

Rättslig grund för behandling av personuppgifter vid direktmarknadsföring

Sara Milenkovska

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH13

VT20

Handledare: Jonas Ledendal



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Förkortningar.....	6
1. Inledning	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Syfte och frågeställning	9
1.3 Avgränsningar.....	10
1.4 Metod och material.....	11
1.5 Disposition	12
2. Europeiska unionens dataskyddsrätt	13
2.1 Inledning.....	13
2.2 Rätten till skydd av personuppgifter – en grundläggande rättighet.....	13
2.3 Europeiska unionens dataskyddsförordning	15
2.3.1 Datalagen	15
2.3.2 Europeiska unionens dataskyddsdirektiv	15
2.3.3 Europeiska unionens dataskyddsreform och den allmänna dataskyddsförordningen.....	16
2.4 Dataskyddsrättens grundläggande begrepp	17
2.4.1 Personuppgifter	17
2.4.2 Behandling av personuppgifter	17
2.4.3 Personuppgiftsansvarig	18
2.5 Principer för behandling av personuppgifter.....	19
2.6 Sammanfattning.....	21
3. Rättslig grund för behandling av personuppgifter	23
3.1 Inledning.....	23
3.2 Principen om laglighet.....	23
3.3 Rättsliga grunder för behandling av personuppgifter.....	24
3.3.1 Allmänt.....	24
3.3.2 Den registrerades samtycke	24
3.3.3 Avtals ingående och fullgörande	25
3.3.4 Rättslig förpliktelse, allmänt intresse och myndighetsutövning	26
3.3.5 Skydd av fysiska personers grundläggande intresse.....	26
3.3.6 Intresseavvägningsregeln.....	27
3.4 Sammanfattning och slutsatser.....	28
4. Intresseavvägningsregeln och marknadsföring.....	29
4.1 Inledning.....	29
4.2 Intresseavvägningsregeln	29
4.2.1 Allmänt.....	29
4.2.2 Nödvändighet.....	30
4.2.3 Berättigat intresse	31
4.2.4 Avvägningstestet.....	32
4.3 Begreppet direktmarknadsföring.....	33

4.4	<i>Intresseavvägningsregelns tillämpning i rättspraxis</i>	34
4.4.1	Allmänt.....	34
4.4.2	RÅ 2002 ref. 54	35
4.4.3	RÅ 2008 ref. 83	36
4.4.4	Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD	37
4.4.5	C-40/17 Fashion ID.....	39
4.5	<i>Sammanfattning och slutsatser</i>	40
5.	Sammanfattning och slutsatser	42
	Käll- och litteraturförteckning	45
	Rättsfallsförteckning	49

Summary

Personal data has an inherent commercial value and can be seen as an asset that generates revenue and competitive advantages. It is important that individuals receive the necessary protection for their personal data so that it is not used or processed in ways that are not legally compatible. The General Data Protection Regulation (GDPR) creates protection for individuals by informing organizations how personal data shall be processed in ways that do not conflict with the fundamental rights and freedoms of individuals.

The processing of personal data must be supported in accordance with one of the six lawful grounds contained in Article 6) GDPR. This essay focuses on how processing of personal data for direct marketing can be supported in Article 6(1)(f) GDPR. In this article it is mentioned that personal data may be processed if it is necessary for the aim of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except when such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data.

Which interests that can be considered legitimate has not yet been established. An in-depth assessment must be made in each individual case where the interests of the parties are weighed against each other in a balancing test. This thesis exemplifies that it is not always easy to get an answer on whether or not the processing of personal data is covered by a legitimate interest in using the data for direct marketing. Consequently, individuals are at risk of having their personal integrity reduced.

Sammanfattning

Att näringsidkare behandlar enskilda individers personuppgifter till ändamål för att individanpassa marknadsföring genom elektronisk väg får anses vara vanligt i dagens digitaliserade samhälle. Personuppgifter har fått ett eget kommersiellt värde och kan ses som en tillgång som bland annat genererar intäkter och konkurrensfördelar. Det är dock viktigt att individer får det skydd som krävs för att deras personuppgifter inte utnyttjas eller behandlas på sätt som inte är förenligt enligt lag.

I artikel 6 i GDPR föreskrivs vilka personuppgifter som får lov att behandlas av en personuppgiftsansvarig. Med andra ord får personuppgifter endast behandlas om de kan stödjas enligt någon utav de lagliga grunder som fastställs i nämnda artikel. Denna uppsats fokuserar på hur behandling av personuppgifter till ändamål för direktmarknadsföring kan stödjas i enlighet med artikel 6.1 f i GDPR. Bestämmelsen fastställer att personuppgifter får behandlas om de är nödvändiga för de ändamål som rör den personuppgiftsansvarige eller tredje mans berättigade intresse, såvida inte den enskilda individens intressen och grundläggande rättigheter väger tyngre. Vad som avses vara ett berättigat intresse är dock inte helt enkelt att fastställa. Det måste ske en djupgående bedömning i varje enskilt fall där aktörernas intressen vägs mot varandra i ett så kallat avvägningstest.

Uppsatsen svarar på att det inte alla gånger är lätt att få svar på om en personuppgiftsbehandling till ändamål för direktmarknadsföring stöds i enlighet med en personuppgiftsansvarige eller tredje mans berättigade intresse. Detta drabbar i sin tur den enskilde individen eftersom denne riskerar att få sin personliga integritet inskränkt.

Förkortningar

Artikel 29-gruppen	Oberoende europeisk arbetsgrupp som behandlar frågor inom integritetsskydd.
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
EDPS	European data protection supervisor – Europeiska datatillskyddsmannen
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
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
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar

1. Inledning

1.1 Bakgrund

En nyhet som fick stor uppmärksamhet år 2012 var när den amerikanska lågpriskedjan Target med hjälp av en mängd data och algoritmer kartlagde kvinnors köpmönster för att sedan kunna identifiera om deras kvinnliga kunder var gravida eller inte. Detta för att sedan kunna individanpassa marknadsföring och rabatterbjudanden till gravida kvinnor. Marknadsföringen som var riktad till den specifika målgruppen mottogs av en tonåring som bodde hemma hos sina föräldrar. Föräldrarna visste inte att dottern var gravid utan nåddes av nyheterna tack vare Targets marknadsföring.¹ Det går att fråga sig om Targets berättigade intresse till behandling av personuppgifterna vägde tyngre än den gravida kvinnans rätt till skydd av sina personuppgifter. Likaså går det att fråga sig om kvinnan rimligen kunde förvänta sig att hennes personuppgifter skulle behandlas för denna typ av marknadsföring.²

Tillgång till individers personuppgifter har medfört att näringsidkare fått nya och långtgående möjligheter att marknadsföra produkter och tjänster på. Uppgifterna har fått ett högre kommersiellt värde och kan bland annat skapa konkurrensfördelar samt generera intäkter.³ Personuppgifter får inte behandlas hur som helst och när som helst, behandlingen måste ske i enlighet med de bestämmelser som finns i EU:s dataskyddsförordning (GDPR). Personuppgifter som behandlas för marknadsföringsändamål måste normalt ha stöd i den rättsliga grund som föreskrivs i artikel 6.1 f i GDPR, även kallad intresseavvägningsregeln.⁴ Bestämmelsen anger att personuppgifter får

¹ The New York Times, *How companies learn your secrets*.

² Ibid.

³ Volny, *Personuppgifter som valuta i den digitala ekonomin*, JP 1/2017 s.94.

⁴ Skäl 47 i förordning (EU) 2016/679.

behandlas om denna är nödvändig för den personuppgiftsansvarige eller tredje mans berättigade intresse såvida inte den registrerades intressen eller grundläggande fri- och rättigheter väger tyngre. Bestämmelsen ställer alltså inte något krav på att den registrerade behöver samtycka till behandlingen även om ett sådant också skulle kunna användas som rättslig grund.⁵

Det går att fråga sig var den hårfina gränsen för behandling av personuppgifter enligt artikel 6.1 f i GDPR går för att inte vara ett ingrepp i den enskilda individens personliga integritet. Med andra ord, när blir en personuppgiftsbehandling som sker för marknadsföringsändamål en kränkning av den registrerades integritet?

Det är viktigt att belysa detta ämne samt denna fråga eftersom den tekniska utvecklingen medfört att personuppgifter hanteras på ett mer omfattande sätt idag jämfört med hur uppgifterna har behandlats förut. Detta leder i sin tur till att individer kan känna att de inte har kontroll över eller insyn i hur deras uppgifter behandlas vilket kan skapa oro.⁶ Det är därför viktigt att näringsidkare behandlar personuppgifter enligt de föreskrifter som anges i GDPR. Skulle uppgifterna behandlas på ett sätt som inte är förenligt med lag råkar näringsidkaren ut för påföljder. Dessa påföljder har dessutom blivit striktare i samband med att GDPR antogs.⁷ I ljuset av ovannämnda bakgrund fokuserar denna uppsats på att ge en redogörelse för rättsläget samt undersöka var den ibland hårfina gränsen går för när och hur personuppgifter får behandlas för marknadsföringsändamål.

⁵ Artikel 6.1 f i förordning (EU) 2016/679.

⁶ Insight Intelligence, *Delade meningar – Svenska folkets attityder till digital integritet 2020* s.6.

⁷ Fouslam m.fl. (2018) s.101.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att undersöka när det är tillåtet att utan någons samtycke behandla hans eller hennes personuppgifter för marknadsföringsändamål enligt intresseavvägningsregeln i artikel 6.1 f i GDPR. Uppsatsen har även som mål att undersöka var den hårfina gränsen för sådan laglig behandling enligt intresseavvägningen går för att inte inkräkta på enskilda individens personliga integritet. Ur ett kommersiellt perspektiv är det viktigt att undersöka vart den hårfina gränsen går, dels för att företag ska fortsätta kunna dra nytta av det stora värde som personuppgiftsbehandlingar medför samt för att göra åtskillnad mellan de enskilda individernas personliga integritet. För att uppnå uppsatsens syfte kommer följande huvudfrågeställning besvaras:

- När kan personuppgifter behandlas i samband med direktmarknadsföring utan den registrerades samtycke?

För att besvara huvudfrågeställningen kommer nedanstående delfrågeställningar besvaras i uppsatsens tredje och fjärde kapitel:

- Vilka rättsliga grunder kan användas vid behandling av personuppgifter i marknadsföringssyfte?
- Vilka villkor ska vara uppfyllda för att intresseavvägningsregeln ska kunna användas som grund för behandling av personuppgifter vid marknadsföringssyfte?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen utgår från de bestämmelser som återfinns i GDPR, men kommer även att beröra den numera upphävda dataskyddsförordningen och personuppgiftslagen (PUL) eftersom bestämmelsen i 10 f § i PUL i stort sett motsvarar artikel 6.1 f i GDPR (se nedan avsnitt 1.4). Resterande bestämmelser i direktivet och personuppgiftslagen kommer däremot inte att behandlas i denna studie.

Det primära ändamålet med uppsatsen är att förstå när den rättsliga grunden som föreskrivs i artikel 6.1 f i GDPR kan användas i syfte att behandla personuppgifter i samband med direktmarknadsföring. Därmed exkluderas resterande rättsliga grunder för behandling av personuppgifter i artikel 6 i GDPR, vilket bland annat inkluderar den registrerades samtycke till personuppgiftsbehandling.

