

Personuppgifter som betalningsmedel

Stefan Larsson & Jonas Ledendal

2017:4 Personuppgifter som betalningsmedel
Konsumentverket 2017

Ansvarig handläggare: Agne Sandberg

1 Förord

Denna studie beskriver och analyserar de problem som ur ett konsumentperspektiv kan förknippas med den växande användningen av personuppgifter som betalningsmedel. Bakgrunden är att Konsumentverket, utifrån bland annat verkets omvärldsbevakning, sett ett behov av fördjupad kunskap om digitaliseringens konsekvenser för konsumenterna. En aspekt som lyfts fram är den alltmer omfattande digitala konsumentprofileringen som är beroende av den ökade tillgången till personliga data

Denna studie utgör en fördjupning inom detta område och den har genomförts på Konsumentverkets uppdrag av docent Stefan Larsson med stöd av jurisdoktor Jonas Ledendal, båda två från Lunds Universitet.

I studien gör författarna en kartläggning av olika beteenden på marknaderna som har med hanteringen av persondata att göra. Kartläggningen ligger sedan till grund för en analys som fokuserar på konsumentskyddets rättsliga förutsättningar i förhållande till hanteringen av persondata.

De slutsatser och rekommendationer som förs fram i rapporten är författarnas egna.

Karlstad i april 2017

Cecilia Tisell
Generaldirektör

Sammanfattning

Digitaliserade personuppgifter har kommit att utgöra ett centralt värde i den digitala ekonomin och beskrivs inte sällan i termer av ett slags valuta. Den information som lagras om vilka webbsidor vi besöker, när vi gör eller säger saker i en digital kontext och var vi befinner oss när vi gör det har ett värde, – inte bara för funktionaliteten i de tjänster vi använder, utan har även kommit att bli själva grunden för tillväxt inom åtskilliga branscher.

Studien fokuserar på, beskriver och analyserar de utmaningar som den växande användningen av personuppgifter som en form av betalningsmedel medför utifrån ett konsumentperspektiv.

Det sker just nu en kommersiellt data-driven metodutveckling på marknaden. Personuppgifterna används inte bara till att beskriva konsumenter och deras behov och önsknings, utan även i ökande grad till att förutse kommande behov och önsknings. De ger även underlag för affärsanalytiska beräkningar av vilka grupper eller individer som mest sannolikt är värdefulla över en längre tid för en handlare eller tjänsteleverantör. Flera undersökningar som genomförts de senaste åren visar dock att konsumenter är alltmer bekymrade över bristande kontroll över användningen och spridningen av deras personuppgifter, detta i viss mån samtidigt som de ändå fortsätter att använda personuppgiftsamlade tjänster.

Den här rapporten understryker därmed hur konsumenternas data kommit att få ett centralt värde i den digitala ekonomin, vilket väcker frågor om hur väl konsumentskyddet står sig i förhållande till denna utveckling. En central rättslig fråga, som rapporten utvecklar, rör skillnaderna i skydd för den personliga integriteten och konsumentskyddet. Hur man positionerar frågan är avgörande för konsumenters skydd i relation till personuppgifter, men även för vilken roll myndigheterna med fördel kan ha. I det här faller är det framför allt relationen mellan Konsumentverket och Datainspektionen som aktualiseras.

Mycket av regleringen på dessa områden är EU-baserad, vilket påverkar förutsättningarna för policyförslag på området, men en del av gränslandet mellan dataskydd och konsumentskydd är samtidigt öppet för tolkning. Man kan, givet de kommersiellt drivna praktiker som växer fram, till exempel i vid mening argumentera för att integritetsfrågor i högsta grad också är konsumentrelevanta. Man kan också argumentera för att hanteringen av personuppgifter är central för konsumentens ställning på marknaderna, vilket direkt kan ses som en konsumenträttighetsfråga, men även en avgörande faktor ur konkurrenshänseende. Samtidigt är konsumenten otvetydigt en svag part i relation till de flesta av företag som erbjuder datadrivna tjänster, vilket inkluderar sociala mediaplattformar, sökmotorer och en stor mängd andra plattformslänkande företag.

Föreliggande rapport innebär en kartläggning och omvärldsanalys både internationellt och nationellt för att bland annat beskriva:

- När och hur personuppgifter verkar som betalningsmedel, och hur olika branschers praktik ser ut.
- Hur frågan specifikt förhåller sig till gratistjänster som kan finansieras genom att omvandla användarinformation till en vara som säljs till exv. reklamförmedlande parter eller datamäklare.
- I vilken mån det finns seriösa och oseriösa aktörerna eller praktiker.
- Hur konsumenternas samtycke till användning av personuppgifter ser ut i praktiken och vilka praktiska utmaningar som kan härledas ur det.

Kartläggningen bidrar i sin tur till grunden för en praktiskt motiverad rättslig analys där rapportförfattarna fokuserar på konsumentskyddets rättsliga förutsättningar i relation till personuppgifter och Konsumentverkets roll. De frågor som fokuseras i rättsanalysen är:

- Är gällande regelverk och lagstiftning tillfyllest med avseende på konsumenternas säkerhet och integritet? På vilka punkter, inom vilka områden finns brister, oklarheter?
- Är det önskvärt med fler prejudicerande domar för att klargöra praxis? Och i så fall på vilka områden?
- Vilken roll har Konsumentverket? Vilken roll skulle Konsumentverket kunna ha?
- Vilken roll har andra (utpekade) aktörer i samhället? Vilken roll skulle de kunna ha?

Rapportförfattarna rekommenderar i förlängningen av rättsanalysen att KO i praxis prövar avtalsvillkorlagens tillämplighet på villkor som reglerar konsumenters användande av sociala medier, söktjänster och andra av informationssamhällets tjänster, särskilt användningsvillkor om behandling av konsumenters personuppgifter.

Rapportförfattarna rekommenderar också att KO i praxis prövar marknadsföringslagens tillämplighet på personuppgiftsinsamlade tjänsteleverantörer som lämnat vilseledande information eller underlåtit att lämna information till konsument om hur personuppgifter samlas in, används eller överförs till tredje man, endera i avtal, integritetspolicy eller på annat sätt.

Givet den överlappande karaktären på personuppgiftsområdet i den digitala ekonomin mellan dataskydd och konsumentskydd – och den myndighetsuppdelade organisation som nu råder – menar rapportförfattarna att det finns en rad starka skäl till varför de dataskyddande myndigheterna och de konsumentinriktade myndigheterna behöver samverka mer. De rekommenderar därför följande:

1. Utveckla samverkan med framförallt Datainspektionen för att tillföra kompetens om konsumentskyddsaspekten;
2. Verka för framtagande av sådana godkända uppförandekoder eller godkända certifieringsmekanismer som förutsätts i dataskyddsförordningen med särskilt fokus på hantering av konsumenters personuppgifter;

3. Utveckla metoder för tillsyn som möjliggör insyn i funktion och verkan av individualiserade och datadrivna applikationer för bl.a. marknadsföring.
4. Bidra till att stimulera och stärka kunskapsproduktionen på området för digitalisering och konsumentintresset i allmänhet, och för datadrivna konsumentmarknader i synnerhet.

Rapporten är författad av forskare vid Lunds universitet:

Stefan Larsson är docent i teknik och social förändring, forskare vid Lunds universitets internetinstitut (LUii), jurist, disputerad i rättssociologi och medlem i Konsumentverkets vetenskapliga råd.

Jonas Ledendal är jur.dr. i handelsrätt med specialisering mot IT-rätt och forskare vid Institutionen för handelsrätt, Ekonomihögskolan vid Lunds universitet, och vid LUii.

