling bör endast vara tillåten med den enskildes samtycke. Analyser av personliga data som avser att dra slutsatser om känslig information kan uppfattas integritetskränkande och dessutom finns det risk att slutsatserna blir felaktiga. Mottagande av reklam som riktas till en konsument baserat på sådana slutsatser kan upplevas stötande för den enskilde. Det finns därför ingen anledning att skilja på en direkt behandling av känsliga uppgifter och behandling som innebär analys av i sig okänsliga data med syfte att göra antaganden om känsliga uppgifter.

Utifrån vad som diskuterats kan avslutningsvis konstateras att det, vid behandling av personuppgifter i syfte att individanpassa reklam till konsumenten, råder vissa oklarheter kring vilka situationer behandlingen kan grundas på en intresseavvägning och när den måste grundas på samtycke. Mycket talar för att det i princip alltid borde krävas samtycke såvida det inte rör sig om behandling av enstaka uppgifter och endast en ytlig kartläggning av konsumenten. Med hänsyn till att personuppgifter idag tillskrivs ett högt värde i den digitala ekonomin och att metoderna för att kartlägga och dra slutsatser om konsumenten blir allt mer komplicerade, anser jag personligen att samtycke alltid bör krävas för behandling av personuppgifter som inte är allmänt tillgängliga eller som betraktas personliga, när det sker i syfte att individanpassa onlinereklam.

5 Direktmarknadsföring

5.1 Krav på opt-in eller opt-out

Direktmarknadsföring innebär att ett företag riktar sin reklam direkt till konsumenten. Reklamen kan vara adresserad eller oadresserad. Adresserad direktreklam sägs ofta vara ett exempel på individanpassad reklam där avsändaren använder uppgifter om enskilda konsumenter för att målinrikta sin reklam. Exakt vad som avses med direktmarknadsföring i rättslig mening är dock inte klart. Begreppet har inte definierats i lag.¹⁹⁵ Enligt ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation¹⁹⁶ avser det ”kommunikation, oavsett tillvägagångssätt, av reklam eller annat marknadsföringsmaterial, utförd av en direktmarknadsförare själv eller för dennes räkning och som riktas till särskilda individer med hjälp av deras personliga kontaktuppgifter (inbegripet postadress, telefonnummer, e-postadress, mobilnummer, fax, personligt användarnamn i sociala medier och liknande)”.¹⁹⁷

Direktreklam anses vara en påträngande marknadsföringsmetod som kan innebära risk för intrång i konsumentens personliga integritet. Det finns därför särskilda regler kring direktreklam.¹⁹⁸ Som framgått i den tidigare redogörelsen av GDPR hänvisar vissa av reglerna där särskilt till behandling av personuppgifter i samband med direktmarknadsföring. Av till exempel beaktandeskäl 47 i ingressen till GDPR framgår att direktmarknadsföring utgör ett berättigat intresse som näringsidkare kan stödja sin behandling av personuppgifter på vid användning av intresseavvägning som rättslig grund. Artikel 21.2–3 GDPR hänvisar också särskilt till direktmarknadsföring. Genom artikeln tillskrivs fysiska personer en absolut rätt att motsätta sig behandling av personuppgifter för direktmarknadsföringsändamål.¹⁹⁹ Vidare är det enligt praxis som huvudregel exempelvis förbjudet att skicka direktreklam till barn under 16 år och till nyblivna föräldrar inom sex veckor från barnets födsel.²⁰⁰ I 19–21 §§ MFL finns det regler om obeställd reklam som är av extra intresse vid direktmarknadsföring. Dessa bestämmelser i MFL är en implementering av artikel 13 i ePrivacy-direktivet.²⁰¹ EPrivacy-direktivet

¹⁹⁵ Svensson m.fl. (2010) s. 649; SOU 2018:1 s. 186.

¹⁹⁶ ICC:s grundregler utgör en viktig normkälla som kompletterar lagstiftningen i form av branschens självreglering. För mer information om ICC:s arbete, se organisationens hemsida <www.icc.se>.

¹⁹⁷ ICC (2018) s. 30.

¹⁹⁸ SOU 2018:1 s. 186; Levin, Marknadsföringslag (2008:48) 19 §, Lexino 2017.07.27.

¹⁹⁹ Se närmare avsnitt 4.3.2.

²⁰⁰ MD 1999:26; MD 1988:3.

²⁰¹ Prop. 2007/08:115 s. 115f.

syftar, likt GDPR, till att säkerställa ett skydd av enskildas personuppgifter men gäller uteslutande inom sektorn för elektronisk kommunikation och utgör *lex specialis*.²⁰²