Uppsatsen fokuserar även på hur personuppgiftsbehandlingen ska göras gällande enligt GDPR och inte huruvida direktmarknadsföringen som skapas med hjälp av personuppgifterna överensstämmer med marknadsföringslagen. Att det sker en överlappning mellan dataskydd och marknadsrätt går således inte att bortse från.⁸ Marknadsrätten har dock uteslutits från denna studie eftersom rättsområdet inte har en avgörande roll för studies syfte.

Uppsatsen omfattar heller inte de särskilda bestämmelserna om behandling av barns personuppgifter. Detta eftersom barns personuppgifter kräver ett starkare skydd och omfattas av speciallagar som inte beaktas i denna studie.⁹ I uppsatsen exkluderas även den registrerades rätt att göra invändningar mot att dennes personuppgifter behandlas.

⁸ Holtz, H.M & Ledendal, J *Överlappningen mellan dataskydd och marknadsrätt*.

⁹ Skäl 38 i förordning (EU) 2016/679.

1.4 Metod och material

Uppsatsen utgår från rättsdogmatisk metod. Den nämnda metoden grundar sig på en redogörelse och analys av gällande rätt där utgångspunkten är att studera rättskällor i enlighet med rättskälleläran. Metoden har även används för att kritiskt analysera gällande rätt.¹⁰

Den så kallade rättskälleläran utgår från en normhierarki där vissa rättskällor har tolkningsföreträde framför andra. Att vissa rättskällor har företräde beror på att de åtnjuter högre dignitet. Enligt rättskälleläran ska författningar beaktas, medan förarbeten och prejudikat bör beaktas och doktrin får beaktas. Metoden används för att kritiskt analysera gällande rätt.¹¹

Studien grundar även sig i en EU-rättslig metod. Den nämnda metoden är ett tillvägagångsätt för hur EU-rättsliga källor ska hanteras och tolkas.¹² Uppsatsen utgår från primärrätten, sekundärrätten, EU-domstolens praxis samt riktlinjer från Artikel 29-gruppen.

Uppsatsen utgår alltså i första hand från bestämmelserna i EU:s dataskyddsförordning, särskilt artikel 6.1 f. i dataskyddsförordningen, som är direkt tillämplig i medlemsstaterna, är till alla delar bindande och blev tillämplig den 25 maj 2018. Trots att Artikel-29 gruppens riktlinjer inte är en bindande rättskälla får arbetsgruppens material ändå anses ha en betydande roll för uppsatsens ämne.

Uppsatsens ämne med avseende på GDPR har ännu inte behandlats av EU-domstolen. I studien beaktas vägledande praxis från 10 f § i personuppgiftslagen som i svensk rätt genomförde artikel 7 f i dataskyddsdirektivet. Detta eftersom 10 f § i personuppgiftslagen i stort sett motsvarar artikel 6.1 f i GDPR. Rättspraxis om huruvida personuppgifter får behandlas enligt 10 f § i personuppgiftslagen samt artikel 7 f i

¹⁰ Nääv & Zamboni (2018) s.33.

¹¹ Ibid. s.21.

¹² Hettne & Otken, Eriksson (2011) s.40.

dataskyddsdirektivet kan därför anses vägledande för uppsatsens ämnesområde.

1.5 Disposition

I uppsatsens andra kapitel ges en översiktlig beskrivning av Europeiska unionens dataskyddsrätt. Syftet med uppsatsens andra kapitel är att läsaren ska få förståelse för hur rättsområdet utvecklats ur ett nationellt och internationellt perspektiv.

I det tredje kapitlet beskrivs de mest centrala delarna av gällande rätt. Med andra ord fokuserar kapitlet på att redogöra för väsentliga bestämmelser och begrepp i GDPR. Kapitlet fokuserar även på att definiera intresseavvägningsregeln samt vilka rättsliga grunder som måste vara uppfyllda för att en näringsidkare ska kunna få lov att behandla personuppgifter i syfte att marknadsföra produkter eller tjänster. I slutet av kapitlet besvaras den första delfrågeställningen.

I det fjärde kapitlet ges en djupare redogörelse för de rekvisit som måste vara uppfyllda för att den rättsliga grunden i artikel 6.1 f i GDPR ska kunna göras gällande. Kapitlet fokuserar även på att redogöra för begreppet direktmarknadsföring samt presenterar hur intresseavvägningsregeln har tillämpats i rättspraxis. Avslutningsvis besvaras den andra delfrågeställningen.

I uppsatsens femte och avslutande kapitel ges en sammanfattning och slutsats av vad som har presenterats i tidigare kapitel. I det femte kapitlet sker även en slutdiskussion om hur rättsområdet kan komma att utvecklas i framtiden och vad som kan förbli problematiskt om inte lagstiftningen är kompatibel med den tekniska utvecklingen.

2. Europeiska unionens dataskydds rätt

2.1 Inledning

I detta kapitel ges en översiktlig beskrivning av Europeiska unionens dataskydds rätt. Syftet med kapitlet är att beskriva dataskydds rättens utveckling samt några av de mest centrala begrepp och principer som förekommer i EU:s dataskydds förordningen.

2.2 Rätten till skydd av personuppgifter – en grundläggande rättighet

Skyddet för fysiska personer i samband med behandling av personuppgifter är en grundläggande rättighet i unionsrätten.¹³ Detsamma gäller rätten till respekt för privatlivet och familjelivet.¹⁴ Riktlinjer för integritetsskydd och personuppgiftsflöde över gränserna antogs först 1980 av OECD och sedan dess har regleringen av enskilda individers rätt till skydd av personuppgifter utvecklats genom åren.¹⁵ Enligt Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen), som undertecknades av Europarådet 1950, framgår att varje individ har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.¹⁶ Europarådet har 1981 också antagit en särskild konvention om skydd för enskilda vid automatisk databehandling av personuppgifter (konvention 108), som senast moderniserades 2018.¹⁷

¹³ Artikel 8 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan) och artikel 16.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Se även skäl 1 i förordning (EU) 2016/679.

¹⁴ Artikel 7 i EU-stadgan.

¹⁵ SOU 2017: 39 s.64.

¹⁶ Artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹⁷ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No.108).

Alla EU:s medlemsstater är anslutna till Europakonventionen och EU-domstolen har genom sin rättspraxis erkänt principen om respekt för grundläggande rättigheter.¹⁸ Ett unionsrättsligt skydd finns sedan 2000 i den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan), som 2009 genom Lissabonfördraget blev en del av primärrätten. I artikel 7 i stadgan fastställs att varje individ har rätt till respekt för sitt privatliv.¹⁹ I artikel 8 framgår att var och en har rätt till skydd till sina personuppgifter samt att personuppgifter ska behandlas lagenligt för bestämda ändamål förutsatt att den som får sina uppgifter behandlade samtycker till behandlingen eller att den personuppgiftsansvarige kan stödja denna på någon annan legitim och lagenlig grund.²⁰

I svensk rätt är rätten till skydd av personuppgifter grundlagsskyddad genom 2 kap 6 § regeringsformen (RF). I föreskriften anges att var och en gentemot det allmänna är skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten såvida inte personen i fråga har samtyckt till personuppgiftsbehandlingen samt om behandlingen innefattar övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden.²¹

Sammanfattningsvis går att konstatera att det både har skett en nationell samt en internationell utveckling av rätten till skydd av privatlivet och skyddet av personuppgifter. Rätten till skydd av personuppgifter är en mänsklig rättighet och det är i dessa grundläggande rättigheter som EU:s dataskyddsförordning har sin utgångspunkt.²² Förordningen presenteras närmare i avsnitt 2.3.3.

¹⁸ C-29/69.

¹⁹ Artikel 7 i EU-stadgan.

²⁰ Artikel 8 i EU-stadgan.

²¹ SOU 2017:39.

²² Skäl 1 i förordning (EU) 2016/679.

2.3 Europeiska unionens dataskyddsförordning

2.3.1 Datalagen

I Sverige har det sedan lång tid tillbaka uppmärksammats att den tekniska utvecklingen medfört risker för människors integritet och privatliv. Redan på 1970-talet debatterades att svenska staten hade hotat enskildas integritet i samband med att staten samlat personlig information från medborgare för att genomföra en folk- och bostadsberäkning med hjälp av information som sammanställts från olika källor. Kritikerna menade att staten samlade in personlig information från medborgare i reklamsyfte vilket de ansåg utgöra en kränkning av deras integritet. Denna händelse utgjorde startskottet för en lång debatt som ledde fram till att Sverige var det första landet i världen som fick en lag om behandling av personuppgifter, datalagen (1973:289).²³

2.3.2 Europeiska unionens dataskyddsdirektiv

De första unionsrättsliga reglerna om dataskydd antogs 1995 genom direktiv 95/46/EG om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (dataskyddsdirektivet). Grunden till direktivet var de väsentliga olikheterna i varje medlemsstats lagstiftning för behandling av personuppgifter vilket ansågs utgöra ett hot för den inre marknaden. Med andra ord skulle direktivet åstadkomma en mer enhetlig skyddsnivå i medlemsstaterna så att personuppgifter kunde flöda fritt mellan dessa.²⁴

Dataskyddsdirektivet införlivades i svensk rätt genom personuppgiftslagen (1998:204) (PUL) som ersatte datalagen.²⁵ Personuppgiftslagen omfattade all automatiserad och manuell behandling av personuppgifter samt hade enligt 1 § PUL till syfte i att skydda människor mot att deras personliga integritet kränks genom behandling av personuppgifter. Lagen innehöll bland annat vissa grundläggande krav på den som behandlade uppgifterna. Ett sådant krav var exempelvis att personuppgifter som samlades in för ett specifikt ändamål

²³ Frydlinger m.fl. (2018) s.22.

²⁴ Ibid. s.24.

²⁵ Prop. 1997/98:44. s.1.

inte skulle användas för något annat oförenligt ändamål, vilket framställdes i 9 § PUL. I vilken mån behandling av personuppgifter var tillåtet utan samtycke från den registrerade framgick av 10 § PUL som genomförde artikel 7 i direktivet.²⁶ Den dåvarande intresseavvägningsregeln återfanns i 10 f § PUL, som i sin tur genomförde artikel 7 f i direktivet.²⁷ Både direktivet och personuppgiftslagen har upphävts med anledning av EU:s dataskyddsreform och de nämnda bestämmelserna har numera sin motsvarighet i artikel 6 i EU:s dataskyddförordning.²⁸ En närmare genomgång av gällande rätt presenteras i kapitel 3 av uppsatsen.

2.3.3 Europeiska unionens dataskyddsreform och den allmänna dataskyddförordningen

De nuvarande unionsrättsliga reglerna om dataskydd antogs genom 2016 års dataskyddsreform. Efter många år av långvariga och intensiva förhandlingar antogs ett dataskyddspaket som bestod av förordning (EU) 2016/679 allmän dataskyddförordning (GDPR) och direktiv (EU) 2016/680 om behandling av personuppgifter inom polis och rättsväsendet.²⁹ Förordningen blev tillämplig i medlemsstaternas den 25 maj 2018 och ersatte dataskyddsdirektivet. Förordningens två grundläggande syften återfinns i artikel 1. För det första syftar förordningen till att skydda enskildas grundläggande rättigheter och friheter, framförallt att skydda fysiska personer vid behandling av deras personuppgifter eftersom personuppgifter är något som speglar en fysisk persons privatliv.³⁰ Det andra syftet är att skapa förutsättningar för det fria flödet av personuppgifter inom unionen.³¹ Förordningen är direkt tillämplig, men kräver vissa kompletterande nationella bestämmelser och ger även möjlighet till vissa nationella avvikelser. I svensk rätt finns sådana främst i lagen (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddförordning (dataskyddslagen).