Innehållsförteckning

1	Förord	3
	Sammanfattning	4
2	Introduktion – den nya oljan.....	9
2.1	Syfte och upplägg	10
2.2	Datadrivna marknader och konsumenters förtroende.....	11
2.3	Dataskydd eller konsumentskydd?	12
2.4	Rapportupplägg.....	13
3	Personuppgifter som värde	14
4	Kartläggning.....	16
4.1	Personuppgifter som betalningsmedel – branschpraktik.....	16
4.1.1	Nätreklam och programmatisk realtidsbudgivning	17
4.2	Seriösa och oseriösa praktiker och aktörer	19
4.2.1	Den digitala ekonomin är datadriven.....	19
4.2.2	Marknadsföring kostar, profilering sparar.....	20
4.2.3	Problematisera praktiker	21
4.2.4	Problematisera branscher.....	22
4.2.5	Informationsmäklare.....	22
4.2.6	Marknadskomplexitet, specialisering och ansvar	23
4.2.7	Wearables	23
4.3	Avtal och samtyckets praktiska urholkning	23
4.4	Konsumentproblem och praktiska fall.....	24
4.5	Tankar om tekniska lösningar.....	25
4.5.1	”Control by design” – Modell för att stärka konsumenters informationskontroll	25
4.5.2	Blockkedjeteknologi och bitcoin.....	25
4.6	Framtidsperspektivet	26
5	Rättsanalys.....	27
5.1	Lagstiftning om otillbörlig marknadsföring.....	28
5.2	Lagstiftning om oskäliga avtalsvillkor.....	28
5.3	Lagstiftning om skydd av personuppgifter.....	29
5.4	Marknadsrättens tillämplighet på kostnadsfritt tillhandahållande av sociala media, söktjänster och andra informationssamhällets tjänster.....	30
5.5	Marknadsrättens förhållande till skyddet av personuppgifter.....	31
5.6	Förbud mot oskäliga användningsvillkor om personuppgifter.....	33
5.6.1	Avtalsvillkorlagens tillämplighet på användningsvillkor om behandling av personuppgifter	33
5.6.2	Bedömning av vad som utgör oskäliga användningsvillkor	34

5.7	Förbud mot otillbörliga affärsmetoder som avser behandling av personuppgifter.....	35
5.7.1	Marknadsföringslagens tillämpningsområde.....	35
5.7.2	Förbud mot otillbörlig marknadsföring	36
5.7.3	Lagstridighetsprincipen.....	36
5.7.4	Vilseledande användningsvillkor eller integritetspolicy	37
6	Personuppgifter och marknad: breddad analys.....	38
6.1	Rättsanalytisk summering.....	38
6.1.1	Allmänt om marknadsrättens tillämplighet	38
6.1.2	Om avtalsvillkorslagens tillämplighet	39
6.1.3	Om marknadsföringslagens tillämplighet	39
6.2	Avtal och obalans mellan parter.....	40
6.2.1	Brist på transparens ger en dysfunktionell marknad?	40
6.3	Utmaning: personuppgifter som ekosystem	41
7	Förslag på policyåtgärder.....	42
7.1	Behovet av praxis	42
7.2	Roll- och metodutveckling	43
	Referenser.....	44

2 Introduktion – den nya oljan

I slutet av januari 2012 la den Europeiska kommissionen fram sitt förslag på den omfattande reform av EU:s dataskyddsbestämmelser som bland annat lett till den dataskyddsförordning (även känd som GDPR) som träder ikraft i maj 2018. I samband med detta beskrev EU-kommissionär Viviane Reding det som att ”personuppgifter är valutan på dagens digitala marknad”.¹ Hon gjorde det genom att betona betydelsen av tillit och det förtroende som i mycket saknas för att de digitala marknaderna ska kunna fungera tillfredsställande. Hon menade att det som behövdes var en stark, tydlig och enhetlig rättslig ram som kunde bidra till att frigöra den digitala inre marknadens potential. Samma argumentation förde EU-kommissionären också två år senare när hon efterlyste en ny överenskommelse om dataskydd för Europa i termer av att ”data är den digitala tidsålderns valuta. Data används av alla typer av företag, från försäkringsbolag och banker till sociala medier och sökmotorer.”² Synsättet är med andra ord ett av de uttalade motiven bakom ett stärkt individuellt skydd för individernas personuppgifter i en digital kontext, beskrivet som en förutsättning även för marknadernas utveckling och tillväxt.

Det här synsättet – att personuppgifter utgör ett centralt värde i den digitala ekonomin och i praktiken ofta är att jämställa med en de facto valuta – har kommit att bli en tämligen gängse uppfattning hos många analytiker av den datadrivna ekonomin. Bland annat beskriver konsultfirman Boston Consulting Group, BCG, i en rapport från 2012 – *The Value of Our Digital Identity* – att personuppgifter har blivit en ny form av valuta, i ett alltmer digitalt samhälle. BCG:s perspektiv är, som i Redings fall med en inre digital marknad, att eftersträva ett förtroende som gör att datan hålls rörlig och använd, vilket kan beskrivas som ett transaktionsfrämjande perspektiv.³

En slutsats från BCG:s studie, som inkluderade 3000 europeiska deltagare, är att konsumenter vill dela sina data om fördelarna och integritetshänsynen är rätt. Det vill säga att konsumenterna kan vara villiga att dela data om företagen kan genomföra sekretessverktyg som ger val och kontroll, etablera användarvänlighet, och ger en tillräcklig fördel i utbyte. Denna hållning har dock kritiserats från flera håll och i flera studier, bland annat av en amerikansk forskargrupp ledd av Joseph Turow (se Turow et al., 2015), som vi återkommer till nedan. En obalans som pekats ut är att det finns en stor skillnad i hur individer upplever sin personliga informations värde och den industri som samtidigt vuxit fram där denna information är helt central, vilket även poängteras av Sarah Spiekermann och Jana Korunovska, som bland annat forskar på sociala och etiska problem med datorsystem:

Analytiker, investerare och företagare har insett personuppgifternas värde för internetekonomin. Personuppgifter ses som den digitala ekonomins ”olja”. Men, vanliga människor är knappt medvetna om detta. Marknadsförare samlar in personuppgifter till en minimal kostnad i utbyte mot gratis tjänster (Spiekermann & Korunovska, 2016, s. 1).⁴

Denna konsumentens brist på insikt och medvetenhet om vilken roll personuppgifter – som också ibland benämns ”persondata” i en mindre juridiskt stringent ansats – spelar i de digitala tjänster

¹ “Personal data is the currency of today’s digital market.”

² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-70_sv.htm

³ “In an increasingly digital society, personal data has become a new form of currency. The biggest challenge for political and business leaders is to establish the trust that enables that currency to keep flowing.”

⁴ “Analysts, investors and entrepreneurs have recognized the value of personal data for Internet economics. Personal data is viewed as ‘the oil’ of the digital economy. Yet, ordinary people are barely aware of this. Marketers collect personal data at minimal cost in exchange for free services.”

som är vanliga på konsumentmarknaderna finns anledning att problematisera även i förhållande till hur avtalsrelationerna ser ut, vilket vi utvecklar nedan. Man kan dock inledningsvis konstatera att personuppgifter är värdefull i den digitala ekonomin, vilket inte minst understryks av det faktum att många online-företag ser sina börskurser som en direkt funktion av den data som de har om sina användare (Spiekermann & Korunovska, 2016). Nämnda BCG förutspår exv. att den ekonomiska användningen av personuppgifter kan leverera upp till 330 miljarder euro i årlig ekonomisk fördel för organisationer i Europa år 2020 (Rose et al., 2012).

Att personuppgifter har ett reellt ekonomiskt värde råder det numera inga tvivel om. Individens personliga information är snarare en helt central värdekälla inom den digitala ekonomin. Utvecklingen är i behov av att problematiseras utifrån flera konsumentskyddande perspektiv. Mycket av konsumentskyddet är exv. inriktat mot relationen mellan näringsidkare och konsument – vilket därmed exkluderar många aktörer inom det mer nätverksuppbyggda ”ekosystemet” kring datainsamling och hantering på marknaderna – och kring köp, oavsett om det är före, under eller efter. Sistnämnda ställer därmed frågan, i linje med Spiekermanns och Korunovskas citat ovan, om i vilken mån individens åtkomst till monetärt sett gratis tjänster kan betraktas som betalade med de personuppgifter de därmed lämnar över.

Frågan är, vill vi mena, av direkt relevans för Konsumentverkets roll och mandat, vilka fall och marknadspraktiker verket bör rikta in sig mot och vilken typ av tillsyn som därmed kan bli aktuell. Kort sagt, konsumentskyddets reglering är i allt högre grad beroende av hur man reglerar och hanterar personuppgifter. Vi tecknar i denna rapport några av de mest centrala skälen till varför det är så, i ett slags omvärldsanalys, och riktar därefter in oss på de svenska rättsliga förutsättningarna för att stärka konsumentskyddet på personuppgiftsområdet.

2.1 Syfte och upplägg

Den här studien beskriver och analyserar de konsumentrelaterade utmaningar som den växande användningen av personuppgifter som betalningsmedel medför.