19 § MFL föreskriver att en näringsidkare som huvudregel inte får rikta marknadsföring till en fysisk person via elektronisk post, telefax eller sådana uppringningsautomater eller andra liknande automatiska system för individuell kommunikation som inte betjänas av någon enskild, utan att mottagaren på förhand samtyckt till det, s.k. opt-in. Kravet på samtycke gäller endast direktreklam genom just dessa tekniker.²⁰³ Gällande andra metoder för individuell kommunikation har EU lämnat till medlemsstaterna själva att välja mellan opt-in-lösningar eller s.k. opt-out-lösningar.²⁰⁴ En opt-out-lösning innebär att det är otillåtet att skicka marknadsföring till mottagare som motsatt sig det.²⁰⁵ I Sverige har man valt detta alternativ. Av 21 § MFL framgår att andra metoder för individuell kommunikation, än de som räknas upp i 19 § MFL, endast är otillåtna om konsumenten tydligt motsatt sig sådan reklam. I Sverige har det inrättats reservationsregister s.k. NIX-register dit privatpersoner har möjlighet att vända sig och anmäla att man inte vill ta emot marknadsföring som sänds per post eller per telefon²⁰⁶. Enligt branschpraxis måste näringsidkare kontrollera dessa register innan en marknadsföringsåtgärd vidtas.²⁰⁷ Det finns i dagsläget inget motsvarande opt-out register för onlinereklam. Däremot har European advertising standards alliance (EDAA), som är en ideell organisation med ansvar för självreglering av intressebaserad annonsering inom EU, tagit fram en hemsida där internetanvändare kan hitta information om sådan typ av individanpassad reklam. Genom hemsidan har internetanvändare även möjlighet att avaktivera intressebaserad reklam från några av de leverantörer som erbjuder sådan annonsering.²⁰⁸ Det finns även s.k. adblockers som internetanvändare kan programmera i sin webbläsare. Adblockers blockerar reklam på webbsidor men kan även leda till att visst redaktionellt material eller annat innehåll på en webbsida som inte är reklam försvinner. Det har även kommit att utvecklas mjukvaror som blockerar annonsblockerarna vilket hämmar dess funktion.²⁰⁹ Något säkert sätt att generellt motsätta sig och slippa all riktad digital reklam finns med andra ord inte.

²⁰² Artikel 1 och beaktandeskäl 10 ePrivacy-direktivet; artikel 94–95 GDPR.

²⁰³ Levin, Marknadsföringslag (2008:48) 19 §, Lexino 2017.07.27.

²⁰⁴ Artikel 13.3 ePrivacy-direktivet; prop. 2003/04:43 s. 9.

²⁰⁵ Levin, Marknadsföringslag (2008:48) 20 §, Lexino 2017.07.27.

²⁰⁶ För mer information om spårregistren, se hemsidan för Swedish data & marketing association (SWEDMA), <www.swedma.se>.

²⁰⁷ Se t.ex. MD 2015:8; Svensson m.fl. (2019) s. 659f.

²⁰⁸ Se www.edaa.eu.

²⁰⁹ SOU 2016:41 s. 379; Konsumentverkets rapport 2016:12 s. 47f.

Som framgår av 19 § MFL är elektronisk post en av de kommunikationsmetoder som kräver opt-in. I 3 § MFL anges att med elektronisk post avses ett meddelande i form av text, röst, ljud eller bild som sänds via ett allmänt kommunikationsnät och som antingen kan lagras i nätet eller i mottagarens terminalutrustning tills mottagaren hämtar det.²¹⁰ Trots definitionen råder det osäkerhet kring begreppets omfattning och om begreppet innefattar utskick via moderna marknadsföringskanaler. De nordiska konsumentombudsmännen menar att onlineannonser som endast visas för internetanvändare när de är online och försvinner om de går offline, som till exempel pop up-reklam, inte kan klassas som elektronisk post. Eftersom meddelandet försvinner om personen inte är online anser de att meddelandet inte lagras på det sätt definitionen av elektronisk post föreskriver. De anser det vidare vara osäkert om vissa av de kommersiella meddelanden som visas för internetanvändare på sociala medier kan anses skickade enligt bestämmelsens mening. Detta då meddelandena många gånger hämtas eller utväxlas med mottagaren på annat sätt.²¹¹ Konsumentombudsmännen uppmärksammar att det dock kan vara skillnad beroende på var annonsen visas. På Facebook kan reklam exempelvis skickas till en persons inkorg, det kan publiceras på personens egna profil, visas i användarens allmänna flöde under ”sponsrade länkar” eller visas i det allmänna flödet under ”nyheter”. Enligt konsumentombudsmännens mening utgör reklam i form av meddelanden till en persons inkorg och på personens privata profil elektronisk post och kräver därmed samtycke på förhand. De menar däremot att bannerreklam som till exempel visas under ”sponsrade länkar” sannolikt inte utgör elektronisk post eftersom sådana reklam-meddelanden normalt sett inte kan betraktas som skickade till en specifik mottagare enligt lagens mening. De nordiska konsumentombudsmännen är vidare av uppfattningen att bannerannonser inte heller utgör någon annan form av obeställd reklam som utformats i direktmarknadsföringssyfte. Sådan reklam kräver enligt konsumentombudsmännen således varken samtycke enligt 19 § MFL eller en möjlighet för användarna att motsätta sig reklamen enligt 21 § MFL. Vad gäller kommersiella meddelanden från näringsidkare som visas för en användare på Facebook under ”nyheter” så är konsumentombudsmännen osäkra på hur reklamen ska betraktas.²¹²

I SOU 2018:1 uttrycker utredningen likt de nordiska konsumentombudsmännen, att man bör göra viss åtskillnad på onlinereklam beroende på var och när den visas för internetanvändaren. Utredningen diskuterar att även om individanpassad onlinemarknadsföring inte uttryckligen omfattas av reglerna om direktmarknadsföring och obeställd reklam, torde resonemang liknande

²¹⁰ Definitionen motsvarar artikel 2h ePrivacy-direktivet.

²¹¹ Nordiska konsumentombudsmännen (2012) s. 8f. och 15.