²⁶ Prop. 2017/18:105 s.46.

²⁷ Ibid.

²⁸ Artikel 6 i förordning (EU) 2016/679.

²⁹ Frydinger m.fl. (2018) s.28.

³⁰ Artikel 1.2 i förordning (EU) 2016/679.

³¹ Artikel 1.3 i förordning (EU) 2016/679.

2.4 Dataskyddsrättens grundläggande begrepp

2.4.1 Personuppgifter

Begreppet ”personuppgifter” kan ses som det mest centrala begreppet i dataskyddsförordningen eftersom det bestämmer dess materiella tillämpningsområde. Vad som utgör ”personuppgifter” definieras i artikel 4.1 i GDPR enligt följande:

”varje upplysning som avser en identifierad eller identifierbar fysisk person (nedan kallad en registrerad), varvid en identifierbar fysisk person är en person som direkt eller indirekt kan identifieras särskilt med hänvisning till en identifierare som ett namn, ett identifikationsnummer, en lokaliseringssuppgift eller onlineidentifikatorer eller en eller flera faktorer som är specifika för den fysiska personens fysiska, fysiologiska, genetiska, psykiska, ekonomiska, kulturella eller sociala identitet.”³²

I enlighet med definitionen kan begreppet personuppgift tolkas vidsträckt eftersom de flesta typer av uppgifter kan utgöra sådan information som gör det möjligt att identifiera en fysisk person.³³ Detta har också bekräftats genom EU-domstolens rättspraxis.³⁴ Datainspektionen exemplifierar genom att ange att fotografi på personer, ljudinspelningar som lagras digitalt, IP-adresser etc. utgör personuppgifter såvida uppgifterna kan sammankopplas till en fysisk person.³⁵

2.4.2 Behandling av personuppgifter

Det framgår av artikel 2.1 i GDPR, som anger dataskyddsförordningens materiella tillämpningsområde att dess bestämmelser endast gäller vid ”behandling av personuppgifter”. Detta leder till att begreppet ”behandling” måste definieras. Enligt artikel 4.2 i GDPR utgör en behandling:

”en åtgärd eller kombination av åtgärder beträffande personuppgifter eller uppsättningar av personuppgifter, oberoende av om de utförs automatiserat eller ej, såsom insamling, registrering, organisering, strukturering, lagring, bearbetning eller ändring, framtagning, läsning, användning, utlämning genom överföring, spridning

³² Artikel 4.1 i förordning (EU) 2016/679.

³³ Frydlinger m.fl. (2018) s. 44.

³⁴ Se bl.a. domstolens dom av den 20 december 2017 mål C-434/16 Nowak (ECLI:EU:C:2017:994).

³⁵ Datainspektionen, ”Vad är egentligen en personuppgift?”

eller tillhandahållande på annat sätt, justering eller sammanförande, begränsning, radering eller förstöring.”³⁶

I likhet med begreppet ”personuppgifter” ska även denna bestämmelse tolkas vidsträckt och inkluderar flera potentiella situationer som berör informationsinsamling kopplat till personuppgifter. Förordningen är teknikneutral och även behandling av ostrukturerat material betraktas i motsats till enligt personuppgiftslagen som en form av behandling vilken omfattas fullt ut av dess bestämmelser. Med andra ord har det gjorts en utvidgning av begreppet behandling sett från ett svenskt perspektiv.³⁷

2.4.3 Personuppgiftsansvarig

Ett annat begrepp, som också kan ses som ett av de mest centrala i förordningen, är ”personuppgiftsansvarig”. Det är den personuppgiftsansvarige som har det huvudsakliga ansvaret för att vidta de skyddsåtgärder som föreskrivs i dataskyddsförordningen, vilket leder till att det är denne som främst kan hållas ansvarig när behandlingen inte uppfyller de krav som ställs upp i förordningen. Den juridiska analysen måste i de flesta fall därför inledas med att fastställa och identifiera vem eller vilka som är personuppgiftsansvariga.³⁸ Vad som avses med ”personuppgiftsansvarig” definieras i artikel 4.7 i GDPR enligt följande:

”en fysisk eller juridisk person, offentlig myndighet, institution eller annat organ som ensamt eller tillsammans med andra bestämmer ändamålen och medlen för behandlingen av personuppgifter; om ändamålen och medlen för behandlingen bestäms av unionsrätten eller medlemsstaternas nationella rätt kan den personuppgiftsansvarige eller de särskilda kriterierna för hur denne ska utses föreskrivas i unionsrätten eller i medlemsstaternas nationella rätt”³⁹

Sammanfattningsvis är det den personansvariga som bestämmer varför och hur personuppgifter behandlas. Ur bestämmelsen går det vidare att utläsa att det kan finnas flera personuppgiftsansvariga och vid en sådan situation delas

³⁶ Artikel 4.2 i förordning (EU) 2016/679.

³⁷ Frydinger m.fl. (2018) s.46.

³⁸ Ibid. s.51.

³⁹ Artikel 4.7 i förordning (EU) 2016/679.

ansvaret av flera gemensamt.⁴⁰ Regleringen för gemensamt ansvar återfinns i artikel 26 i GDPR. Bestämmelsen inleds med att förklara att om två eller flera personuppgiftsansvariga gemensamt fastställer ändamålen med och medlen för behandlingen ska de vara gemensamt personuppgiftsansvariga.⁴¹ Det är viktigt att poängtera att vid situationer då det sker någon form av behandling av personuppgifter alltid finns någon som är personuppgiftsansvarig. Det går dessutom inte att avtala bort ansvaret på grund av att det är det faktiska förhållandet som utpekar vem som är den personuppgiftsansvariga. Med andra ord är det den som äger bestämmanderätten och syftet över behandlingen som är personuppgiftsansvarig.⁴²

2.5 Principer för behandling av personuppgifter

I enlighet med artikel 5 i GDPR uppställs vissa grundläggande krav (principer) som en personuppgiftsansvarig eller personuppgiftsbiträde ska förhålla sig till när denne behandlar personuppgifter.⁴³ Förordningen ställer krav på behandlingens laglighet, korrekthet, öppenhet, uppgiftsminimering, lagringsminimering, konfidentialitet, integritet, ändamålsbegränsning och ansvarsskyldighet.⁴⁴ Alla principer är viktiga och måste beaktas, men vissa principer kan anses vara mer betydelsefulla vid behandling av personuppgifter i marknadsföringssyfte. Principen om ändamålsbegränsning samt principen om uppgiftsminimering är två principer som är särskilt viktiga för uppsatsens ämne.

För att en behandling ska vara tillåten måste den enligt principen om laglighet (Artikel 5.1 a i GDPR) först och främst stödjas i någon av de sex rättsliga grunder som anges i artikel 6 i GDPR. Enligt ingressen till förordningen kan en personuppgiftsbehandling som syftar till direktmarknadsföring stödjas på den grund som föreskrivs i artikel 6.1 f i GDPR (den s.k. ”intresse-avvägningsregeln”).⁴⁵ Principen om laglighet och kravet på rättslig grund

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Artikel 26 i förordning (EU) 2016/679.

⁴² Frydlinger m.fl. (2018) s.51.

⁴³ Artikel 5 i förordning (EU) 2016/679.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Skäl 47 i förordning (EU) 2016/679.

vidareutvecklas i kapitel 3 av uppsatsen. Hur intresseavvägningsregeln kan tillämpas vid marknadsföring utvecklas i kapitel 4.

Principen om ändamålsbegränsning (artikel 5.1 b i GDPR) är en av viktig princip som en näringsidkare måste beakta vid behandling av personuppgifter till ändamål för direktmarknadsföring.⁴⁶ Principen fastställer att personuppgifter endast får samlats in för särskilda, uttryckligt angivna och berättigade ändamål samt att dessa härefter inte får behandlas på något sätt som är oförenligt med det ursprungliga ändamål för vilket de samlades in.⁴⁷ Vid direktmarknadsföring måste den personuppgiftsansvarige även beakta den registrerades rimliga förväntningar på personuppgiftsbehandlingen. Rör det sig om enkla direktmarknadsföringsutskick skulle det räcka med att personuppgiftsansvarige anger att ändamålet med behandlingen är till för marknadsföring. Skulle det istället vara så att personuppgiftsbehandlingen avser att kartlägga kundernas beteende- och köpmönster behöver den personuppgiftsansvarige särskilt underrätta den registrerade om detta.⁴⁸

Uppgiftminimeringsprincipen (artikel 5.1 c i GDPR) är en annan särskilt betydelsefull princip vid marknadsföring. Denna anger att personuppgiftsbehandlingen ska vara adekvat, relevant och inte vara allt för omfattande i förhållande till de ändamål för vilka de behandlas.⁴⁹ Principen innebär med andra ord att behandlingen ska vara proportionerlig.

Förutom de principer som är fastställda i artikel 5 i GDPR spelar även proportionalitetsprincipen en viktig roll. I skäl 4 i GDPR anges:

”Behandling av personuppgifter bör utformas så att den tjänar människor. Rätten till skydd av personuppgifter är inte en absolut rättighet; den måste förstås utifrån sin uppgift i samhället och vägas mot andra rättigheter i enlighet med proportionalitetsprincipen”.⁵⁰

⁴⁶ Artikel 5.1 b i förordning (EU) 2016/679.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Frydlinger m.fl. (2018) s.181.

⁴⁹ Artikel 5.1 c i förordning (EU) 2016/679.

⁵⁰ Skäl 4 i förordning (EU) 2016/679.

Uttalandet i ingressen tar med andra ord utgångspunkt i att det inte enbart är individernas integritet som ska skyddas vid behandling av deras personuppgifter. Detta eftersom förordningen har till syfte att väga alla involverades rättigheter samt friheter mot varandra i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. Detta har samband med att rätten till skydd av personuppgifter är en grundläggande rättighet och de villkor som gäller för sådana rättigheters begränsning enligt artikel 52.1 i EU-stadgan.⁵¹ Att använda proportionalitetsprincipen som ett bedömningsredskap vid situationer där intressen, rättigheter och friheter står emot varandra är vanligt förekommande och kan tillämpas både direkt och indirekt i GDPR. Principen används som ett avvägningsverktyg i situationer där rätten till näringsfrihet och rätten till personlig integritet står mot varandra. Ett tydligt exempel på ett sådant scenario är då en intresseavvägning ska göras enligt 6.1 f i GDPR.⁵²

2.6 Sammanfattning

Detta kapitel har fokuserat på att ge en bakgrund till GDPR samt fokuserat på hur den enskilda individens rätt till skydd av personuppgifter har utvecklats genom åren. Rätten till skydd av personlig integritet är en grundläggande rättighet i unionsrätten, varje individ har rätt till respekt för grundläggande rättigheter, respekt till sitt privatliv samt rätt till skydd till sina personuppgifter. Den tekniska utvecklingen har medfört risker för människors integritet och privatliv vilket i sin tur har bidragit till lagstiftning som reglerar hur personuppgifter får behandlas. Sverige var det första land i världen som fick en lag om behandling av personuppgifter, den så kallade datorlagen. Lagen ersattes av dataskyddsdirektivet i takt när Europeiska unionen bildades, införandet av dataskyddsdirektivet medförde att de första unionsrättsliga reglerna om dataskydd trädde i kraft, medlemsländerna fick en enhetlig skyddsnivå för personuppgiftsbehandlingar och på den nationella nivån infördes personuppgiftslagen. Den 25 maj 2018 antogs den allmänna dataskyddsförordningen (GDPR) vilket resulterade i att dataskyddsdirektivet samt personuppgiftslagen upphävdes.