Detta innebär en kartläggning och omvärldsanalys där vi går igenom vetenskaplig litteratur, forsknings- och myndighetsrapporter både internationellt och nationellt för att kunna teckna följande:

- När används personuppgifter som betalningsmedel? Hur går det till? Vilka är olika branschens praktiker när det gäller personuppgifter som betalningsmedel?
- Hur förhåller sig detta till gratistjänster som i allt högre grad finansieras genom att omvandla (”kommodifiera”) användarinformation till en vara som säljs till exv. reklamförmedlande parter eller datamäklare?
- Vilka är de seriösa och oseriösa aktörernas/näringsidkarnas drivkrafter och motiv?
- Hur ser samtycket till användning av personuppgifter ut i praktiken, i vilken mån uttrycks det genom avtal mellan parterna och vilka praktiska problem leder det till?
- Vilka problem kan skapas för konsumenterna? (konkreta fall hos rättsenheterna och Hallå konsument)
- Finns tekniska lösningar för att komma till rätta med faktiska och tänkbara problem? Finns anledning till vaksamhet beträffande nya applikationer som baseras på exempelvis blockkedjeteknik och liknande?
- Framtidsperspektiv – vad finns eller kan finnas runt hörnet?

Kartläggningen bidrar i sin tur till att motivera en rättsanalys där vi i mycket fokuserar konsumentskyddets rättsliga förutsättningar i relation till personuppgifter och Konsumentverkets roll. En central drivkraft för rättsanalysen är att utröna vilka förutsättningar som finns för att

stärka konsumentskyddet i relation till marknadernas hantering och praktik kring personuppgifter och individernas information. Rapporten mynnar därmed ut i förslag på policyåtgärder och förslag på möjliga åtgärder som Konsumentverket kunde rikta in sig mot, både på kort såväl som lång sikt, samt en diskussion kring centrala utmaningar.

- Är gällande regelverk och lagstiftning tillfyllest med avseende på konsumenternas säkerhet och integritet? På vilka punkter, inom vilka områden finns brister, oklarheter?
- Är det önskvärt med fler prejudicerande domar för att klargöra praxis? Och i så fall på vilka områden?
- Vilken roll har Konsumentverket? Vilken roll skulle Konsumentverket kunna ha?
- Vilken roll har andra (utpekade) aktörer i samhället? Vilken roll skulle de kunna ha?

2.2 Datadrivna marknader och konsumenters förtroende

Som nämnt i inledningen är mycket av marknadstillväxten i den digitala ekonomin och tjänsteutvecklingen baserad på datadrivna applikationer. Det finns anledning till att återkomma till och utveckla detta påstående i kartläggningen nedan, men vi kan först konstatera att en av drivkrafterna till att förstå denna utveckling bättre bör ligga i vad för aspekter konsumenterna själva upplever som problematiska i den datadrivna utvecklingen.

Flera undersökningar som genomförts de senaste åren har visat att konsumenter är alltmer bekymrade över bristande kontroll över användningen och spridningen av deras personuppgifter. De är särskilt oroliga över att inte ha någon kontroll över deras internetinsamlade personuppgifter, och möjligheten för att de ska användas i andra fall än de som de ursprungligen var avsedda (Lilley et al., 2012; Pew, 2014). Många är oroad över möjligheten av att tredjeparter som annonsörer och andra kommersiella aktörer har tillgång till deras personuppgifter, vilket konstateras i studier både nationellt och internationellt (Findahl, 2014; Kshetri, 2014; Narayanaswamy & McGrath, 2014).

Vidare uttryckte till exempel en klar majoritet av Internetanvändarna i EU-kommissionens särskilda Eurobarometer 2016 obehag över att onlineplattformar använder information om deras internetaktiviteter och personuppgifter för att skraddarsy annonser eller innehåll i enlighet med deras intressen. EU-kommissionen konstaterade också 2015 att endast 22 procent av EU-medborgarna känner fullt förtroende för sökmotorer, sociala nätverk och e-posttjänster, och så många som 72 procent av Internetanvändarna är oroliga för att uppmanas att dela med sig av för mycket personuppgifter på nätet (COM (2015) 192 final).

Samtidigt visar studier att många fortsätter använda digitala tjänster som kan var väldigt data-insamlade, trots att de samtidigt har uttryckt en oro för att deras data samlas in (jfr. Bechmann, 2014; Light & McGrath, 2010). Det tycks med andra ord finnas något av en "integritetsparadox" (se Larsson, 2017b) i skillnaden mellan konsumenters beteende och hur de uttrycker sina normativa preferenser, vars orsak inte tycks ha någon enhetlig och tydlig förklaring.

Denna oro, eller brist på tillit för vissa delar av de kommersiella datapraktikerna, kan dock ses som ett skäl i sig för marknadsaktörer att utveckla en viss lyhördhet inför sina konsumenter, som omvänt kan påverka marknadstillväxten negativt om inte de skilda perspektiven jämkas mer (Larsson, 2017b). Och omvänt, en mer transparent användning av individuell data kan stimulera företag att bättre utveckla applikationer med högre mervärde för konsumenterna (Lakomaa, 2016, s. 113).

2.3 Dataskydd eller konsumentskydd?

En central rättslig fråga, som vi utvecklar i detalj nedan, rör skillnaderna i skydd för den personliga integriteten och konsumentskyddet. Hur man positionerar frågan är avgörande för konsumenters skydd i relation till personuppgifter, men även för vilken roll myndigheterna med fördel kan ha. I det här faller är det framför allt relationen mellan Konsumentverket och Datainspektionen som aktualiseras. Mycket av regleringen på dessa områden är EU-baserad, vilket påverkar förutsättningarna för policyförslag på området, men en del av gränslandet mellan dataskydd och konsumentskydd är samtidigt öppet för tolkning. Man kan, givet de kommersiellt drivna praktiker som växer fram, till exempel i vid mening argumentera för att integritetsfrågor i högsta grad också är konsumentrelevanta, och man kan också argumentera för att hanteringen av personuppgifter är central för konsumentens ställning på marknaderna, vilket direkt kan ses som en konsumenträttighetsfråga men även en avgörande faktor ur konkurrenshänseende. Samtidigt är konsumenten otvetydigt en svag part i relation till de flesta av företag som erbjuder datadrivna tjänster, vilket inkluderar sociala mediaplattformar, sökmotorer och stor mängd andra plattformslänkande företag. Den ekonomiskt och organisatoriskt inriktade forskaren Erik Lakomaa konstaterar också i sitt bidrag till i Digitaliseringskommissionens SOU 2016:85 *Digitaliseringens effekter på individ och samhälle* att konsumenterna befinner sig i ett stort underläge när det gäller att stämma företag till domstol för personuppgiftsrelaterade överträdelser. Det finns därmed anledning att se över hur det konsumentskyddande regelverket bättre kan stärka konsumentens ställning.

Den holländske dataskyddsforskaren Michiel Rhoen – vilket Larsson (2017a) har lyft fram i en tidigare kunskapsöversikt publicerad av Konsumentverket – uttrycker en rättsvetenskapligt grundad analys av hur de rättsliga styrmedlen kan bli mer effektiva i att uppnå ett bättre konsumentskydd när det handlar om insamling och användning av konsumentinformation (jfr. Helveston, 2016). Rhoen (2016, ss. 6-8) argumenterar, i en genomgång av konsumentskyddande och dataskyddande lagstiftning på EU-nivå, för att en vidare tillämpning av konsumentskyddslagstiftningen på användaravtal kan öka ansvarstagandet (accountability) hos de som samlar in och hanterar individrelaterad data, och i förlängningen ge mer medbestämmande på konsumentensida. Dessa följder skulle i så fall minska den institutionaliserade makt som de data-hanterande parterna besitter, till förmån för konsumenterna. Samtidigt påpekar Rhoen att detta endast kan bli möjligt om konsumentskyddslagstiftningen genomdrivs i praktiken, vilket delvis faller på ansvariga tillsynsmyndigheter. Ett framgångsrikt stärkande av konsumentskydd i relation till konsumentprofilering och kommersiell dataanvändning skulle även troligen kräva att dataskyddande och konsumentskyddande myndigheter kunde arbeta tätt och dynamiskt ihop. Syftet skulle i så fall inte vara – vilket är viktigt att poängtera – att eftersträva att konsumenternas personuppgifter inte används för att driva affärsnärlig utveckling, utan att säkerställa att denna användning görs på ett legitimt sätt och är rimlig i förhållande till konsumentintresset.