²¹² Ibid s. 15f.

de som förs kring den regleringen även kunna föras kring viss digital annonsering på internet. Utredningen anger att icke begärd direktmarknadsföring anses vara särskilt påträngande och betraktas som en känslig marknadsföringsmetod. Individanpassad onlinereklam kan jämföras med direktmarknadsföring genom traditionella metoder på så vis att den bearbetar konsumenten på ett personligt sätt. Den skraddarsydd reklamen på internet kan många gånger till och med uppfattas mer påträngande än den traditionella direktmarknadsföringen eftersom reklamen i den digitala miljön kan anpassas till realtid och träffa konsumenten i princip var och när som helst där internet är tillgängligt. I SOU:n påpekas dock att onlineannonsering i den digitala miljön kan anses vara individanpassad och påträngande i olika hög grad beroende på var den visas. Reklam som visas för en person när denne är inloggad på sin användarprofil till sociala medier kan enligt utredningen till exempel uppfattas mer individanpassad än reklam som visas i reklamutor på en hemsida för en nättidning eller annan allmän webbplats. En jämförelse med direktmarknadsföring anges vara mer aktuell i det första fallet.²¹³ Enligt utredningen är den stora skillnaden mellan direktreklam genom e-post, som uttryckligen kräver opt-in enligt 19 § MFL, och individanpassad reklam som visas för internetanvändare på olika webbsidor att det i det senare fallet inte framgår lika tydligt vem reklamen är riktad till.²¹⁴

Uppfattningen att kravet på opt-in borde kunna tillämpas på viss individanpassad reklam online är i linje med lagkommententaren till 19 § MFL. I kommentaren anges att lagens uppräknade av de automatiska kommunikationsmedlen som kräver opt-in endast är exempel. Bestämmelsen omfattar särskilt påträngande och integritetskränkande typer av marknadsföring och det kan röra sig om såväl redan existerande som framtida automatiska tekniker.²¹⁵

5.2 Förslaget om ePrivacy-förordningen

Som framgått av avsnittet ovan finns det en osäkerhet kring hur reglerna om direktmarknadsföring förhåller sig till moderna marknadsföringsmetoder och marknadsföringskanaler. Att ePrivacy-direktivet inte hållit takten med den tekniska och marknadsrättsliga utvecklingen som skett inom EU har konstaterats av EU-kommissionen. Under början av år 2017 lade kommissionen fram ett förslag till en ny förordning, den s.k. ePrivacy-

²¹³ SOU 2018:1 s. 246 och 274f.

²¹⁴ SOU 2018:1 s. 275.

²¹⁵ Levin, Marknadsföringslag (2008:48) kommentaren till 19 § not 125, Karnov, hämtad 2019.12.06.

förordningen²¹⁶. Förordningen är tänkt att ersätta ePrivacy-direktivet och komplettera de allmänna bestämmelserna om skydd för personuppgifter i GDPR. I förslaget till ePrivacy-förordningen anger kommissionen att internet har fört med sig nya risker för enskildas personuppgifter och integritet. Det gäller bland annat i förhållande till nya möjligheter att spåra och kartlägga internetanvändares onlinebeteenden. Det har lett till att dagens skydd anses bristfälligt.²¹⁷

I skrivande stund pågår diskussioner kring det nya förslaget. Förslaget har mött viss kritik, bland annat av Artikel 29-gruppen. Arbetsgruppen har bland annat anfört att även den nya föreslagna regleringen riskerar att utesluta skydd för den enskilde i förhållande till vissa moderna marknadsföringskanaler.²¹⁸ Likt ePrivacy-direktivet innehåller förslaget till ePrivacy-förordningen ett krav på samtycke vid direktmarknadsföringskommunikation. I ePrivacy-direktivet har detta, som framgått ovan vid redogörelse av 19 § MFL, gällt vid direktmarknadsföring genom icke begärd kommunikation via ”elektronisk post, telefax eller sådana uppringningsautomater eller andra liknande automatiska system för individuell kommunikation som inte betjänas av någon enskild”.²¹⁹ Den föreslagna förordningen utvidgar detta krav till att gälla när direktmarknadsföringskommunikation sänds till slutanvändare genom användning av ”elektroniska kommunikationstjänster”.²²⁰ En viktig nyhet är att förslaget till den nya förordningen även innehåller en definition av direktmarknadsföring, vilket saknas i nu gällande reglering. I förslaget definieras direktmarknadsföringskommunikation som ”varje form av annonsering, skriftlig eller muntlig, som sänds till en eller flera identifierade eller identifierbara slutanvändare av elektroniska kommunikationstjänster, inklusive användning av automatiska uppringnings- och kommunikationssystem med eller utan mänsklig medverkan, epost, sms osv.”²²¹ Artikel 29-gruppen menar att användningen av ordet ”sänd” innebär att tekniska kommunikationsmedel endast omfattar tekniker som innebär överföring av kommunikation. Majoriteten av den reklam som visas på internet innebär inte i strikt mening en överföring av kommunikation. Det skulle få till följd att mycket av den reklam som visas på sociala medier och webbplatser genom den nya definitionen fortfarande skulle riskera att inte

²¹⁶ Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om respekt för privatlivet och skydd av personuppgifter i samband med elektronisk kommunikation och om upphävande av direktiv 2002/58/EG (förordning om integritet och elektronisk kommunikation) KOM(2017) 10 slutlig 2017/0003 (COD).

²¹⁷ Beaktandeskäl 5 och 6 KOM(2017) 10 slutlig.

²¹⁸ Artikel 29-gruppen (WP 247) s. 22f.

²¹⁹ Artikel 13 ePrivacy-direktivet, motsvarande 19 § MFL.