⁵¹ Artikel 52.1 i EU-stadgan.

⁵² Frydlinger m.fl. (2018) s. 43.

Syftet med förordningen är att skydda enskildas grundläggande rättigheter samt skapa förutsättningar för det fria flödet av personuppgifter inom unionen. GDPR uppställer flera regler och principer som måste följas vid behandling av personuppgifter. Alla principer är lika viktiga och måste beaktas men vissa kan ses vara mer viktiga beroende på vad är för typ av personuppgiftsbehandling samt vad ändamålet med behandlingen är. Principer som är särskilt viktiga vid behandling av personuppgifter till syfte för marknadsföringsändamål är principen om ändamålsbegränsning, principen om uppgiftsminimering samt principen om laglighet. I artikel 6.1 f återfinns den så kallade intresseavvägningsregeln, enligt denna regel får personuppgifter lov att behandlas till ändamål för direktmarknadsföring utan att den registrerades behöver samtycka till behandlingen. I intresseavvägningsregeln vägs aktörernas intressen mot varandra i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen, exempelvis när rätten till näringsfrihet och rätten till personlig integritet står mot varandra.

3. Rättslig grund för behandling av personuppgifter

3.1 Inledning

I detta kapitel behandlas vad som kan utgöra rättslig grund för behandling av personuppgifter. Syftet med kapitlet är i första hand att analysera vilka rättsliga grunder som kan användas i samband med marknadsföring. I uppsatsens tredje kapitel görs en fördjupad analys av den s.k. intresseavvägningsregeln och i slutet besvaras frågeställningen ” *Vilka rättsliga grunder kan användas vid behandling av personuppgifter i marknadsföringssyfte?* ”

3.2 Principen om laglighet

Personuppgifter ska enligt artikel 5.1 a i GDPR behandlas på ett lagligt, korrekt och öppet sätt i förhållande till den registrerade.⁵³ Med principen om laglighet avses att det krävs rättslig grund. Vad som anses utgöra en rättslig grund för behandling går att utläsa av artikel 6 i GDPR. I artikel 6.1 i GDPR återfinns en uttömmande lista med situationer när personuppgifter får lov att behandlas. Skulle inte en personuppgiftsansvarig behandla personuppgifterna i enlighet med någon av de villkor som är fastställda i artikel 6 i GDPR är behandlingen inte laglig och får därmed inte genomföras.⁵⁴ Med andra ord bör personuppgifterna behandlas efter samtycke från den registrerade eller i överensstämmelse med en annan rättslig grund enligt artikel 6 i GDPR.⁵⁵ Dessa behandlas närmare i nästa avsnitt.

⁵³ Artikel 5.1 a i förordning (EU) 2016/679.

⁵⁴ SOU 2017:39 s. 104.

⁵⁵ Skäl 40 i förordning (EU) 2016/679.

3.3 Rättsliga grunder för behandling av personuppgifter

3.3.1 Allmänt

I detta avsnitt utvecklas de rättsliga grunderna för behandling av personuppgifter i artikel 6.1 i GDPR samt i vilken utsträckning de kan bli relevanta i samband med behandling av personuppgifter i marknadsföringssyfte. I bestämmelsen finns sex stycken rättsliga grunder som tillåter personuppgiftsbehandlingar. Den första grunden kräver att den registrerade samtycker till att dennes personuppgifter behandlas.⁵⁶ Resterande grunder är bland annat baserade på ett nödvändighetsrekvisit.⁵⁷ Det går att se att de grunder som anges i artikel 6.1 i GDPR delvis överlappar varandra vilket i sin tur innebär att flera rättsliga grunder kan aktualiseras beträffande en och samma behandling.⁵⁸

3.3.2 Den registrerades samtycke

En av de viktigaste rättsliga grunderna vid behandling av personuppgifter för marknadsföringsändamål är den registrerades samtycke.⁵⁹ Enligt GDPR får personuppgifter behandlas om den registrerade lämnat ut sitt samtycke till att dennes personuppgifter behandlas för ett eller flera specifika ändamål.⁶⁰

Ett samtycke är ett frivilligt, specifikt, informerat samt otvetydigt medgivande från den registrerade om att denne accepterar att få sina personuppgifter behandlade, samtycke kan ges skriftligt, elektroniskt eller muntligt. Det är viktigt att ett samtycke är frivilligt, samtycke är inte frivilligt om det råder betydande ojämlikhet mellan den registrerade och den personuppgiftsansvarige. Samtycke är inte heller frivilligt om det inte framgår att separata samtycken lämnas för olika ändamål, med andra ord kan två olika behandlingar kräva två samtycken.⁶¹ Det unika med reglerna för samtycke är att den registrerade inte är bunden av sitt samtycke, den registrerade har rätt att när som helst återkalla sitt samtycke, detta eftersom lagen framställer att det ska vara lika lätt att återkalla som att ge samtycke.⁶²

⁵⁶ Artikel 6.1 a i förordning (EU) 2016/679.

⁵⁷ Artikel 6.1 b-f i förordning (EU) 2016/679.

⁵⁸ SOU 2017:39 s.104.

⁵⁹ Holtz, H.M & Ledendal, J *Överlappningen mellan datorskydd och marknadsrätt*.

⁶⁰ Artikel 6.1 a i förordning (EU) 2016/679.

⁶¹ Skäl 32 i förordning (EU) 2016/679.

⁶² Artikel 7.3 i förordning (EU) 2016/679.

Lagstiftningen ställer inget krav på att den registrerade behöver samtycka till en personuppgiftsbehandling som avser marknadsföringsändamål, den registrerade kan samtycka till behandlingen, men om denne inte samtycker kan behandlingen ändå bli gällande förutsatt att behandlingen grundar sig i personuppgiftsansvariges eller tredje mans berättigade intresse.⁶³ Om en personuppgiftsbehandling avseende marknadsföringsändamål stödjer sig på samtycke från den registrerade, så räknas inte tystnad, på förhand ikryssade rutor eller inaktivitet utgöra samtycke eftersom ett sådant samtycke betraktas som en entydig bekräftande handling.⁶⁴

3.3.3 Avtals ingående och fullgörande

I artikel 6.1 b i GDPR framgår att personuppgifter får lov att behandlas förutsatt att behandlingen är nödvändig för att fullgöra ett avtal i vilket den registrerade är part eller för att vidta åtgärder på begäran av den registrerade innan ett sådant avtal ingås.⁶⁵

Att fullgöra ett avtal eller vidta åtgärder på begäran av den registrerade innan avtalet ingås kan alltså utgöra en rättslig grund för att behandla personuppgifter. Avtalet måste dock specifikt handla om marknadsföring för att den rättsliga grunden enligt artikel 6.1 b i GDPR kunna göras gällande.⁶⁶

Om ändamålet med avtalets ingående eller fullgörande grundar sig i behandling av personuppgifter till syfte för marknadsföringsändamål kan behandlingen inte betraktas vara nödvändig. Med detta menas att det inte är nödvändigt att fullgöra avtal eller vidta åtgärder för att företag ska kunna skapa reklam och erbjudanden som baserar sig på den registrerades individuella smak och preferenser.⁶⁷

⁶³ Holtz, H.M & Ledendal, J *Överlappningen mellan datorskydd och marknadsrätt*.

⁶⁴ Skäl 32 i förordning (EU) 2016/679.

⁶⁵ Artikel 6.1 b i förordning (EU) 2016/679.

⁶⁶ Holtz, H.M & Ledendal, J *Överlappningen mellan datorskydd och marknadsrätt*.

⁶⁷ Ibid.

3.3.4 Rättslig förpliktelse, allmänt intresse och myndighetsutövning

I Artikel 6.1 c i GDPR framgår att personuppgifter får behandlas om behandlingen är nödvändig för att fullgöra en rättslig förpliktelse som åvilar den personuppgiftsansvarige.⁶⁸ I artikel 6.1 e i GDPR stadgas det att personuppgifter får behandlas om behandlingen är nödvändig för att utföra en uppgift av allmänt intresse eller som ett led i den personuppgiftsansvariges myndighetsutövning.⁶⁹

Det finns stora likheter mellan dessa två rättsliga grunder men är dessvärre inte aktuella för uppsatsens ämnesområde. Artikel 6.1 c samt 6.1 e i GDPR kommer därför av naturliga skäl lämnas åt sidan.

3.3.5 Skydd av fysiska personers grundläggande intresse

Enligt artikel 6.1 d i GDPR får personuppgifter behandlas såvida behandlingen är nödvändig för att skydda intressen som är av grundläggande betydelse för den registrerade eller för en annan fysisk person.⁷⁰

Denna grund belyser att personuppgifter får lov att behandlas om intresset är den avgörande faktorn för den registrerade eller för andra fysiska personers liv. Ett exempel skulle vara att behandlingen är nödvändig för humanitära skäl så som vid nödsituationer eller liknande.⁷¹ Det går att konstatera att denna grund knappast viktig eller relevant för uppsatsens ämnesområde, därmed lämnas mer information om denna bestämmelse åt sidan.

⁶⁸ Artikel 6.1 c i förordning (EU) 2016/679.

⁶⁹ Artikel 6.1 e i förordning (EU) 2016/679.

⁷⁰ Artikel 6.1 d i förordning (EU) 2016/679.

⁷¹ Skäl 46 i förordning (EU) 2016/679.

3.3.6 Intresseavvägningsregeln

Enligt ingressen till GDPR får personuppgifter som behandlas till syfte för marknadsföringsändamål stödjas enligt den rättsliga grund som återfinns i artikel 6.1 f i GDPR, även kallad intresseavvägningsregeln.⁷² I regeln kan man utläsa att behandlingen inte ställer något krav på att den registrerades samtycke.⁷³ Bestämmelsen uppställer dock en rad andra rekvisit som måste vara uppfyllda för att behandlingen ska kunna stödjas enligt den rättsliga grund som stadgas i artikel 6.1 f i GDPR. I bestämmelsen framgår att personuppgifter får behandlas om:

”Behandlingen är nödvändig för ändamål som rör den personuppgiftsansvariges eller en tredje parts berättigade intressen, om inte den registrerades intressen eller grundläggande rättigheter och friheter väger tyngre och kräver skydd av personuppgifter, särskilt när den registrerade är ett barn”.⁷⁴

Så som flera andra rättsliga grunder, grundar sig även denna bestämmelse i ett nödvändighetsrekvisit. Behandlingen kan alltså göras gällande utan att den registrerade behöver samtycka till behandlingen förutsatt att rekvisiten i bestämmelsen är uppfyllda. Det unika med denna bestämmelse är att proportionalitetsprincipen används som ett avvägningsverktyg när parternas intressen står mot varandra. Detta innebär att proportionalitetsprincipen avgör om den registrerades grundläggande rättigheter och friheter väger tyngre än personuppgiftsansvarige eller tredje mans berättigade intresse, eller tvärt om.⁷⁵

En mer detaljerad och omfattande redogörelse för hur dessa rekvisit ska tolkas och tillämpas vid situationer då den personuppgiftsansvarige behandlar en individs personuppgifter i samband med direktmarknadsföring presenteras i uppsatsens fjärde kapitel.