2.4 Rapportupplägg

Vi avslutar rapporten med konkreta rekommendationer i det korta kapitel 6, vilka i sin tur är helt avhängiga den detaljerad genomgång av de rättsliga förutsättningarna för en svensk kontext vad det gäller personuppgifter och konsumentskydd som vi gör i kapitel 4 och summerar i kapitel 5, där vi även problematiserar användaravtalens roll, den faktiska bristen på transparens samt utmaningar med data som ”ekosystem”. Den rättsliga problematiseringen och argumentationen är i sin tur helt beroende av vilka kommersiellt drivna marknadspraktiker som växer fram på området för personuppgifter, vilket vi visar på i kartläggningen i kapitel 3.

Innan vi går in på den specifika kartläggningen vill vi först fokusera på värdefrågan kring data för att bättre teckna en förförståelse kring vilken roll personuppgifter spelar på marknaderna. Detta också för att kunna förstå i vilken mån de därmed verkar som ”betalningsmedel”.

3 Personuppgifter som värde

När man diskuterar värde på personuppgifter kan man i detta sammanhang frestas att fördjupa sig i pengars essens, alltså vad pengar egentligen är, speciellt om man närmar sig de digitala valutor eller kryptovalutor som utvecklats de senaste åren. Det vore dock att hamna något vid sidan av målet för denna rapport, då vi mer är inriktade på vilken roll personuppgifter har kommit att ta i den digitala ekonomin snarare än hur valutor i sig har utvecklats. Vi kommer att nämna något mer om förutsättningar för konventionella valutor nedan i ett kortare stycke om Bitcoin och blockkedjeteknologi, men nöjer oss här med att konstatera att personuppgifter kommit att uppbära ett helt centralt värde för de alltmer utvecklade digitalt medierade marknaderna. Att personuppgifter har ett värde, menar vi, är en förutsättning för att de ens ska kunna fungera som betalningsmedel.

Det har åtminstone i över ett decennium funnits en tydlig idé om att personuppgifter är värdefull i en digital kontext. Juridikprofessor Paul Schwartz beskrev exempelvis i *Harvard Law Review* 2004 hur personuppgifter är en viktig valuta:

Personlig information är en viktig valuta i det nya millenniet. Det ekonomiska värdet av personuppgifter är stort och fortfarande växande, och företagen i Amerika agerar snabbt för att dra nytta av trenden. De företag som ser den informationen som en tillgång har gjort stora investeringar i mjukvara som underlättar insamlandet av konsumentinformation. Dessutom, att i huvudsak förstå personuppgifter som en kommodifierad vara är en stark trend i USA, och enskilda amerikaner deltar redan i denna kommersialisering av data (Schwartz, 2004, ss. 2056-2057).⁵

Man kan här notera att detta är innan sociala medier som vi förstår dessa idag inte riktigt fanns. Processen att värdera och hantera personuppgifter utefter monetära måttstockar är dock helt central i dagens datadrivna digitala ekonomi. Schwartz strävade med sin artikel efter att utveckla en modell för att säkerställa personlig informationsintegritet genom att utveckla ett sätt att förstå ägandet kring data (som i engelskans *propertization*).

I förlängningen av detta har en del kritiska perspektiv formulerats, inte minst i relation till att det som brukade vara mer vardagligt och kvalitativt kommit att kvantifieras och utgöra en källa för kommodifiering av det privata. Filmaren och författaren Astra Taylor har i boken *The People's Platform* (2014) utvecklat en kritik mot att nya plattformsbaserade dataaktörer har som central affärsidé att samla in individers information, och att de gör det under en retoriskt förföriskt "öppenhet". Denna, som hon menar, förmenta öppenhet, är baserade på en affärsmodell som inte är uppbyggd kring att sälja specifika produkter men att mäta konsumenter, lagra och sälja konsumenters data, bland annat till reklambranschen. Hon hävdar att denna "öppenhetsmodell" också leder till att skillnaden mellan det kommersiella och det icke-kommersiella har "smält bort":

⁵ "Personal information is an important currency in the new millennium. The monetary value of personal data is large and still growing, and corporate America is moving quickly to profit from trend. Companies view this information as a corporate asset have invested heavily in software that facilitates the consumer information. Moreover, a strong conception of personal data as a commodity is emerging in the United States, and individual Americans are already participating in the commodification of data."

Om det inte finns någon skillnad mellan inre och yttre, våra förpliktelser med familj och vänner, våra privata önskningar och vår nyfikenhet, så blir allt detta en handelsvara (Taylor, 2014, s. 212).⁶

Utan att fördjupa oss mer i denna kritiska diskurs kan vi ändå konstatera att det finns ett problemområde utifrån ett konsumentperspektiv som knyter an till att det kvalitativa och privata kommit att bli det värdefulla i relationen mellan konsument och kommersiella aktörer; att konsumenterna i ökande mån kommit att bli en datakälla för mycket av de kommersiellt drivna aktiviteterna i den digitala ekonomin. Det finns en rad samverkande skäl för det, och mycket har att göra med digital konsumentprofilering (Larsson, 2017a).

Just att förbättra metoderna för värdering av personuppgifter i syfte att stärka den personliga integriteten finns en rad exempel på (Morando et al, 2014; Sidgman & Crompton, 2016; Staiano et al, 2014). Men att stärka värderingen av personuppgifter i syfte att förbättra konsumentskyddet i övrigt tycks inte lika vanligt.

⁶ "Where there is no distinction between inner and outer, our bonds with family and friends, our private desires and curiosities, all become commodities"

4 Kartläggning

Kartläggningen i detta kapitel innebär ett slags omvärldsanalys baserad på en genomgång av studier i internationella eller nationella rapporter och vetenskaplig litteratur. Fokus ligger vid att ta upp aktuella applikationer och branschpraktiker som kan problematiseras utifrån ett konsumentskyddande perspektiv under tematiken ”personuppgifter som betalningsmedel”. En del har även diskuterats i tidigare litteraturstudie (Larsson, 2016) och kunskapsöversikt (Larsson, 2017a).

Fältet där personuppgifter kan problematiseras i relation till att verka som betalningsmedel kan – beroende på hur man vill förhålla sig till begreppet – ses som väldigt omfattande i ljuset av en delvis framväxande och delvis mogen digital ekonomi som i mycket drivs av persondatarelaterade praktiker. Vi har därför i denna framställning valt att exemplifiera där vi ser att den huvudsakliga poängen blir tydlig, eller peka på fält eller fall där kunskapen inte ser ut att vara tillräcklig. Det kan därmed också tilläggas att det för branscher under utveckling inte alltid är enkelt att bereda sig tillträde till hur hanteringen av personuppgifter går till, inte minst med tanke på att affärsutvecklingen också ständigt är i rörelse.

4.1 Personuppgifter som betalningsmedel – branschpraktik

Personuppgifter har, som konstaterats ovan och i andra publikationer (Larsson, 2017a; 2017b), kommit att bli helt centrala för många av informationssamhällets tjänster, vare sig de är gratis (i betydelsen pengar) eller som ett sätt att öka tillväxt och utveckla individualiserade tjänster. Två centrala frågor har guidat följande genomgång.

1. När används personuppgifter som betalningsmedel? Hur går det till? Vilka är olika branschens praktiker när det gäller personuppgifter som betalningsmedel?
2. Hur förhåller sig detta till gratisjänster som i allt högre grad finansieras genom att omvandla (”kommodifiera”) användarinformation till en vara som säljs till exv. reklamförmedlande parter eller datamäklare?

För att sätta den datadrivna utvecklingen i ett perspektiv kan vi först konstatera att det pågår en hel del arbete inom handeln för gällande möjligheten att kunna veta mer om konsumenterna, även i realtid, för att kunna vara med och påverka deras köpprocesser (jfr. Visma retail, 2014). Det kan handla om att komma åt det som i en McKinseyrapport (BenMark & Masri, 2015) beskrivs som ”the shopper genome”, dvs. en sofistikerad blandning av individuella preferenser och livskontext hoplagd med demografiska och andra strukturella insikter. Författarna hävdar att det som behövs för att ”knäcka” detta ”genom” handlar framförallt om att bemästra datainsamling och data-driven respons. På så sätt kan man också öka sin försäljning.