²²⁰ Artikel 16 KOM(2017) 10 slutlig.

²²¹ Artikel 4.2f KOM(2017) 10 slutlig.

omfattas av regleringen och kravet på opt-in. Artikel 29-gruppen har därför gett som förslag att ändra definitionen av direktmarknadskommunikation till att gälla all marknadsföring som ”sänds till, riktas till eller presenteras för en slutanvändare”.²²²

Sedan artikel 29-gruppen framförde sin kritik har olika reviderade versioner av det ursprungliga förslaget diskuterats i Europeiska unionens råd. Den 13 april 2018 föreslogs en ändring av definitionen av direktmarknadsföringskommunikation i linje med Artikel 29-gruppens förslag. Enligt detta skulle kravet på samtycke krävas för att ”sända eller presentera” direktmarknadsföringskommunikation via elektroniska kommunikationstjänster.²²³ I det senaste presenterade förslaget från den 8 november 2019 har man dock i princip återgått till lydelsen i det ursprungliga förslaget. Enligt detta förslag ska kravet på samtycke återigen endast gälla när reklamen ”sänds” till slutanvändare.²²⁴

5.3 Delanalys

Det råder osäkerhet kring huruvida individanpassad onlinereklam kan betraktas som direktmarknadsföring via elektronisk post som därmed kräver opt-in, om det ska betraktas som sådan annan icke begärd kommunikation för direktmarknadsföring som är otillåten genom opt-out eller om det varken faller under 19 eller 21 §§ MFL och därmed varken kräver samtycke på förhand eller möjlighet för konsumenten att motsätta sig reklamen. Om individanpassad onlinereklam utgör kommunikation via elektronisk post, och således kräver opt-in enligt 19 § MFL, anser jag att det bidrar till ett starkt konsumentskydd eftersom sådan reklam förutsätter att konsumenten samtyckt till marknadsföringen. Även 21 § MFL bidrar till konsumentens skydd mot individanpassad reklam. Skyddet i dessa fall är emellertid inte lika starkt som vid tillämpning av 19 § MFL.

Enligt ICC:s definition av direktmarknadsföring avser det reklam som skickas till en specifik person med hjälp av personens personliga kontaktuppgifter. Som exempel på personliga kontaktuppgifter anges bland annat e-postadress och personligt användarnamn i sociala medier eller liknande. Detta tillsammans med resonemangen kring definitionen av elektronisk post och tillämpningen av opt-in respektive opt-out vid direktmarknadsföring, som framförts av de nordiska konsumentombudsmännen och presenterats av utredningen i SOU 2018:1, talar för att det görs viss åtskillnad mellan reklam

²²² Artikel 29-gruppen (WP 247) s. 22f.

²²³ Europeiska unionens råd 2018.04.13 s. 42 och 57.

²²⁴ Europeiska unionens råd 2019.11.08 s. 52 och 76.

som visas på allmänna webbplatser och inloggningsbara användarprofiler. Konsumentens skydd mot individanpassad onlinereklam genom reglerna om direktmarknadsföring synes med andra ord bland annat bero på var reklamen visas för konsumenten.

Jag delar de nordiska konsumentombudsmännens uppfattning att individanpassad reklam som riktas till konsumenten genom dennes privata användarprofil bör kunna betraktas som sådan direktreklam som kräver samtycke opt-in men att reklam som riktas till konsumenten via en allmän webbplats i dagsläget inte kan göra det. Jag anser däremot att sådan reklam som visas för en konsument på en allmän webbplats bör falla in under 21 § MFL och kräva möjlighet till opt-out. Individanpassad onlinereklam innebär att reklamen är skraddarsydd och anpassad efter konsumenten personligen vilket borde räcka för att betraktas som sådan individuell kommunikation på distans som regleringen avser omfatta. Att det inte framgår lika tydligt som vid mottagande av e-post, post eller telefonsamtal, att reklamen är riktad till personen specifikt, på grund av att meddelandet saknar angiven adressat eller försvinner när en internetanvändare går offline, bör enligt min mening inte påverka dess faktiska form av individuell kommunikation i direktmarknadsföringssyfte.

Med hänsyn till att EU-kommissionen i förslaget till den nya ePrivacy-förordningen konstaterat att dagens reglering inte erbjuder enskilda ett tillräckligt skydd i förhållande till teknikutvecklingen på det marknadsrättsliga området, är det rimligt att tänka sig att ett ikraftträdande av den nya regleringen kommer stärka den enskildes rätt till personlig integritet i förhållande till dagens moderna marknadsföringsmetoder, inbegripet individanpassad onlinereklam, och ställa krav på fler opt-in-lösningar. Det skulle medföra ett starkare skydd för konsumenten mot individanpassad reklam i den digitala miljön. Eftersom förslaget fortfarande är under diskussion och en rad ändringar avseende ordalydelsen i aktuella bestämmelser om direktmarknadsföring har presenterats, är det emellertid för tidigt att förutspå vad det nya direktivet faktiskt kommer innebära för konsumentens skydd mot individanpassad onlinereklam.