⁷² Betänkandeskäl 47 i förordning (EU) 2016/679.

⁷³ Artikel 6.1 f i förordning (EU) 2016/679.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Frydinger m.fl. (2018) s.43.

3.4 Sammanfattning och slutsatser

Det tredje kapitlet har fokuserat på att redogöra för principen om laglighet samt betonat att principen har en viktig och central roll för hur och när personuppgifter får behandlas. Fokus har även riktats åt vilka rättsliga grunder som uppställs i GDPR. De rättsliga grunder som uppställs i förordningen är personuppgiftsbehandlaren skyldig att förhålla sig till, om denne inte gör det förblir inte behandlingen laglig. Det är även betydelsefullt att understryka att varje individ har rätt till skydd av sina personuppgifter men att dessa uppgifter kan inte helt och hållet skyddas från behandling. Med andra ord får personuppgifterna behandlas såvida behandlingen kan stödjas enligt någon utav de sex villkor i artikel 6 i GDPR.

Den första rättsliga grunden ställer krav på att den registrerade behöver samtycka till behandlingen medan resterande rättsliga grunder baserar sig på ett nödvändighetsrekvisit. Flera av de rättsliga grunderna som framställs i artikel 6 i GDPR har likheter, vilket i sin tur innebär att flera av dem kan aktualiseras i en och samma behandling. Personuppgiftsbehandlingar till ändamål för direktmarknadsföring kan stödjas i enlighet med den så kallade intresseavvägningsregeln i artikel 6.1 f i GDPR. Bestämmelsen ställer inte något krav på den registrerade behöver samtycka till personuppgiftsbehandlingen, men behandlingen kan ändå göras gällande. Artikel 6.1 f i GDPR är en intresseavvägningsregel som grundar sig i proportionalitetsprincipen. Aktörernas intressen vägs mot varandra och proportionalitetsprincipen används som ett avvägningsverktyg för att bedöma om personuppgiftsansvarige eller tredje mans berättigade intresse väger över den registrerades intressen eller grundläggande fri- och rättigheter. Skulle fallet visa sig vara så, resulterar det i att personuppgifterna får lov att behandlas.

Personuppgiftsbehandlingar till ändamål för direktmarknadsföring kan möjligtvis stödjas i enlighet med artikel 6.1 b i GDPR, men då måste ändamålet med avtalet avse marknadsföring och inte något annat. Det kan anses vara svårt för en näringsidkare att förlita sig på denna regel då den kan betraktas som någorlunda osäker gällande marknadsföring.

4. Intresseavvägningsregeln och marknadsföring

4.1 Inledning

Syftet med detta kapitel är att besvara frågeställningen ”*Vilka villkor ska vara uppfyllda för att intresseavvägningsregeln ska kunna användas som grund för behandling av personuppgifter i marknadsföringssyfte?*” Med andra ord fokuserar detta kapitel på att redogöra för den s.k. intresseavvägningsregeln och när denna kan användas som rättslig grund för behandling av personuppgifter för marknadsföringsändamål.

4.2 Intresseavvägningsregeln

4.2.1 Allmänt

I artikel 6.1 f GDPR fastställs det att behandling av personuppgifter endast är laglig om:

”Behandlingen är nödvändig för ändamål som rör den personuppgiftsansvariges eller en tredje parts berättigade intressen, om inte den registrerades intressen eller grundläggande rättigheter och friheter väger tyngre och kräver skydd av personuppgifter, särskilt när den registrerade är ett barn”⁷⁶

EU-domstolen har fastställt att intresseavvägningen i 6.1 f GDPR består av *tre* kumulativa rekvisit som måste vara uppfyllda för att behandling av personuppgifter ska vara tillåten. Det första rekvisitet är att personuppgiftsansvarige eller tredje man har ett *berättigat intresse*, det andra rekvisitet som ska vara uppfyllt är att personuppgiftsbehandlingen är *nödvändig* för att skydda det berättigade intresset, det sista rekvisitet som ska vara uppfyllt är att den registrerades grundläggande fri- och rättigheter *inte väger tyngre* än den personuppgiftsansvariges eller tredje mans berättigade intresse.⁷⁷ Domstolen poängterar även att då den registrerade inte lämnat samtycke för behandling uppställs ytterligare krav på att bedömningen är beroende av de

⁷⁶ Artikel 6.1 f i förordning (EU) 2016/679.

⁷⁷ C-13/16 p.28.

konkreta omständigheterna i varje enskilt fall.⁷⁸ Domstolen anger även att när den registrerades uppgifter inte tidigare varit tillgängliga för allmänheten utgör det en allvarigare kränkning av den registrerades personliga integritet.⁷⁹

4.2.2 Nödvändighet

För att en behandling ska vara tillåten enligt artikel 6.1 f i GDPR måste den vara nödvändig. Vad som anses vara nödvändigt kan vara svårtolkat eftersom ordalydelsen kan låta strikt i många hänseenden. Enligt förarbetena till dataskyddslagen kan behandling av personuppgift vara tillåten om den är nödvändig för att utföra en uppgift som grundar sig i ett allmänt intresse. I propositionen anges även att nödvändighetsrekvisitet ska tolkas enligt den praxis som fastställts när EU-domstolen har tolkat artikel 7 dataskyddsdirektivet som i sin tur ligger till grund för 10 f § personuppgiftslagen. EU-domstolens bedömning från mål C-524/06 Huber anses utgöra sådan praxis för hur nödvändighetsrekvisitet ska tolkas.⁸⁰

Mål C-524/06 handlade om att en österrikisk medborgare hade fått sina personuppgifter behandlade i en regional databas i Tyskland. Den regionala databasen kunde i sin tur konsulteras av olika offentliga och privata organ. Databasen innehöll uppgifter från personer som sökte uppehållstillstånd i Tyskland.⁸¹ Mannen ville dock att hans personuppgifter skulle strykas från registret för att han ansåg att behandlingen var diskriminerande därför att det inte fanns en liknande databas över tyska medborgare.⁸² EU-domstolen kom fram till att den regionala databasen var ett centraliserat register eftersom det kunde konsulteras av olika privata och offentliga organ. En sådan centralisering kunde vara nödvändig eftersom den kunde bidra till effektiviseringen av uppehållstillståndsfrågan. EU-domstolen ansåg därmed att behandlingen av personuppgifterna vara nödvändig.⁸³

⁷⁸ C-486/10 p.39.

⁷⁹ C-468/10 p.45.

⁸⁰ Prop 2017/18:105 s.46.

⁸¹ C-524/06 p.2.

⁸² C-524/06 p.32.

⁸³ C-524/06 p.53.

4.2.3 Berättigat intresse

Artikel 29-gruppens yttrande om vad som bedöms utgöra ett berättigat intresse omfattar ett brett spektrum av intressen som sträcker sig från ett helt obetydligt intresse till ett mycket övergripande intresse samt från ett enkelt intresse till ett mer kontroversiellt intresse. Den personuppgiftsansvariges eller tredje mans intresse måste därför analyseras och avvägas mot den registrerades intressen och grundläggande rättigheter i ett så kallat avvägningstest för att det ska gå att bedöma om personuppgifterna får lov att behandlas eller ej.⁸⁴

Det är viktigt att poängtera att den personuppgiftsansvarige eller tredje parts berättigade intresse enbart är ett utgångsläge och en av de flera faktorer som måste analyseras för att kunna få svar på om behandlingen omfattas av en rättslig grund. Detta innebär i sin tur att den personuppgiftsansvarige eller tredje part inte alla gånger kan åberopa intresseavvägningen i artikel 6.1 f GDPR så snart denne påstår sig ha ett berättigat intresse. Det krävs alltså en djupare bedömning för att påvisa om så är fallet.⁸⁵ EU-domstolen har konstaterat att en behandling som omfattas av ett berättigat intresse, för det första ska grunda sig på ett faktiskt intresse vid den tidpunkt som personuppgiftsbehandlingen ägde rum. Det ska alltså inte röra sig om ett hypotetiskt intresse vid den nämnda tidpunkten.⁸⁶ Bedömningen för om en behandling omfattas av ett berättigat intresse kan även skilja sig åt när personuppgiftsansvariges eller tredje parts berättigade intresse är mindre viktigt och inte särskilt tvingade respektive när det berättigade intresset är viktigare och tvingande. Att den personuppgiftsansvariges eller tredje parts berättigade intresse är mindre viktigt och inte särskilt tvingande kan tala för att den registrerades intressen och rättigheter väger tyngre än den personuppgiftsansvariges eller tredje mans intresse.⁸⁷

Av det ovannämnda framgår att det inte finns någon exakt definition av vad som kan anses utgöra ett berättigat intresse. För att avgöra om den personuppgiftsansvarige eller tredje part har ett berättigat intresse måste det ske en bedömning i varje enskilt fall. Lagstiftaren har dock gett exempel på vissa situationer i ingressen till GDPR där behandling av personuppgifter kan utgöra ett berättigat intresse. I denna nämns det att det kan föreligga ett berättigat intresse för behandling av personuppgifter om aktörernas förhållande till varandra är relevant och lämpligt.

⁸⁴ Artikel 29-gruppen (WP 217) s.26.

⁸⁵ A.a. s.27.

⁸⁶ C-708/18 p.44.

⁸⁷ Artikel 29-gruppen (WP 217) s.32.

Ett sådant förhållande skulle kunna vara om den registrerade är kund eller anställd hos den personuppgiftsansvarige. Det framgår även att behandling av personuppgifter för direktmarknadsföring kan betraktas som ett berättigat intresse.⁸⁸

4.2.4 Avvägningstestet

Proportionalitetsprincipen används som ett avvägningsverktyg i det så kallade avvägningstestet för att kunna avgöra om den personuppgiftsansvariges eller tredje parts berättigade intresse väger tyngre än den registrerades intresse eller grundläggande rättigheter.⁸⁹ Såsom tidigare nämnts krävs det att aktörernas olika intressen identifieras för att de sedan ska kunna vägas mot varandra i enlighet med de riktlinjer som erhålls i avvägningstestet.⁹⁰

Artikel 29-gruppen har poängterat att avvägningstestet är ett komplext test eftersom flera faktorer måste bedömas och analyseras. Med andra ord rör det sig inte om ett enkelt test där två lätt mätbara värden ska vägas mot varandra.⁹¹ Arbetsgruppen skriver i sitt yttrande att fyra faktorer måste beaktas i avvägningstestet. Den första faktorn är att den personuppgiftsansvariges intresse ska bedömas, den andra är att konsekvenserna för den registrerade ska beaktas, den tredje faktorn är att det ska göras en preliminär avvägning och den fjärde och sista faktorn är att bedöma vilka skyddsåtgärder som vidtagits av den registreringsansvarige för att förhindra olämpliga konsekvenser för den registrerade.⁹²

Avvägningstestet ska till en början utgå från att bedöma vad som är den personuppgiftsansvariges berättigade intresse för behandling av den registrerades personuppgifter. I detta hänseende ska det även ske en bedömning av vilka konsekvenser den registrerade kan drabbas av om dennes intresse eller rättigheter inte väger tyngre än den personansvariges berättigade intresse.⁹³ Samtidigt beaktas även om den personuppgiftsansvarige vidtagit några skyddshetsåtgärder samt andra åtgärder för att motverka ingrepp i den registrerades integritet eller andra negativa konsekvenser som kan uppstå till följd av personuppgiftsbehandlingen.⁹⁴ Analysen måste dessutom under alla omständigheter ske i enlighet med en mycket noggrann bedömning som grundar sig på huruvida den registrerade,

⁸⁸ Skäl 47 i förordning (EU) 2016/679.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Artikel 29-gruppen (WP 217) s.32.