Det är i ljuset av personuppgifternas centrala position för att öka försäljning som man bör se hur direkt monetär betalning i många fall går mot att ersättas med åtkomsten av konsumenternas personliga data. Med den kan man både sälja reklam, rikta reklam och bland annat tajma erbjudanden och i förlängningen öka tillväxt.

I vissa branscher har dessutom affärsmodellen med direkt betalning visat sig ha sämre lönsamhet i en digitaliserad kontext, ett tydligt exempel är nyhetsmedia, vilket ytterligare verkar som incitament att driva på mediehusens lönsamhet genom en förändrad affärsmodell (jfr. Appelgren & Leckner, 2016). Kort sagt, betalar inte konsumenterna för journalistiken ser affärsmodellen alltmer ut att gå mot att få andra att betala för access till konsumenternas information – som i

förlängningen ändå är tänkta att betala, men inte direkt, för det journalistiska arbetet. Marknaden blir därmed mer komplex, där transaktionerna sker över fler antal parter, vilket också bidrar till att ifrågasätta hur det rättsligt reglerade konsumentskyddet uppnår sina syften i denna förändrade kontext.

I en branschstudie av digitala och mobila köpbeteende konstateras att Sverige har en hög andel smarta telefoner, relativt sett, och att digitala verktyg används i ökad utsträckning både innan, under och efter köp (Visma Retail, 2015). I rapporten konstateras vidare att framgångsfaktorn och utmaningen för detaljhandeln är ”att skapa ett helhetstänk i köpprocessen, en omnikanal-miljö, som genomsyrar hela verksamheten för att möta den digitala konsumenten” (s. 3). Denna typ av vision är också vanlig på e-handelns branschmässor, där begrepp som ”omnikanal”, ”sömlös” och ”big data” ofta står för visionen om branschens utveckling och tillväxt (Pettersson McIntyre, 2016).

En analys i Harvard Business Review fokuserar på ”the consumer journey” (Edelman & Singer, 2015). Detta fokus på att förstå konsumentens ”resa” i detalj driver därmed på utvecklingen kring och behovet av insamling, handel med och analys av användardata. Även handlare med fysiska affärer (”brick-and-mortar stores”) utvecklar metoder för att förstå sina kunders preferenser och köpbeteenden (Barocas & Levy, 2016). En sådan metod är att erbjuda kundkort eller klubbmedlemskap som i förlängningen kan ge vissa rabatter eller andra fördelar, där exempelvis ICA och Coop kan nämnas. Enligt en konsumentundersökning gjord av Visma Retail (2015, s. 20) använder sig hela 92 procent av konsumenterna kundkort när de handlar dagligvaror. Enligt en studie som Stefan Larsson höll i under 2015-2016 vid Lunds universitet, använder sig 3 av 4 unga vuxna mellan 18-25 år av någon typ av lojalitetskort (Larsson et al., 2016, ss. 10-11, 30-31).

Man kan här notera att medlemskapet ofta leder till rabatter, vilket därmed kan förstås som att en del av den monetära betalningen ersätts med den åtkomst till konsumentinformation som kundkortet medger. Mervärdet av kundkortet för handlaren gör att rabatter kan erbjudas i syfte att få fler att dela med sig av konsumentinformationen.

4.1.1 Nätreklam och programmatisk realtidsbudgivning

Ett exempel på det mer komplexa och nätverkande upplägg som hanteringen av personuppgifter medför i dagens digitala ekonomi är den s.k. ”programmatiska” och automatiserade realtidsbudgivningen som har börjat användas av dagstidningar i webbmiljö, nämnd ovan (jfr. Busch, 2016; Datatilsynet, 2015; Groth & Zawadzki, 2016; Larsson, 2017a). Även om denna programmatiska realtidsbudgivning förvisso är på tillväxt i Sverige så använder vi detta som ett exempel här på hur de datadrivna marknaderna är tilltagande komplexa, automatiserade och i mycket pågående helt i det fördolda för konsumenterna – trots att konsumentens personuppgifter i allra högsta grad kan vara inblandade i skeendena.

Den automatiserade och ”programmatiska” reklamhandeln handlar om att den reklam som visas för en besökare av en webbsida där detta pågår är beroende på vem det är som besöker sidan. I samma stund som besöket sker – man går kanske in på en tidnings hemsida – så genomförs en matchning mot vad marknadsförare har sagt sig villiga att betala för, och den som är mest villig att betala för just de preferenser som besökarens står för får också genomföra reklamköpet och visa den reklam de vill visa. Utifrån ett marknadsföringsperspektiv kan det beskrivas som att marknadsförare köper annonser utifrån en viss målgrupp i stället för en bestämd reklamplats, med förhoppningen att konsumenterna ska nås av mer relevanta och därmed riktade annonser.

Det betyder i praktiken därmed att en millisekunds snabb budgivning genomförs på en s.k. reklambörs ('ad exchange') när besöket på webbsidan sker, där annonsörer är redo att automatiserat ange bud baserat på den information som förmedlas om den individuella besökaren. Informationen kan innehålla IP-adress, geografisk plats, kön, inkomst, intressen, och webbhistorik. Även budgivande sida kan också ha information om besökaren som kan matchas och vara en del av budgivningspreferenserna. Den budgivare som bjuder högst vinner budgivningen och får fylla tomma reklamplatser på webbsidan som besöks.

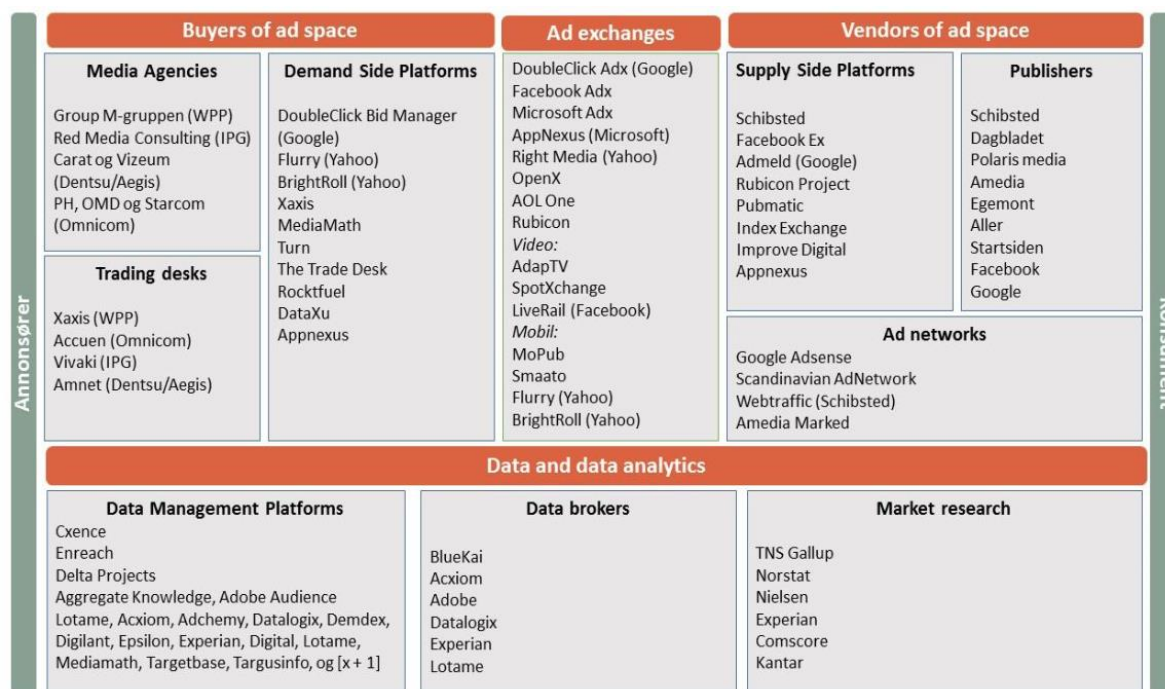


Bild 5.1: En överblick över olika typer av aktörer aktiva vid reklambörshandeln, sorterade efter roll. Från Datatilsynet, 2015, s. 11.