6 Konsumentens skydd mot individanpassad marknadsföring utifrån marknadsföringsrätten och dataskyddsrätten

6.1 Reflektioner och slutsatser

Som framgått av framställningen har teknikutvecklingen medfört ett nytt marknadsföringslandskap där information om enskilda konsumenter har blivit en viktig tillgång för näringsidkare. Företag använder information om enskilda för att identifiera potentiella kunder och effektivisera sin marknadsföring genom att målinrikta den. Individanpassad reklam utformad efter analyser av en stor mängd personliga data kan anses skapa en orättvis fördel för näringsidkare i förhållande till konsumenten. Uppsatsen har inte undersökt i vilken utsträckning företag använder sig av möjligheten att individanpassa reklam för att påverka konsumentens fria val men uppmärksammat att det finns en risk att så sker och har undersökt konsumentens skydd i förhållande till sådan reklam.

Utifrån utredningen kan konstateras att marknadsföringsrätten och dataskyddsrätten är två viktiga instrument för konsumenten i det digitala samhället. GDPR reglerar den behandling av personuppgifter som sker i fasen innan den individanpassade reklamen riktas till konsumenten och har en viktig funktion av att utjämna den obalans som råder mellan näringsidkare och konsumenten angående insikten om hur näringsidkare samlar in och analyserar uppgifter om konsumenten och hans beteenden för att skraddarsy reklam. GDPR tillskriver ett skydd för individens fundamentala rättigheter och syftar inte direkt till att skydda individen i egenskap av konsument. Det hindrar dock inte att förordningen tillämpas i sådant syfte. Då individanpassad reklam förutsätter att marknadsföraren har tillgång till information om konsumenten innebär det att reglerna i GDPR kan begränsa en näringsidkares möjlighet att utforma individanpassad reklam. Konsumentens risk att utsättas för och påverkas negativt av individanpassad reklam reduceras starkt om näringsidkaren har begränsad tillgång till eller saknar rätt att behandla information som krävs för att reklamen ska kunna individanpassas. MFL tar sikte på reklamens ekonomiska betydelse för konsumenten och skyddar bland annat konsumenten mot användning av individanpassad reklam som en manipulativ försäljningsstrategi. Reglerna om aggressiv marknadsföring i MFL aktualiseras när reklamen riktas till

konsumenten och förbjuder sådan reklam som påverkar eller sannolikt påverkar konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Även om konsumenten skulle ha godkänt att hans personuppgifter behandlas för individanpassad reklam, skyddar reglerna om aggressiv marknadsföring som utgångspunkt konsumenten mot att näringsidkaren senare utnyttjar ingående kunskap om konsumenten till att påverka hans beslutsfattande på ett otillbörligt sätt. De två regelverken intar på så sätt olika positioner i förhållande till konsumenten och är tillämpliga i olika faser av den aktuella marknadsföringsprocessen.

Framställningen visar att konsumentens skydd mot individanpassad onlinereklam, i dagsläget, till största del grundas på att konsumenten själv är uppmärksam och agerar. Skyddet utgår från att konsumenten utnyttjar de befogenheter som hen tillskrivs genom MFL och GDPR. Jag benämner själv denna typ av regler för ”befogenhetsregler”. Regleringarna ger bland annat konsumenten rätt att invända mot behandlingen av personuppgifter, rätt att neka användningen av cookies och rätt att inte lämna samtycke till behandling av personuppgifter om det efterfrågas. Konsumenten ges även rätt att motsätta sig direktmarknadsföring opt-in, i de fall de rör sig om obeställd direktmarknadsföring via elektronisk post, eller opt-out, i de fall det rör sig om annan form av obeställd individuell kommunikation för direktmarknadsföringssyfte. De rättsregler som undersökts i uppsatsen och kan beskrivas som rena skyddsregler mot individanpassad marknadsföring är förbudet mot aggressiv marknadsföring i 7 § MFL och förbudet mot upprepade och oönskade kontakter i svarta listan. Som lagstiftningen är utformad idag råder det dock oklarheter kring om och när nämnda befogenhetsregler och skyddsregler är tillämpliga i förhållande till individanpassad reklam online. Oklarheten ligger främst i regelverkens applicering på moderna marknadsföringsmetoder och -kanaler.

Förbudet mot aggressiv marknadsföring bör hindra näringsidkare från att utnyttja ingående kunskap om konsumentens svagheter och fördomar i syfte att få konsumenten att fatta affärsbeslut i viss riktning. Huruvida utnyttjande av ingående konsumentkunskap faktiskt kan betraktas som ett aggressivt påtryckningsmedel och vad som krävs för att sådant utnyttjande ska utgöra aggressiv marknadsföring är en svår bedömning och har inte prövats i praxis, vilket medför ett osäkert rättsläge.

Som framgått av uppsatsens inledande kapitel, upplever majoriteten av Europas internetanvändare ett obehag över hur individanpassad reklam utformas och används. Det ska dock poängteras att individanpassad reklam inte enbart är något negativt för konsumenten utan även kan medföra fördelar eftersom reklamen uppfattas relevant för mottagaren. Det är därför förstäeligt

att konsumenten i vissa fall föredrar att hans personuppgifter behandlas för att hen ska kunna motta reklam anpassad efter sina behov och intressen. Den avgörande frågan kring konsumentens behov av skydd mot individanpassad reklam är hur man kan motverka att affärsmässigt effektiva och legala marknadsföringsmetoder missbrukas och används för att påverka konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat och självständigt affärsbeslut och samtidigt låta det ligga i individens val att välja huruvida man vill ta del av den individuella reklamens fördelar eller inte.