⁹¹ Ibid. s.25.

⁹² Ibid. s.35.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid. s.3.

vid den tidpunkt dennes personuppgifter inhämtades rimligen kunde förvänta sig att en personuppgiftsbehandling skulle komma ske för det angivna ändamålet.⁹⁵ Med andra ord är principen för ändamålsbegränsning både central och viktig att beakta vid avvägningstestet.⁹⁶

Vad som kan ses som den avgörande faktorn för om personuppgifterna får behandlas eller ej är vilka konsekvenser behandlingen skulle ha på den registrerades grundläggande fri- och rättigheter. När detta bedöms beaktas potentiella eller faktiska konsekvenser som både ses ur ett positivt och ett negativt perspektiv.⁹⁷ Arbetsgruppen understryker bland annat att ju känsligare personuppgifterna är desto mer påverkas den registrerade och konsekvenserna blir i sin tur större. Ibland kan även känsliga personuppgifter leda till felaktiga prognoser som rör individens beteende eller personlighet.⁹⁸ Det är därför viktigt att granska om personuppgiftsbehandlingen består av känsliga uppgifter. En uppräknning av sådana uppgifter återfinns i artikel 9 i GDPR.⁹⁹ Enligt huvudregeln är behandling av känsliga uppgifter förbjuden, dock anges några undantag som gör det möjligt att behandla känsliga uppgifter.¹⁰⁰ Den registrerades samtycke är ett av de undantag som möjliggör en behandling.¹⁰¹ Vad som kan bli känslomässiga följder för den registrerade är även något som beaktas i konsekvensbedömningen. Sådana följder är bland annat irritation, rädsla och stress över att den registrerade förlorar kontrollen över sina personuppgifter. Arbetsgruppen understryker att en konsekvensbedömning ska ske vidsträckt, eftersom begreppet konsekvens kan ses ur olika perspektiv och kan få olika konsekvenser för individen.¹⁰²

4.3 Begreppet direktmarknadsföring

I GDPR definieras inte begreppet direktmarknadsföring.¹⁰³ Enligt Utredningen om ett reklamlandskap i förändring, är direktmarknadsföring sådan reklam eller sådana erbjudanden som nås direkt av en mottagare.¹⁰⁴ Det är vanligt att företag riktar marknadsföring till fysiska

⁹⁵ Skäl 47 i förordning (EU) 2016/679.

⁹⁶ Se avsnitt 2.5.

⁹⁷ Artikel 29-gruppen (WP 217) s.39.

⁹⁸ Ibid. s. 42.

⁹⁹ Artikel 9.1 i förordning (EU) 2016/679.

¹⁰⁰ Artikel 9.2 i förordning (EU) 2016/679.

¹⁰¹ Artikel 9.2 a i förordning (EU) 2016/679.

¹⁰² Artikel 29-gruppen (WP 217) s.39.

¹⁰³ Fouslam m.fl. (2018) s.102.

¹⁰⁴ SOU 2018:1 s.185.

personer genom brev, e-post, sms, mms eller andra relevanta kommunikationsmedel. Reklamen kan å ena sidan vara adresserad samt å andra sidan oadresserad. Marknadsföringen som skickas till mottagaren utgår ofta från något tillgängligt register för att den ska kunna nå ut till rätt målgrupp.¹⁰⁵

Med hjälp av elektroniska spår eller personuppgifter kan företag skapa personifierad marknadsföring.¹⁰⁶ Individerna kan å ena sidan ha lämnat ifrån sig uppgifterna medvetet eller å andra sidan inte varit medvetna om att deras personuppgifter har lämnats av dem.¹⁰⁷ Man talar bland annat om att elektroniska spår skapas, eller personuppgifter lämnas kvar av individer när dessa genomför köp online, efterfrågar produkter eller tjänster med hjälp av sökmotorer samt vid användning av mobiltelefoner eller andra likartade smarta enheter.¹⁰⁸ Med hjälp av de efterlämnade spåren kan företag i sin tur segmentera marknaden för att sedan skapa individbaserad marknadsföring.¹⁰⁹

För att en näringsidkare ska kunna få lov att behandla personuppgifter för direktmarknadsföringändamål måste det ske i enlighet med en rättlig grund som anges i artikel 6 i GDPR.¹¹⁰ Den så kallade intresseavvägningensregeln i artikel 6.1 f i GDPR ger ett företag möjlighet att behandla personuppgifter för direktmarknadsföring utan att den registrerade behöver samtycka till behandlingen.¹¹¹ Detta förutsätter dock att rekvisiten i bestämmelsen är uppfyllda.

4.4 Intresseavvägningens regelns tillämpning i rättspraxis

4.4.1 Allmänt

I detta avsnitt är det precis som i avsnitt 2.1 värt att nämna att innan GDPR antogs, kunde en personuppgiftsbehandling som grundade sig på ett berättigat intresse från den personuppgiftsansvarige eller tredje part stödjas på 10 f § personuppgiftslagen, som genomförde artikel 7 i dataskyddsdirektivet. Idag är bestämmelsen i stort sett ersatt av artikel 6.1 f GDPR. Att detta är värt att nämna beror på att i detta avsnitt kommer redogöras för

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Artikel 29-gruppen (WP 217) s.5.

¹⁰⁷ SOU 2018:1 s.197.

¹⁰⁸ Artikel 29-gruppen (WP 217) s.5.

¹⁰⁹ SOU 2018:1 s.197.

¹¹⁰ Artikel 6.1 i förordning (EU) 2016/679.

¹¹¹ Skäl 47 i förordning (EU) 2016/679.

rättspraxis där Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) samt EU-domstolen har tagit upp rättsfrågan ”huruvida personuppgiftsbehandling kan utgå från en sådan rättslig grund som anges i 10 f § personuppgiftslagen”. Omständigheterna i målen har dels grundat sig i företags kommersiella intresse vilket innefattar direktmarknadsföring av produkter och tjänster till individer, men även andra omständigheter som inte har någon direkt relevans för uppsatsens ämne men som ändå kan vara vägledande.

I avsnitt 4.3 definierades begreppet direktmarknadsföring samt redogjordes för hur företag kan nå ut till individer med hjälp av sådan direktmarknadsföring. I avsnittet angavs även att rekvisiten i artikel 6.1 f i GDPR skulle vara uppfyllda för att en näringsidkare ska få lov att behandla personuppgifter i samband med direktmarknadsföring utan den registrerades medgivande. Huruvida ett företags kommersiella intresse att behandla personuppgifter i detta syfte väger tyngre än den registrerades intressen eller grundläggande fri- och rättigheter kan vara svårt att svara på utan att beakta vägledande praxis. Sedan GDPR antogs har det inte skett någon konkret vägledning för det aktuella ämnet. Därför är det relevant att beakta praxis från tidigare lagstiftning, det vill säga vägledande domar som har baserat sig på 10 f § i personuppgiftslagen.¹¹²

4.4.2 RÅ 2002 ref. 54

RÅ 2002 ref. 54 kan ses som ett vägledande prejudikat för det aktuella ämnet eftersom frågan i målet handlar om huruvida ett företags kommersiella intresse av att behandla personuppgifter i direktmarknadsföringssyfte kan väga tyngre än de registrerades intressen samt grundläggande fri- och rättigheter.¹¹³

Mecenat AB (Mecenat) begärde att Centrala studiestödsnämnden (CSN) skulle lämna ut utdrag ur sitt register på personer som studerade på universitet- och högskolenivå. Utdraget skulle innehålla de studerandes namn, adress samt postadress. Syftet med att Mecenat begärde ut personuppgifter från CSN:s register grundade sig i att Mecenat skulle ta fram ett rabattkort för att kunna förmedla olika företags produkter och tjänster till studenterna. CSN avslag Mecenats begäran och menade att studerandes intresse av skydd för den personliga integriteten övervägde Mecenats kommersiella intresse. Mecenat överklagade till Regeringsrätten och yrkade att

¹¹² Se avsnitt 2.1.

¹¹³ RÅ 2002 ref 54.

studenterna inte skulle utsättas för kontinuerlig direktreklam, utan bara nås av sådan marknadsföring en gång per termin samt att direktmarknadsföringen skulle medföra nytta och förmåner snarare än en kränkning av den personliga integriteten. Domstolen konstaterade att behandlingen av personuppgifterna ansågs vara nödvändig för att kunna distribuera studentkortet samt att ändamålet med att rikta erbjudanden och rabatter till studenterna kunde utgöras av ett berättigat intresse från Mecenats sida. Domstolen konstaterade vidare att marknadsföringen var tillåten om bolagets kommersiella intresse vägde tyngre än studenternas ideella intresse av att ha sina personuppgifter för sig själva. Domstolen ansåg även att personuppgifterna som behandlades inte var särskilt integritetskänsliga, att marknadsföringen var relativt återhållsam eftersom studenterna endast skulle nås av marknadsföringen en gång per termin samt att den ansågs medföra nytta för studenterna. Domstolen tog även hänsyn till att de registrerade hade en ovillkorlig rätt till att när som helst kunna motsätta sig till att dennes personuppgifter behandlades. Domstolen slog fast att Mecenats kommersiella intresse vägde tyngre än studenternas personliga integritet, behandlingen var därför tillåten.¹¹⁴

4.4.3 RÅ 2008 ref. 83

RÅ 2008 ref. 83 är ett annat avgörande som är intressant att beakta. Omständigheterna i målet utgår inte från ett marknadsföringsperspektiv men huvudfrågan i fallet är ändå att anse som väsentlig och vägledande för uppsatsens ämne. Huvudfrågan i målet var om det var tillåtet att behandla personuppgifter utan den registrerades samtycke. I målet riktades särskild uppmärksamhet åt behandling av känsliga personuppgifter. Behandling av känsliga uppgifter är viktigt att beakta i denna uppsats eftersom det kan vara betydelsefullt samt avgörande för bedömningen.¹¹⁵

Det aktuella fallet handlade om att en gymnasieskola i Uddevalla kommun behandlade biometriska data i form av fingeravtrycksläsning för att identifiera vilka elever som fick äta mat som serverades i skolans matsal. Detta gjorde skolan för att de skulle få möjlighet att förhindra att obehöriga personer åt i skolmatsalen. Uppgifterna samlades in genom fingeravtryck, uppgifterna lagrades sedan i en dator där enbart utsedda personer hade tillgång till systemet. Datainspektionen inledde tillsyn mot Barn- och utbildningsnämnden i Uddevalla kommun

¹¹⁴ RÅ 2002 ref 54.