Man kan förstå att hela förfarandet måste gå väldigt snabbt och Datatilsynets studie och bild 5.1 visar tydligt att de inblandade aktörerna kan vara många. Transparensen gentemot konsument är dock obefintlig. Även om förfarandet är under tillväxt och "granulariteten" på informationen inte alltid behöver vara hög så är det ett område som tydligt visar på vilken typ av digitaliserade reklammarknader som kommer och som är ett ytterligare uttryck för informationsasymmetrin mellan konsument och industriella aktörer och det "ekosystem" som hanteringen av personuppgifter innebär.

Hur vanligt är den här typen av automatiserad och riktad reklam av den här typen i Sverige? Institutet för reklam- och mediestatistik, IRM:s, senaste årliga mätning från maj 2016 visar att investeringen i programmatiska annonsköp uppgick till 730 miljoner kronor under 2015, vilket motsvarar 17 procent av den totala omsättningen inom display (webbsidesreklam) och webb-TV i Sverige 2015 och en ökning med 134 procent relativt 2014. Mycket talar för att detta område är på fortsatt tillväxt. Man kan här argumentera för att tillgången till "gratis" redaktionellt material därmed i realiteten inte är gratis. Mediehusen, i sin strävan efter en fungerande affärsmodell, erbjuder redaktionellt material till sina läsare å ena sidan, och sina läsares personuppgifter till sina reklamplatsköpande kunder å den andra.

Norska dataskyddsmyndigheten Datatilsynet publicerade i november 2015 en studie som bland annat behandlar automatiserad reklamhandel ('automated ad trading'), som de menar har vuxit fram snabbt under några få år, framförallt sedan 2012.⁷ Rapporten visade att i snitt 43 olika företag var närvarande på norska tidningars webbplattformer. Mellan 100 och 200 webbkakor lagrades på användarnas datorer när förstasidan på sex stycken tidningar hade besökts. För den automatiserade reklamhandeln är det nödvändigt att samla in information om besökaren.

Om man ska kunna bedöma hur personuppgifter används för att betala för tjänster, även de som uttrycks som gratis i en monetär mening, så behöver man också teckna hur hanteringen av personuppgifter går till, var den samlas in, och hur den kommer till att utgöra en part i transaktionen mellan konsument och tjänsteleverantör. I det här fallet konsumentens besök vid en dagstidnings webbsida för att läsa nyheter.

4.2 Seriösa och oseriösa praktiker och aktörer

En vanlig fråga inom konsumentområdet rör hur man skiljer seriösa från oseriösa aktörer. Ofta är också branschens egen standardisering ett sätt för de mer seriösa att städa ut de mindre nogräknade från marknaden. Även om följande fråga har väglett oss i denna kartläggning, så börjar vi ändå med att problematisera frågan i sig:

3. Vilka är de seriösa och oseriösa aktörernas/näringsidkarnas drivkrafter och motiv?

När det gäller personuppgifter som betalningsmedel kan man dels konstatera att det snarare är viktigt att peka ut vilka beteenden som är mindre "seriösa" eller i vart fall problematiska i relation till konsumentintresset och vad det är som karaktäriserar dessa (jfr. Larsson, 2016). Å andra sidan är en helt central poäng som redan redogjorts för ovan att hela den digitala och datadrivna ekonomin bygger i någon mån på att samla in och hantera eller handla med personuppgifter. Detta väcker i sin tur en del ansvarsrelaterade frågor, men också hur avtalsrelationerna egentligen ser ut i praktiken.

4.2.1 Den digitala ekonomin är datadriven

Spotify, för att visa på ett exempel med datadrivna aktörers incitament att samla in mycket personuppgifter, kritiserades från många håll när de i augusti 2015 ändrade sina användarvillkor och expanderade den datainsamlingen de gör av användarnas beteende och kontakter, framförallt kopplade till mobiltelefonerna. Som ekonomiredaktören Paul Mason skrev i The Guardian med anledning av de ändrade användarvillkoren (23 August 2015):

As well as my photos, contacts, audio and video, Spotify wants the right to collect data not just on my location "but the speed of your movements, such as whether you are running, walking, or in transit". It would see what I post and like on Facebook and it will store my credit card information, share it with payment processors and use all of this to fire adverts at me.

Dvs. ambitionen på mängden av data att samla in var väldigt hög hos Spotify. All denna insamling kunde rimligen inte heller motiveras med tjänsteutveckling eller förbättring av tjänsten in sig för den enskilde konsumenten. Poängen är snarare den att incitamentet ligger i att ha tillgång till konsumentdata för att i förlängningen kunna utvinna värde av det. Antingen direkt, eller senare, genom utveckling av en affärsmodell för det som ännu inte finns.

⁷ För att läsa mer om automatiserad reklamhandel, se Smith (2015).

Ett problem med att dela upp aktörer som i seriösa eller oseriösa ligger därmed i att helhetsutvecklingen för stora aktörer i den digitala ekonomin – Apple, Google, Facebook, Amazon – såväl som för mindre, inklusive Spotify, handlar om att samla in och bygga nya affärer på användargenererad data. Och då noterar krönikörer som Paul Mason något av centralt konsumentintresse, kopplat till brist på insikt i praktiker och ojämlikhet i avtalsförhandlingen:

The problem with Spotify's original stance is it gave me minimal power to negotiate, refuse or modify who gets what from the aggregated data my use creates. And in that it was not alone – that's the default position with tech giants, and it takes the threat of a user revolt even to get their attention. Entire business empires are being built on such non-negotiable seizure of rights to networked data.

Det betyder att det finns en helhetstrend där personuppgifter spelar en central roll, vilket redan argumenterats för ovan. Frågan i förhållande till de stora aktörerna, och därmed trenden som helhet, blir att utifrån ett konsumentperspektiv sträva efter att hitta balanser, jämka med konsumenternas uppfattningar, samt eftersträva en transparens och inkluderande approach hos aktörerna så att konsumenternas val ens blir möjliga i första hand.

4.2.2 Marknadsföring kostar, profilering sparar

Eftersom marknadsföring utgör en kostnad så finns det ett starkt incitament att på analytisk väg rikta in sin marknadsföring mot en mindre grupp med högre sannolikhet för att vara relevant för marknadsföringen. Detta är också ett skäl till varför den prediktiva analysen (den alltmer sofistikerade sannolikhetsberäkningen av individers framtida aktiviteter) utvecklas och blir vanligare (jfr. Siegel, 2016). Om man kan studera de köpmönster som en viss köpstark grupp står för, så kan man sedan analysera den anonyma massans köpmönster och med hög sannolikhet upptäcka vilken grupp de tillhör. Ett relativt ofta påvisat exempel rör fallet med den amerikanska kedjan Target där gravida kvinnor och nyblivna mammor var medlemmar i en speciell klubb, vilket gjorde att handlaren kunde studera vilka köpmönster denna grupp stod för. Det gjorde att man därmed kunde studera alla andra kunders köpmönster för att därigenom med hög sannolikhet kunna peka ut vilka som var gravida och i vilket stadie av graviditet de var.

Target använde denna kunskap för att styra marknadsföring och erbjudanden till gravida kunder för sådana produkter som de därmed var eller inom kort skulle bli intresserade av (Siegel, 2016, ss. 38-42). Den utmaning de först stötte på var när en förälder till en gravid tonårsdotter – som inte visste att hon var gravid – ställde Target till svars för de erbjudanden om graviditetsrelaterade produkter som skickats till hushållet. Target visste, genom sin analys av dotterns köpmönster, före föräldern att hon var gravid.

Exemplet, som är något pikant, visar å ena sidan att det kan vara poängfullt för både handlare – som kan riktas in marknadsföring och öka både tillväxt och service – såväl som för kunder, som får individuellt relevanta erbjudanden, med denna typ av analytiska metoder. Men det visar också, å den andra, att det finns fallgropar och etiska frågeställningar som kan väckas genom den typen av kunskap som mönsterigenkänning och prediktiv analys kan ge om individer. Lärdomen för Target, och rimligen motsvarande aktörer i Sverige, var troligen inte att de slutade med insamling och analys, utan snarare att de blev med lyhörda för hur de uttrycker den kunskap de har om sina konsumenter.

Det behöver naturligtvis inte betyda att aktörer som använder metoderna behöver vara oseriösa på något sätt, för att förhålla sig till frågan ovan. Det råder dock inget tvivel om att metoderna är potentia och avgörande blir hur de används. Man kan även här diskutera i vilken mån den

informationsasymmetri som uttrycks kan problematiseras utifrån en gråskala mellan att influera konsumenter till att rentav manipulera konsumenter, och vilka konsumenter som i så fall är mer sårbara än andra och vilka marknader som är mer kritiska än andra.