Med hänsyn till att individanpassad reklam inte har någon uteslutande negativ effekt på konsumenten, är min uppfattning att något generellt förbud mot individanpassad reklam inte är nödvändigt eller önskvärt, om ens möjligt. Det slutliga avgörandet att motta sådan reklam bör i möjligaste mån ligga hos den enskilda individen. Jag förordar därför att konsumentens skydd i förhållande till individanpassad reklam ska utgå från befogenhetsregler, likt dagens reglering gör. Det finns dock brister i dagens reglering. Det är osäkert i vilken utsträckning flera av reglerna gäller i förhållande till individanpassad reklam som utformas och distribueras genom moderna digitala marknadsföringsmetoder och -kanaler. Utvecklingen av det digitala samhället har vidare medfört nya risker för konsumenten som kan vara svåra för konsumenten att överskåda. Av den anledningen anser jag det vara motiverat att se över och förtydliga lagstiftningen samt även överväga fler skyddsregler i form av förbud. Skyddsreglerna bör ta sikte på förbud som hindrar näringsidkare att analysera information om konsumenten i syfte att identifiera och dra slutsatser om konsumentens svagheter eller egenskaper som uppfattas känsliga eller privata. Reklam som grundar sig på sådana analyser riskerar att skapa olägenheter för konsumenten, både i form av intrång i den personliga integriteten och inskränkning av konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Konsumentens möjlighet att fatta ett välgrundat affärsbeslut är en central del i konsumentenskyddet. Kraven på transparens och öppenhet enligt GDPR bidrar till att mer informerade beslut kan fattas, men för att säkerställa konsumentens fria och självständiga val bör konsumenten även uppmärksammas på att reklamen är individanpassad när den visas för konsumenten. Vidare anser jag att det bör införas regler som hindrar näringsidkare från att utforma reklam som är anpassad efter individen i allt för hög grad då det medför ökade risker för konsumenten eftersom det, som konstaterats tidigare i arbetet, blir svårare för allmänheten att uppmärksamma och reagera mot otillbörligt agerande från näringsidkaren.

6.2 Avslutande kommentar

Reglerna om aggressiv marknadsföring och direktreklam i MFL samt skyddet av personuppgifter i GDPR kan komplettera varandra vad gäller

konsumentens skydd i förhållande till individanpassad marknadsföring. Bristande praxis och otydligheter i dagens reglering innebär dock svårigheter att fastställa konsumentens verkliga skydd i den digitala världen. Förhoppningsvis kan visst förtydligande av rättsläget ske vid ett ikraftträdande av förslaget till ePrivacy-förordningen men min bedömning är att regleringen behöver ses över ytterligare och kompletteras för att bättre anpassas till teknikens och marknadens utveckling. Även om MFL är teknikneutral och GDPR omfattar behandling av digital information, kan det ifrågasättas hur väl regleringarna är anpassade till och applicerbara på moderna marknadsföringsmetoder och -kanaler som utvecklats genom det digitala samhället.

Det kan diskuteras huruvida konsumentens skydd mot individanpassad onlinereklam skulle kunna stärkas genom självreglering och egenåtgärder som alternativ till lagstiftning. Det har dock inte varit föremål för utredning i denna uppsats, men är lämpligt för vidare studier.

Käll- och litteraturförteckning

KÄLLOR

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

Prop. 2003/04:43	Obeställd e-postreklam
Prop. 2007/08:115	Ny marknadsföringslag
Prop. 2015/16:46	Ändring i reglerna om aggressiv marknadsföring

Utredningsbetänkanden

SOU 1997:39	Integritet ´ Offentlighet ´ Informationsteknik
SOU 2016:41	Hur står det till med den personliga integriteten? En kartläggning av Integritetskommittén
SOU 2018:1	Ett reklamlandskap i förändring – konsument- skydd och tillsyn i en digitaliserad värld

Konsumentverket

Konsumentverkets rapport 2016:12, Digitalisering och konsumentintresset - En litteraturöversikt

Konsumentverkets rapport 2017:1, Digital konsumentprofilering – stora data, prediktiv analys och policyutmaningar

Konsumentverkets rapport 2017:4, Personuppgifter som betalningsmedel

Konsumentverkets vägledning, De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om marknadsföring via sociala medier, utgiven 2012-12-05, reviderad 2015. [Cit. Konsumentverket (2012)]

Konsumentverkets vägledning, De nordiska konsumentombudsmännens ståndpunkt om handel och marknadsföring på internet, utgiven oktober 2015. [Cit. Konsumentverket (2015)]

Europeiska unionen

Europeiska kommissionen

ARBETSDOKUMENT FRÅN KOMMISSIONENS AVDELNINGAR

VÄGLEDNING OM GENOMFÖRANDET/TILLÄMPNINGEN AV DIREKTIV 2005/29/EG OM OTILLBÖRLIGA AFFÄRSMETODER
Följedokument till MEDDELANDET FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN SAMT REGIONKOMMITTÉN Ett helhetsgrepp på gränsöverskridande e-handel till nytta för enskilda och företag i EU, Bryssel den 25.5.2016. [Cit. Europeiska kommissionen (2016)]

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Ex-post REFIT evaluation of the ePrivacy Directive 2002/58/EC *Accompanying the document* Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the protection of privacy and confidentiality in relation to electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications), SWD(2017) 5 final, Bryssel den 10.1.2017 [Cit. Ex-post REFIT]

Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING om respekt för privatlivet och skydd av personuppgifter i samband med elektronisk kommunikation och om upphävande av direktiv 2002/58/EG (förordning om integritet och elektronisk kommunikation), Bryssel den 10.1.2017, KOM(2017) 10 slutlig. [Cit. KOM(2017) 10 slutlig]