¹¹⁵ RÅ 2008 ref 83.

eftersom tillsynsmyndigheten ansåg att de biometriska uppgifterna innehöll fler uppgifter än vad som ansågs vara nödvändigt för identifiering i det aktuella fallet. Datainspektionen menade att sådana uppgifter kunde utgöra intrång i den personliga integriteten. Med andra ord menade datainspektionen att kommunen kunde kontrollera vem som fick äta i skolans matsal på ett mindre ingripande sätt. Målet togs upp i Regeringsrätten där domstolen ogillade datainspektionens talan och frågan i målet blev istället huruvida behandlingen av personuppgifterna var nödvändig för det ändamål som rörde den personuppgiftsansvariges berättigade intresse såvida inte de registrerades integritetsintressen vägde tyngre enligt 10 f § personuppgiftslagen. Domstolen kom fram till att behandlingen av de biometriska uppgifterna ansågs utgöra känslig information vilket betraktades som integritetskränkande och därmed krävdes samtycke för behandlingen. I enlighet med domstolens anförande vägde elevernas integritetsintresse tyngre än kommunens kontrollintresse.¹¹⁶

En rådman som var skiljaktig anförde att det inte alls rörde sig om några känsliga uppgifter snarare att uppgifterna var skäligen harmlösa, rådmannen anförde även att en välfungerande samhällsorganisation alltid kommer orsaka intrång i enskilda individers personliga integritet. Han anförde vidare att man borde reda ut vad som är en kränkning av den personliga integriteten och vad som inte är det samtligt som man måste beakta i vilket sammanhang uppgifterna förekom, för vilket syfte de behandlades, vilken spridning de hade fått eller riskerar att få och vad personuppgiftsbehandlingen kan medföra i framtiden.¹¹⁷

4.4.4 Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD

Det råder brist på rättspraxis från EU-domstolen när personuppgifter kan behandlas i samband med direktmarknadsföring utan att den registrerade behöver samtycka till personuppgiftsbehandlingen. År 2011 tog EU-domstolen i de förenade målen C-468/10 och C-469/10 ANSEF upp intresseavvägningsregelns innebörd och hur denna regeln skulle användas i praktiken.

ANSEF och FECEMD gjorde gällande att spansk rätt inte genomfört artikel 7 f i dataskyddsdirektivet i enlighet med unionsrätten. Enligt spansk rätt fick personuppgifter behandlas utan den registrerades samtycke förutsatt att det fanns ett berättigat intresse samt att

¹¹⁶ RÅ 2008 ref 83.

¹¹⁷ RÅ 2008 ref 83.

personuppgifterna återfanns i källor som var tillgängliga för allmänheten.¹¹⁸ Parterna väckte talan för att få reda på om en medlemsstat fick föreskriva ytterligare villkor utöver de rekvisit som återfinns i artikel 7 f i direktivet.¹¹⁹

Den nationella domstolen var tveksam till om deras tolkning överensstämde med unionslagstiftarens vilja och ställde därför en tolkningsfråga till EU-domstolen för att få klarhet huruvida artikel 7 f i dataskyddsdirektivet skulle tolkas på så sätt att den medförde hinder för den i målet aktuella nationella lagstiftningen. Det vill säga när behandling av personuppgifter är nödvändigt för att tillgodose berättigade intressen hos registeransvarige eller tredje part, utan att den registrerade har lämnat samtycke till behandlingen.¹²⁰

Domstolen kom fram till att artikel 7 f i direktivet skulle tolkas på ett sådant sätt att den utgjorde hinder för sådan nationell lagstiftning. Detta för att skillnaden mellan de nationella lagar som var tillämpliga på personuppgiftsbehandlingar kunde ha negativ påverkan på den inre marknaden.¹²¹ Att skyddsnivån avseende personers fri- och rättigheter gällande behandling av personuppgifter var densamma i alla medlemsländer och att direktivet garanterar en hög skyddsnivå för varje individ.¹²² Vidare anfördes att medlemsstaterna inte heller fick föreskriva ytterligare rättsliga grunder eller utvidga de befintliga rättsgrundernas räckvidd.¹²³

Domstolen poängterade dock att det var viktigt att beakta att den registrerade kunde kränkas av behandlingen oavsett om dennes uppgifter fanns i källor tillgängliga för allmänheten eller inte. Behandlades sådana uppgifter som fanns i källor som inte var tillgängliga för allmänheten kunde det anses vara kränkande för den registrerade.¹²⁴ Domstolen anförde vidare att det var nödvändigt att bedöma i varje enskilt fall. Med andra ord skulle det ske en avvägning mellan intressen och rättigheter för varje personuppgiftsbehandling.¹²⁵

Domstolen kom slutligen fram till att artikel 7 f i dataskyddsdirektivet utgjorde hinder för att en medlemsstat skulle kunna utesluta att behandla vissa typer av personuppgifter, utan att göra en avvägning för rättigheterna samt intressena i varje enskilt fall.¹²⁶ Artikel 7 f i direktivet skulle

¹¹⁸ Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD p.17.

¹¹⁹ Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD p.17.

¹²⁰ Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD p. 24.

¹²¹ Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD p.27.

¹²² Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD p.28.

¹²³ Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD p.32.

¹²⁴ Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD p.45.

¹²⁵ Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD p.48.

¹²⁶ Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD p.48.

alltså tolkas på ett sätt som utgjorde hinder för nationell lagstiftning så som när behandling av personuppgifter är nödvändigt för att främja personuppgiftsansvarige eller tredje mans berättigade intresse utan den registrerades samtycke. Detta förutsätter dock att den registrerades grundläggande fri- och rättigheter inte åsidosätts. Det var vid denna bedömning inte uteslutet att beakta om personuppgifterna finns i källor som är tillgängliga för allmänheten.¹²⁷

4.4.5 C-40/17 Fashion ID

Mål C-40/17 Fashion ID behandlar till viss mån det aktuella ämnesområdet och fokuserar på att förklara när en personuppgiftsansvarig kan ha ett ”berättigat intresse”. Nätbutiken Fashion ID GmbH & Co. (Fashion ID) hade integrerat sin webbplats med Facebooks Irlands (Facebook) gilla-knapp. Funktionen medförde att varje användares IP-adress och webbläsarsträng skickades till Facebook så fort användaren besökte Fashion ID:s webbplats, oavsett om användaren klickade på knappen eller inte. Fashion ID menade att de inte hade möjlighet att påverka personuppgiftsbehandlingen eftersom de inte orsakade översändningen av uppgifterna, men ansåg istället att de hade inflytande över behandlingen.¹²⁸ Verbraucherzentrale NRW e.V, en tysk konsumentskyddsorganisation, menade att förfarandet stred mot dataskyddslagstiftningen och organisationen ansökte därför om föreläggande mot Fashion ID.¹²⁹

I målet ställde den nationella domstolen två tolkningsfrågor, den första frågan fokuserade på om en konsumentskyddsorganisation kunde väcka talan i ett personuppgiftsmål. Den andra frågan, som är särskilt viktig för uppsatsens ämnesområde handlade om vem av de inblandandes berättigade intressen som var avgörande enligt intresseavvägningsregeln i artikel 7 f i dataskyddsdirektivet. Med andra ord handlade den andra tolkningsfrågan till viss del om när en uppgiftsbehandling kunde tillåtas utan samtycke från den registrerade.¹³⁰

EU-domstolen hänvisade till sin dom i Google Spain-målet när de skulle besvara den andra tolkningsfrågan. I domslutet framgick att de berättigade intressen som skulle beaktas var de som tillkom den som var personuppgiftsansvarig samt de tredje parter som personuppgifterna hade översänts till. Domstolen menade att Fashion ID samt Facebook var gemensamt

¹²⁷ Förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD p.94.

¹²⁸ C- 40/17 p.51.

¹²⁹ C- 40/17 p.1-2.

¹³⁰ C- 40/17 p.21.

personuppgiftsansvariga eftersom båda parter hade gjort den aktuella behandlingen möjlig.¹³¹ Domstolen poängterade även att det i artikel 7 f i dataskyddsdirektivet föreskrevs tre kumulativa rekvisit för att en personuppgiftsbehandling skulle bli gällande.¹³² Vidare uppmärksammades att det saknades en entydig definition för vad som utgjorde ett berättigat intresse. Domstolen konstaterade att begreppet kunde tolkas relativt brett och för varje enskilt fall.¹³³ I enlighet med de anförda grunderna kom domstolen fram till att marknadsföring eller reklam kunde utgöra ett berättigat intresse, men att det fortfarande inte kunde anses vara helt tydligt eftersom det inte fanns några mer specifika upplysningar i det anförda målet.¹³⁴

4.5 Sammanfattning och slutsatser

Detta kapitel har ägnats åt att besvara frågeställningen; *''Vilka villkor ska vara uppfyllda för att intresseavvägningsregeln ska kunna användas som grund för behandling av personuppgifter i marknadsföringssyfte?''* Sammanfattningsvis består artikel 6.1 f i GDPR av tre kumulativa rekvisit som måste vara uppfyllda för att en personuppgiftsbehandling ska vara tillåten. Rekvisiten som presenterades i avsnittet är följande: krav på *nödvändighet* och ett *berättigat intresse* samt att *den registrerades intresse eller grundläggande rättigheter inte väger tyngre än den personuppgiftsansvariges eller tredje parts berättigade intresse*.

Det går att konstatera att det inte alla gånger är lätt att fastställa om en näringsidkare har ett berättigat intresse för personuppgiftsbehandling. För att få reda på om näringsidkaren har ett berättigat intresse måste varje enskilt fall bedömas var för sig. Aktörernas intressen ska vägas mot varandra i ett avvägningstest i enlighet med proportionalitetsprincipen. I avvägningstestet beaktas även en mängd andra faktorer som har en avgörande betydelse för om personuppgifterna får behandlas eller ej. Vad som anses vara den mest avgörande faktorn är vilka konsekvenser behandlingen skulle ha för den registrerades grundläggande fri-och rättigheter, ju känsligare uppgifter som behandlas desto större konsekvenser menar Artikel 29-gruppen. För personuppgifter som behandlas för direktmarknadsföring beaktas även om den

¹³¹ C- 40/17 p.119.

¹³² C- 40/17 p.121.

¹³³ C- 40/17 p.122.

¹³⁴ C- 40/17 p.123.

registrerade rimligen kunde förvänta sig att en personuppgiftsbehandling ska komma ske för det specifika ändamålet.

I de förenade målen C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD kom EU-domstolen fram till att personuppgifter fick behandlas om behandlingen var nödvändig för ändamål som avsåg den personuppgiftsansvarige eller tredje mans berättigande intresse i de fall då den registrerade inte samtyckt till behandlingen. Personuppgiftsbehandlingen får däremot inte medföra att den registrerade får sina grundläggande fri- och rättigheter åsidosatta. Det var här inte uteslutet att beakta om personuppgifterna hämtats ur källor som är tillgängliga för allmänheten. Det är alltså väldigt viktigt att respektera den registrerades grundläggande fri och rättigheter, att inte behandla uppgifter som inte är tillgängliga för allmänheten kan vara ett sätt att skydda den enskilda individen. Att behandla uppgifter som är tillgängliga för allmänheten kan inte tyckas vara lika kränkande, det är dock viktigt att ta hänsyn till att det ska ske en bedömning i varje enskilt fall eftersom omständigheterna i varje enskilt fall ser annorlunda ut vilket kan påverka uppgifternas känslighet. I det anförda målet menade EU-domstolen menade att personuppgiftsbehandlaren eller tredje man inte kunde anses ha ett berättigat intresse eftersom uppgifterna var känsliga. I mål C-40/17 Fashion ID kom EU-domstolen fram till att begreppet inte hade en tydlig definition och kunde tolkas brett och att en personuppgiftsansvarig eller tredje part kunde ha ett berättigat intresse att behandla personuppgifter för marknadsföringsändamål.