4.2.3 **Problematiserande praktiker**

Om man fokuserar på *praktiker* eller *beteenden* som kan bedömas vara ”oseriösa” eller problematiserande även om aktörerna i sig oftast inte som helhet brukar bedömas som oseriösa, kan vi konstatera några av särskilt signifikanta.

Först kan man diskutera när och hur det i så fall kan uppstå en motsättning mellan kreditgivningens lönsamhet och en hållbar konsumentekonomi. Utifrån en australiensisk och en amerikansk kontext visar Harrison och Ti Gray (2012) hur kreditföretag och banker använder individuell konsumentprofilering för att inte bara identifiera individers behov utan även deras svagheter. Det gör bl.a. att de specifikt kan rikta in sig på de konsumenter som inte kan betala tillbaka hela krediten på kreditkortet under den räntefria perioden. Denna typ av kreditkortsanvändare är också mer lönsamma än de som använder kreditkort på ett sätt som inte leder till räntekostnader.

Det betyder med andra ord en identifiering av lönsamma kunder som andra aktörer skulle kunna bedöma som ekonomiskt utsatta (Stone, 2008). Det finns även de som påvisat ett samband mellan ökningen av konsumtionskrediter och finansiella institutioners tillgång till konsumentinformation (Sanchez, 2009), vilket visar på behovet av mer forskning kring digitalisering och kredit, inte minst utifrån ett samhällsperspektiv där höga kreditnivåer kan bedömas utifrån risk, men även utifrån överskuldssättningsproblematik (jfr. Larsson et al., 2016).

Även om regeringen har identifierat att det finns en rad utmaningar med snabblån som liggande förslag vill motverka (SOU 2016:68), dvs. lån av mindre belopp med en ofta hög ränta, som bland annat tycks ha att göra med deras tillgänglighet, finns det anledning att även studera den större trenden kring en ökad individuell informationsanvändning för alla typer av lån och krediter och mer specifikt i relation till de marknader vars lönsamhet kommer av låneränta och konsumtionskredit.

Följande beteende eller fenomen utgör några exempel som är, eller kan vara, problematiserande ur ett konsumentperspektiv:

- Svepande insamling som inte är transparent, dvs. där mer data samlas in vad som behövs för det uttalade syftet med exv. en tjänst. Konsumenten får därmed ingen insyn, hålls omedveten både om graden av insamling, hantering och vart informationen tar vägen (vilket bland annat utvecklas av den amerikanske juridikprofessorn Frank Pasquale, 2015).
- Tredjepartsinsamling, dvs. där personlig information samlas in och hanteras av någon annan part än den som en konsument har en tydlig relation till. Det blir därmed inte transparent med vad som samlas in, vare sig för konsument eller kanske ens för en webbsidesansvarig som använder tredjepartslösningar för vissa funktioner av sin webbsida.
- Clickbait-journalistik, dvs. webbinnehåll som syftar till att generera inkomster från online-annonsering, särskilt på bekostnad av kvalitet eller noggrannhet, med sensationella rubriker eller iögonfallande bilder för att locka till klick.
- Spel riktade till barn, med marknadsföring i spelen och kanske rentav köpuppsmaningar, exv från ”freemium” till ”premium”.

4.2.4 Problematiska branscher

Man kan förvisso även diskutera huruvida några branscher är att betrakta som problematiska som helhet. Ett exempel kunde vara dyra snabblån, ett omdebatterat fält som nyligen utretts i SOU 2016:68 *Stärkt konsumentskydd på marknaden för högkostnadskrediter*. Utredningen föreslår en rad åtgärder, bland annat räntetak och kostnadstak samt att konsumenterna ska få en särskild upplysning vid marknadsföring av högkostnadskrediter som länkar till en myndighets hemsida där mer information finns om riskerna med att skuldsätta sig och möjligheterna att få hjälp med ekonomiska problem eller att se över sin ekonomi.

Marknadsföringen av alla slags konsumentkrediter ska vara måttfull, vilket motiveras med att dagens kreditmarknad innebär generella risker för överskuldssättning och skuldproblematik. Om man placerar in snabblån, men även lån som inte traditionellt kallas för snabblån men ändå kan bedömas som dyra och inte är vare sig för bilköp eller bostad, i praktikerna kring datadriven marknadsföring blir även tajmingfrågan relevant. Hur bereder sig dessa aktörer tillgång till individers privatekonomiska fluktuationer, och kan de i så fall tajma marknadsföringen så att konsumenter får erbjudanden presenterade för sig i samma stund som de befinner sig i ekonomisk knipa? Det vore i så fall oerhört problematiskt, och en logisk slutledning av framväxande metoder ger att en sådan marknadsföringspraktik kan utvecklas, om den inte redan finns.

4.2.5 Informationsmäklare

Givet att personuppgifter och profilering av konsumenter ökat i betydelse för en rad branscher har också aktörer med det specifika intresset att handla med personuppgifter vuxit i betydelse och omfattning. Med informations- eller datamäklare (eng., "data broker") avses här en typ av marknadsaktör som är inriktad på att samla in information om konsumenter från många källor och vars bärande affärsmodell är att sälja profiler till andra näringsidkare. I mycket kan man säga att detta förvisso även ingår i Googles och Facebooks affärsverksamhet men här är syftet att peka på aktörer som ofta har en mindre publik framtoning, är mer renodlade datamäklare och inte sällan har etablerats innan Internet och digitalisering.

Amerikanska Federala handelskommissionen (U.S. Federal Trade Commission, FTC) konstaterade att datamäklare är betydande spelare i en "Big Data economy", med jättar som Acxiom som rapporterade över 1 miljard dollar i nettoomsättningen för 2015 (FTC, 2014). Datamäklarna är relevanta från ett konsumentperspektiv inte bara i sig utan för vad deras konsumentprofilering används till, dvs. vilka deras kunder är. Exempelvis har nämnda Acxiom kunder bland en majoritet av de amerikanska kreditkortsutgivarna, sjukvårdsförsäkringsbolagen och inhemska flygbolagen, enligt en rapport från U.S. Senate Commerce Committee (2013). Det indikerar på att en stor del av konsumenternas individuella uppgifter är en del av en marknad för dataförmedling i vilken de har liten eller ingen insyn och att en del av problemen med bruket av datamäklare ligger i bristen på öppenhet och ansvarsskyldighet (jfr. FTC, 2014).

En nyligen genomförd holländsk studie fann att datamäklare ofta saknar den rättsliga grunden för att behandla de mängder data de hanterar, och i allmänhet inte respekterar kravet på ändamålsbegränsning (Kreiken, 2016). Detta leder till att individer har små chanser att veta hur deras uppgifter behandlas vidare av dessa tredje part på grund av att vidaredelning gör det allt svårare för användarna att utöva kontroll över sina data. Bisnode och Experian är exempel på datamäklare som finns i Sverige (jfr. diskussion i Integritetskommitténs SOU 2016:41).

4.2.6 **Marknadskomplexitet, specialisering och ansvar**

Vidare kan man i en digital ekonomi konstatera att diversifieringen ser ut att växa, dvs. att flera typer av aktörer uppstår som är specialiserade. Som en del av den digitaliserade konsumtionen och handeln kommer en rad nya aktörer, och rentav nya typer av aktörer, in i handeln. Detta skapar en typ av komplexitet som är av intresse inte minst från ett ansvarsutkrävande perspektiv. De senaste åren har vi exempelvis sett en ökning i kredithanteringsindustrin, där det finns ett behov inom e-handeln för att företag som Klarna (för närvarande verksamt i 18 länder) att hantera butikernas krav på betalning och kundernas betalningar. Detta eliminerar risker för både säljare och köpare, vilket är oerhört viktigt för en fungerande marknad, men riskerar också att skapa incitament inom just denna nisch att driva tillväxt genom att bromsa avbetalningshastigheten i syfte att öka räntebetalning över tid.

4.2.7 **Wearables**

En utmaning med wearables eller så kallade "fitnessarmband" är att insamlingen kan handla om information som ofta betraktas som intim eller känslig – sömnmönster och rörelsemönster – men också att det inte alltid är tydligt hur informationen används eller kommer att användas. En ytterligare komplikation, sett från ett nordiskt eller svenskt perspektiv, är att många av de ledande kommersiella aktörerna inte är formellt etablerade i Sverige eller Norden.