Europeiska unionens råd

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council 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) - Examination of the Presidency text, ST 7820 2018 INIT - 2017/0003 (COD), 2018.04.13. [Cit. Europeiska unionens råd 2018.04.13]

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council 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), ST 13632 2019 INIT, 2019.11.08. [Cit. Europeiska unionens råd 2019.11.08]

Artikel 29-gruppen

Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/679, WP 251 rev.01, antaget 2017.10.03. [Cit. Artikel 29-gruppen (WP 251)]

Riktlinjer om samtycke enligt förordningen (EU) 2016/679, WP 259 rev.01, antaget 2018.04.10. [Cit. Artikel 29-gruppen (WP 259)]

Yttrande 2/2010 om beteendebaserad reklam på Internet, WP 171, antaget 2010.06.22. [Cit. Artikel 29-gruppen (WP 171)]

Yttrande 6/2014 om begreppet den registeransvariges berättigade intressen i artikel 7 i direktiv 95/46/EG, WP 217, antaget 2014.04.09. [Cit. Artikel 29-gruppen (WP 217)]

Yttrande 1/2017 om den föreslagna förordningen om integritet och elektronisk kommunikation (2002/58/EG), WP 247, antaget 2017.04.04. [Cit. Artikel 29-gruppen (WP 247)]

Europeiska dataskyddsstyrelsen

Endorsement 1/2018 of GDPR WP 29 guidelines by the EDPB, meddelat 2018.05.25. [Cit. EDPB endorsement 1/2018]

Elektroniska källor

CNIL, *The CNIL's restricted committee imposes a financial penalty of 50 million euros against GOOGLE LLC*, publicerad 2019.01.21, <<https://www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc>>, besökt 2019.12.10. [Cit. CNIL, beslut 2019.01.21]

Datainspektionen, *Datainspektionen granskar hur företag använder samtycke för att samla in kunduppgifter*, publicerad 2019.06.05. <<https://www.datainspektionen.se/nyheter/datainspektionen-granskar-hur-foretag-anvander-samtycke-for-att-samla-in-kunduppgifter/>>, besökt 2019.12.10. [Cit. Datainspektionens granskning 2019.06.05]

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*, publicerad mars 2014, EDPS opinions, <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf>, besökt 2019.12.10. [Cit. EDPS (2014)]

Europeiska kommissionen, *Special Eurobarometer 447: Online Platform*, publicerad juni 2016, <http://ec.europa.eu/information_society/news-room/image/document/2016-24/ebs_447_en_16136.pdf>, besökt 2019.12.10. [Cit. Eurobarometer (2016)]

Hill, Kashmir, 'How Target Found Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father', *Forbes*, publicerad 2012.02.16, <<https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/#1edc39fd6668>>, besökt 2019.12.10.

International Chamber of Commerce (2018), *ICC:s Regler för reklam och Marknadskommunikation*, <https://www.icc.se/wp-content/uploads/2019/07/2019-Marketing-Code_Swe-Final-wCover.pdf>, besökt 2019.12.10. [Cit. ICC (2018)]

Konsumentverket, 'Forskning och rapporter', <<https://www.konsumentverket.se/om-konsumentverket/vart-arbete/forskning-och-rapporter/>>, besökt 2019.12.13.

Levin, Marianne, *Marknadsföringslag (2008:48)*, Lexino 2017.07.27 i Juno <www.nj.se/juno>, besökt 2019.12.10.

Levin, Marianne, *Marknadsföringslag (2008:48) 19 §*, Karnov i Juno <www.nj.se/juno>, besökt 2019.12.10.

Öman, Sören, *Dataskyddsförordningen (GDPR) m.m.*, 7 juni 2019, Zeteo <www.wolterskluver.se/Zeteo>, hämtad 2019.10.01.

LITTERATUR

Bernitz, Ulf (2013), *Svensk och europeisk marknadsrätt 2 Marknadsföringsrätten*, uppl. 1, Norstedts juridik, Stockholm. [Cit. Bernitz (2013)]

Bernitz, Ulf – Kjellgren, Anders (2018), *Europarättens grunder*, uppl. 6, Norstedts juridik, Stockholm. [Cit. Bernitz och Kjellgren (2018)]

Boerman, Sophie – Kruikemeier, Sanne – Zuiderveen Borgesius, Fredrik (2017), 'Online Behavioural Advertising: A Literature Review and Research Agenda', *Journal of Advertising*, vol. 46 nr. 3, s. 363-376. [Cit. Boerman, Kruikemeier och Zuiderveen Borgesius (2017)]

Calo, Ryan (2014), 'Digital market manipulation', *George Washington Law Review*, vol. 82 nr. 4, s. 995-1051. [Cit. Calo (2014)]

Carballo-Calero, Pablo Fernández (2016), 'Aggressive Commercial Practices in the Case Law of EU Member States', *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5 nr. 6, s. 255-261. [Cit. Carballo-Calero (2016)]

Duivenvoorde, Bram (2013), 'The Protection of Vulnerable Consumers under the Unfair Commercial Practices directive', *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 2 nr. 2, s. 69-79. [Cit. Duivenvoorde (2013)]

Frydlinger, David – Edvardsson, Tobias – Olstedt Carlström, Caroline – Beyer, Sandra (2018), *GDPR: juridik, organisation och säkerhet enligt dataskyddsförordningen*, uppl. 1, Norstedts juridik, Stockholm. [Cit. Frydlinger m.fl. (2018)]