I RÅ 2002 ref. 54 var inte personuppgifterna särskilt integritetskänsliga och därmed kunde det kommersiella intresset väga tyngre än de registrerades intressen samt grundläggande fri- och rättigheter. Behandlingen kunde därmed stödjas på en intresseavvägning. I RÅ 2008 ref. 83 fastslog domstolen däremot att personuppgiftsbehandlingen innehöll känsliga personuppgifter och därmed kunde inte det berättigade intresset väga tyngre än de enskilda individernas intressen samt grundläggande fri- och rättigheter. Domstolen slog därmed fast att personuppgiftsbehandlingen inte kunde stödjas på intresseavvägning.

Att känsliga uppgifter inte får behandlas utan samtycke har redan konstaterats. Det går dock att ifrågasätta om vissa personuppgifter kan anses vara mer känsliga än andra, eller åtminstone om omständigheterna i varje enskilt fall kan ge upphov till att uppgifterna kan betraktas som mer känsliga. För att behandla personuppgifter för direktmarknadsföringsändamål ska de tre kumulativa rekvisiten i bestämmelsen vara uppfyllda, men det är viktigt att beakta att alla uppgifter inte kan behandlas då det måste ske en bedömning i varje enskilt fall.

5. Sammanfattning och slutsatser

Syftet med denna uppsats har varit att analysera och diskutera när det är tillåtet att behandla personuppgifter för direktmarknadsföring utan att den registrerade behöver samtycka till personuppgiftsbehandlingen enligt artikel 6.1 f i GDPR. Detta för att sedan kunna undersöka var den hårfina gränsen för sådan laglig behandling enligt bestämmelsen går för att inte inkräkta på den enskilda individens personliga integritet.

För att en personuppgiftsbehandling ska vara tillåten i samband med direktmarknadsföring enligt artikel 6.1 f i GDPR måste de tre kumulativa rekvisiten i bestämmelsen vara uppfyllda. Bestämmelsen ställer krav på att personuppgiftsbehandlingen måste vara nödvändig för ändamål som rör den personuppgiftsansvarige eller tredje mans berättigade intresse förutsatt att inte den registrerades intresse eller grundläggande fri- och rättigheter väger tyngre.

Vad som anses utgöra ett berättigat intresse kan dock vara svårt att bedöma eftersom det krävs en djupgående granskning i varje enskilt fall i enlighet med ett avvägningstest. I testet vägs aktörernas intressen mot varandra utifrån proportionalitetsprincipen. Flera faktorer måste beaktas i avvägningstestet. I samband med behandling av personuppgifter som är till för direktmarknadsföring är det extra viktigt att beakta vad den registrerade kan drabbas av för konsekvenser till följd av behandlingen samt om den registrerade rimligen kunde förvänta sig att en personuppgiftsbehandling skulle komma ske för det bestämda ändamålet. Förutom att de ovannämnda rekvisiten måste vara uppfyllda, måste även den personuppgiftsansvarige förhålla sig till vissa principer när denne behandlar personuppgifter. Ur ett marknadsföringsperspektiv är principen om ändamålsbegränsning och uppgiftminimeringsprincipen viktigast att den personuppgiftsansvarig förhåller sig till.

Det går att fråga sig var den hårfina gränsen går för att inte inkräkta på enskilda individers integritet när personuppgifter behandlas för direktmarknadsföring. Till att börja med kan man fastställa att sådana känsliga personuppgifter som framgår i artikel 9 i GDPR inte får behandlas. Att den lista anses vara uttömmande när personuppgifter behandlas för direktmarknadsföring går att ifrågasätta. Detta eftersom vissa personuppgifter som i vanliga fall inte betraktas som

känsliga mycket väl kan ses som känsliga när de behandlas för direktmarknadsföring. Som nämnts råder det brist på vägledning samt praxis för det aktuella ämnet. Med hjälp av riktlinjer från Artikel 29-gruppen samt den ovan redovisade praxisen ska bedömningen bl.a. utgå från om den registrerade rimligen kunde förvänta sig att personuppgiftsbehandlingen skulle komma ske för det särskilda ändamålet samt vad den kan tänkas få för konsekvenser för den registrerades grundläggande fri- och rättigheter.

Att den enskilda individen får sina personuppgifter behandlade för direktmarknadsföring på elektronisk väg får i stort sett anses allmänt accepterat. Med andra ord får en enskild individ rimligen förvänta sig att nås av reklam och erbjudanden, men omständigheterna måste beaktas och bedömas i varje enskilt fall. I Target-fallet, som nämndes inledningsvis, var omständigheterna ganska påtagliga för kvinnan, men hade kanske inte varit det om hon var i slutet på sin graviditet. Det är helt enkelt inte lätt att fastställa var den hårfina gränsen går, om det ens finns en sådan. Att införa krav på samtycke för all behandling av personuppgifter vid direktmarknadsföring skulle kanske göra rättsläget klarare, men ur ett kommersiellt perspektiv hade inte näringsidkare kunnat gynnas av intäkter samt konkurrensfördelar.

Att Target-fallet är ett bra exempel att analysera beror på att denna typ av personuppgiftsbehandling har blivit allt vanligare i dagens teknikutvecklade samhälle, eller åtminstone i snabb takt kommer att bli allt vanligare. Att företag fortsättningsvis kommer att marknadsföra produkter och tjänster med hjälp av uppgiftsbehandlingar är ganska troligt då förfarandet har påvisats kunna öka intäktsflöden samt skapa konkurrensfördelar som bidragit till ökade marknadsandelar. Det kan tyckas vara obehagligt att få sina personuppgifter behandlade på ett sådant omfattande sätt som i Target-fallet. Att företag behandlar personuppgifter för att ta reda på om deras kunder är gravida eller inte kan tyckas utgöra en behandling av känsliga uppgifter och därmed kan heller inte behandlingen anses vara proportionerlig för den personuppgiftsansvarige eller tredje parts berättigade intresse.

I det anförda fallet hade inte familjen fått kännedom om att dottern var gravid. De nåddes av nyheterna tack vare marknadsföringen. Det går därmed att fråga sig om omständigheterna i fallet medförde att personuppgifterna kunde anses vara extra känsliga. Det går även att fråga sig om utfallet hade sett annorlunda ut om kvinnan nåddes av direktmarknadsföringen längre in i graviditeten. Personuppgifterna hade kanske inte betraktats som lika integritetskränkande och därmed hade kanske det kommersiella intresset kunnat väga tyngre.

Det finns alltså inte ett helt entydigt svar, förutom att rekvisiten i bestämmelsen ska vara uppfyllda samt att det ska göras en bedömning i varje enskilt fall när personuppgifter kan behandlas i samband med direktmarknadsföring utan den registrerades samtycke. Att det inte finns ett direkt svar kan dock accepteras eftersom det finns så många olika typer av behandlingar där omständigheterna i varje enskilt fall inte alltid är samma eller liknar varandra. Samtidigt kan det vara svårt att förstå att det knappt finns någon vägledning för när personuppgifter får behandlas för marknadsföringsändamål, eftersom skyddet för fysiska personer i samband med behandling av personuppgifter är en grundläggande rättighet som inte får inskränkas utan att bestämda krav är uppfyllda.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner

Prop. 1997/98:44

Prop. 2017/18:10

Utredningsbetänkanden

SOU 2017:39

SOU 2018:1

Europeiska unionen

Förordningar

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv

95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning).

Direktiv

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

Artikel 29-gruppen

Yttrande 2/2010 om beteendebaserad reklam på Internet, WP 171, antaget 2010-06-22.

Yttrande 6/2014 om begreppet den registeransvariges berättigade intressen i artikel 7 i direktiv 95/46/EG, WP 217, antaget 2014-04-09.

Europeiska datatillsynsmannen

Europeiska datatillsynsmannen, *“Sammanfattning av Europeiska datatillsynsmannens preliminära yttrande om privatliv och konkurrenskraft i stordataåldern”* 2014-07-16.

EU-dokument

Council of Europe. Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No.108).

Europa unionens stadga om de grundläggande rättigheterna EUT C 326, 26.10.2012 s. 391-407.

Litteratur

Foulsham, Mark – Hitchen, Brian – Denley, Andrew (2019) *GDPR - How to Achieve and Maintain Compliance*, Routledge, London.

Frydlinger, David - Edvardsson, Tobias - Olstedt Carlström, Caroline - Beyer, Sandra (2018) *GDPR: - juridik, organisation och säkerhet enligt dataskyddsförordningen*, Nordstedts juridik, Stockholm.

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

Nääv, Maria - Zamboni Mauro (red.) (2018) *Juridisk Metodlära*, uppl. 2, Studentlitteratur AB, Lund.

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

Internetkällor

Datainspektionen, *Vad är egentligen en personuppgift?*

Tillgänglig: <https://www.datainspektionen.se/vagledning/10183/en-introduktion-till-dataskyddsförordningen/vad-ar-en-personuppgift/>

Hämtad: 2020-04-10.

Duhigg, Charles *How companies learn your secrets*, The New York Times, 2020-02-16.

Tillgänglig: <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html>

Hämtad 2020-10-11.

Europeiska konventionen, om skydd för de mänskliga rättigheterna

Tillgänglig: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SWE.pdf

Hämtad: 2020- 04-15.

Holtz, Hajo Michael – Ledendal, Jonas *Överlappningen mellan dataskydd och marknadsrätt*, SvJT 2020, s.140.

Tillgänglig: <https://svjt.se/svjt/2020/140?search=överlappningen%20>

Hämtad: 2020-05-14.

Insight Intelligence, *Delade meningar – Svenska folkets attityder till digital integritet 2020*

Tillgänglig: https://www.insightintelligence.se/wp-content/uploads/2020/03/deladeMeningar2020_Web_1-9A.pdf

Hämtad: 2020-09-19.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta förvaltningsrätten

RÅ 2002 ref 54

RÅ 2008 ref 83

Europeiska unionen

EU-domstolen

Dom den 12 november 1969 i mål C-29/69 Erich Stauter mot Staten Ulm – Sozialamt.

Dom den 16 december 2008 i mål C-524/06 Heinz Huber mot Bundesrepublik Deutschland.
(ECLI:EU:C:2008:724).

Dom den 24 november 2011 i mål C-468/10 ANSEF och C-469/10 FECEMD ASNEF
FECEMD mot Administración del Estado. (ECLI:EU:C:2011:777)

Dom den 4 maj 2017 i mål C-13/16 Valsts policijas Rīgas reģiona pārvaldes Kārtības policijas
pārvalde mot Rīgas satiksme. (ECLI:EU:C:2017:336).

Dom den 20 december 2017 i mål C-434/16 Peter Nowak mot Data Protection Commissioner.
(ECLI:EU:C:2017:994).

Dom den 29 juli 2019 i mål C-40/17 Fashion ID GmbH & Co. KG mot Verbraucherzentrale
NRW eV. (ECLI:EU:C:2019:629).

Dom den 11 december 2020 i mål C-708/18 TK mot Asociația de Proprietari
bloc M5A-ScaraA. (ECLI:EU:C:2019:1064).