Goanta, Catalina – Mulders, Stephan (2019), 'Move Fast and Break Things: Unfair Commercial Practices and Consent on Social Media', *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 8 nr. 4, s. 136–146. [Cit. Goanta och Mulders (2019)]

Helberger, Natali (2016), 'Profiling and Targeting Consumers in the Internet of Things – A New Challenge for Consumer Law', *SSRN Electronic Journal*. [Cit. Helberger (2016)]

Helberger, Natali – Zuiderveen Borgesius, Frederik– Reyna, Agustin (2017), 'The Perfect Match: A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law', *Common Market Law Review*, vol. 54 nr. 5, s. 1427-1466. [Cit. Helberger, Zuiderveen Borgesius och Reyna (2017)]

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

Howells, Geriant (2016), 'Aggressive Commercial Practices', i: Howells, Geriant – Micklitz, Hans – Wilhelmsson, Thomas, *European Fair Trading Law the Unfair Commercial Practices Directive (elektronisk resurs)*, uppl. 1, Taylor & Francis Group, London, s. 167–194 [Cit. Howells (2016)]

Kleineman, Jan (2018): 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria – Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, uppl. 2, Studentlitteratur, Lund, s. 21–46. [Cit. Kleineman (2018)]

Peczenik, Aleksander (1995), *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, uppl. 1, Fritzes Förlag, Stockholm. [Cit. Peczenik (1995)]

Reichel, Jane (2018): 'EU-rättslig metod', i: Nääv, Maria – Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, uppl. 2, Studentlitteratur, Lund, s. 109–142. [Cit. Reichel (2018)]

Rücker, Daniel (2018): 'Development and Importance of the Data Protection Reform' i: Rücker, Daniel – Kugler, Tobis (red.), *New European General Data Protection Regulation: A Practitioner's Guide*, uppl. 1, Baden-Baden: Nomos, s. 1–8. [Cit. Rücker (2018)]

Svensson, Carl Anders (2019), *Den svenska marknadsföringslagstiftningen*, uppl. 18, Studentlitteratur, Lund. [Cit. Svensson 2019]

Svensson, Carl Anders– Stenlund, Anders – Brink, Torsten – Ström, Lars-Erik – Carlén-Wendels, Thomas (2010), *Praktisk marknadsrätt*, uppl. 8, Norstedts juridik, Stockholm. [Cit. Svensson m.fl. (2010)]

Trzaskowski, Jan (2011), 'Behavioural Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive', *Journal of Consumer Policy*, vol. 34 nr. 3, s. 377-392. [Cit. Trzaskowski (2010)]

Wendleby, Monika – Wetterberg, Dag (2019), *Dataskyddsförordningen GDPR: förstå och tillämpa i praktiken*, uppl. 2, Sanoma Utbildning, Stockholm. [Cit. Wendleby och Wetterberg (2019)]

Wille, Eva Irene (2018): 'Practical examples', i: Rücker, Daniel – Kugler, Tobis (red.), *New European General Data Protection Regulation: A Practitioner's Guide*, uppl. 1, Baden-Baden: Nomos, s. 192-286. [Cit. Wille (2018)]

Willet, Chris (2010), 'Fairness and Consumer Decision Making under the Unfair Commercial Practices Directive', *Journal of Consumer Policy*, vol. 33 nr. 3, s. 247-273. [Cit. Willet (2010)]

Zuiderveen Borgesius, Fredrik Johannes (2015), *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Wolters Kluwer. [Cit. Zuiderveen Borgesius (2015)]

ÖVRIGT

Thorngren, Hanna, *Information, integritet och individanpassad reklam. Om regleringen av intressebaserad annonsering i ljuset av nya dataskyddsförordningen*, Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet, 2017.

Rättsfallsförteckning

Sverige

MD 1988:3

MD 1999:26

MD 2008:2

MD 2009:26

MD 2009:32

MD 2010:8

MD 2011:12

MD 2011:22

MD 2011:23

MD 2011:25

MD 2012:14

MD 2015:8

MD 2015:14

MD 2016:9

PMÖD, dom 2019.12.05 i mål PMT 2054–18

RÅ 2001 ref 68

RÅ 2002 ref 54

Europeiska unionen

C-322/88 *Grimaldi mot Fonds des maladies professionnelles*, EU:C:1989:646

C-313/94 *Graffione mot Ditta Fransa*, EU:C:1996:450

C- 210/96 *Gut Springenheide och Tusky mot Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, EU:C:1998:369

C-220/98 *Estée Lauder*, EU:C:2000:8

C-371/02 *Björnekulla Fruktindustrier*, EU:C:2004:275

C-261/07 och C-299/07 *VTB-VAB*, EU:C:2009:244 C-295/16 *Europamur Alimentación*, EU:C:2017:782

C-304/08 *Plus Warenhandelsgesellschaft*, EU:C:2010:12

C-468/10 *ASNEF*, EU:C:2011:777

C-428/11 *Purely Creative m.fl.*, EU:C:2012:651

C-281/12 *Trendo Sviluppo och Centrale Adriatica*, EU:C:2013:859

C-388/13 *UPC Magyarország*, EU:C:2015:225

C-295/16 *Europamur Alimentación*, EU:C:2017:782

C-628/17 *Orange Polska*, EU:C:2019:480

C-673/17 *Planet49*, EU:C:2019:801

Övrigt

Datainspektionen, beslut 2015.10.15, dnr 1382-2014