I november 2016 anmälde exempelvis norska Forbrukerrådet fyra tillverkare av fitnessarmband till både Datatilsynet och Forbrukerombudet. Det fanns tre amerikanska tillverkare (Fitbit, Jawbone och Garmin) och en kanadensisk (Mio). Efter en första granskning beslutade Datatilsynet att följa upp fallet mot Garmin, som är det enda företag som är etablerat i Norge. För de övriga företagen beslutade Datatilsynet att begära assistans från de länder där företagen är etablerade. Fallet följs upp under 2017 (Datatilsynet, 2017, s. 37).

4.3 **Avtal och samtyckets praktiska urholkning**

Vi har redan konstaterat att en väsentlig del av den digitala ekonomins tillväxt är beroende av access till och insamling av individers data. Ett vanligt sätt att reglera denna insamling, hantering och användning sker genom användaravtal mellan tjänsteleverantör och den enskilde konsumenten. Frågan som vi här fokuserar på är formulerad som följer:

4. Hur ser samtycket till användning av personuppgifter ut i praktiken, i vilken mån uttrycks det genom avtal mellan parterna och vilka praktiska problem leder det till?

Vi lyfter här framförallt några problematiska aspekter med användaravtalspraktiken för datainsamlade praktiker här, och återkommer och lägger stor tyngdpunkt vid just avtalsförhållandet och Konsumentverkets möjliga roll, i det rättsanalytiska kapitel 4 nedan.

Larsson (2017b) har tidigare konstaterat att Användandet av långa och komplexa användaravtal är ett exempel på informationsöverflöd. "Information and choice overload" är också en av de preferenser som är problematiska vid mänskligt beslutsfattande som beteendekonomin pekar på (Sousa Lourenço et al., 2016, s. 9). Det norska Forbrukerrådet genomförde under 2016 en läsning av användarvillkoren för de appar som rådet bedömer finns på en genomsnittlig smartphone – och sände uppläsningen i realtid på nätet.⁸ Det tog 31 timmar, 49 minuter och 11 sekunder att ta sig igenom de totalt 250 000 ord långa avtalen, och längst tid krävde avtalet för iTunes, med över tre timmar (jfr. McDonald & Cranor, 2008).

⁸ <http://www.forbrukerradet.no/side/250000-words-of-app-terms-and-conditions/>

I en amerikansk kontext studerar Cranor (et al., 2014) 75 sekretesspolicys (eller ”privacy policies”) hos företag som spårar beteende i en digital kontext. De konstaterar att många av dessa policys saknar viktiga klargöranden av konsument-relevant hantering av information. Det inkluderade insamling och användning av känslig information och spårning av individidentifierande data. Väldigt få företag erbjuder möjligheten för användarna att få veta vilken information de besitter om användarna. Även relationen till tredje part är ofta ottydligt reglerad i användaravtalen, genom terminologi som ”affiliate” och ”non-affiliate” partners, vilket gör det väldigt svårt för användare att bedöma – även om de skulle försöka – vart deras information tar vägen och vem den kommer att användas av (jfr. även Larsson, 2016).

De praktiska problemen har därmed i mycket att göra med att användaravtal för digitala tjänster i hög utsträckning inte leder till att konsumenter tar informerade beslut. Kritiker hävdar att denna typ av ”integritetens självförvaltning” inte ger meningsfull kontroll och att det finns ett behov av att gå längre än att förlita sig för mycket på denna modell (Solove, 2013).

I samband med en studie om samtyckespraktik bland användare av Facebook, förklarar medieforskaren och digitaliserings sociologen Anja Bechmann att ”internets samtyckeskultur har kommit att bli en blind icke-informerad samtyckeskultur” (Bechmann, 2014, s. 21). Användaravtal riskerar därmed i värsta fall att inte utgöra mer än ett alibi för att säkerställa tillhandahållandet av personuppgifter i linje med de datadrivna företagens affärsmodeller.

4.4 Konsumentproblem och praktiska fall

5. Vilka problem kan skapas för konsumenterna? (konkreta fall hos rättsenheterna och Hallå konsument)

Denna frågeställning har framförallt besvarats genom de intervjuer och den dialog som skett i möte med rättsenheter och KO-sekretariatet hos Konsumentverket. Vår tolkning av Konsumentombudsmannens praktik är att befintligt antal fall på det specifika området för ”personuppgifter som betalningsmedel” är få, och att skälen är flera: dels är det och har varit konceptuellt tvetydig hur personuppgiftsfrågorna drabbar konsumenter på ett problematiskt vis och dels har de rättsliga frågorna i relation till dataskydd och integritet inte hittills tolkats som Konsumentverkets huvudsakliga ansvarsområde. Därmed är även rättspraxis inte välutvecklad på området.

Den konceptuella frågeställningen, och den rättsliga tolkningen vi gör i denna rapport som helhet avser att poängtera vari de konsumentskyddande behoven ser störst ut i relation till personuppgifter. Vi argumenterar i denna rapport för att personuppgiftsområdet är av högsta relevans för konsumentskyddet.

Praktiskt finns det dock ett specifikt fall att nämna och vi kan samtidigt konstatera att de huvudsakliga rättsområden där de stora utmaningarna finns för konsumenterna har att göra med avtalsvillkor och med marknadsföring. Det specifika fallet att nämna handlar om marknadsföringen av en premiepensionstjänst som beskrivs som kostnadsfri trots att konsumenten i utbyte lämnar ifrån sig sina personliga uppgifter (se dnr 2015/1466, 12/11, 2015). En fråga gäller om marknadsföringen är otillbörlig enligt marknadsföringslagen, vilket är principiellt intressant eftersom det skulle svara på hur man ska se på tjänster som konsumenten får tillgång till genom att dela med sig av sina personuppgifter, men fallet har ännu inte prövats i domstol.

4.5 Tankar om tekniska lösningar

6. Finns tekniska lösningar för att komma till rätta med faktiska och tänkbara problem? Finns anledning till vaksamhet beträffande nya applikationer som baseras på exempelvis blockkedjeteknik och liknande?

Ett problem som lyfts i litteraturen, nämnt ovan, är att konsumenterna i gemen inte har inblick i hur mycket av deras data som samlas in, vem som hanterar den och vart den sedan tar vägen när den handlas med eller rentav hackas. Detta behandlas bland annat i juridikprofessor Frank Pasquales *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, 2015. På integritetsområdet har det länge talats om "privacy by design" som en kritik mot att "privacy by policy" inte är tillräckligt effektivt i praktiken (jfr. Halbert & Larsson, 2015).

4.5.1 "Control by design" – Modell för att stärka konsumenters informationskontroll

På konsumentområdet vill vi belysa en teknisk designmodell med ett exempel på ett initiativ som vill lyfta konsumenters kontroll över sina personuppgifter och nivåer av samtycke. Under 2014 utvecklades ett finskt initiativ som syftar till att göra just detta, baserat på en idé om på individens rätt att få tillgång till uppgifter som samlats in om dem och att de därmed bör ha kontroll över informationen (Poikola et al., 2014). Det finska initiativet menar att dagens i mycket infrastrukturlösa "API-ekologi" inte skapar incitament för interoperabilitet mellan aktörer – vilket gör att individerna inte heller kan kontrollera sin information. Modellen – som de kallar MyData – bygger i mycket på medgivande, som därmed knyts till ett centralt individkontrollerat konto, istället för dagens oerhört decentraliserade medgivandestruktur där var och en tjänst sluter ett eget avtal per individ.

4.5.2 Blockkedjeteknologi och bitcoin

Alternativa valutor har diskuterats på många sätt i litteraturen genom åren, vilket inkluderar alternativa ekonomiska praktiker (North, 2005; 2007), vilket även sätter fingret på valutans konstruktion. Om vi närmar oss den mer specifikt teknologiska innovationen blockkedjeteknologi kan vi också konstatera att det pågår en del diskussion och innovation kring vad som ofta kallas "digital valuta" eller "kryptovaluta". Det ska inte sammanblandas med en praktisk användning av personuppgifter för att driva tillväxt i den digitalt tillvända ekonomin utan innebär en mer strikt definition på att skapa just en explicit valuta som kan ersätta de konventionella valutorna.

Den första av dessa digitala valutorna, och den mest använda, är bitcoin (jfr. Ali et al., 2014; Grinberg, 2011). En bärande idé är att de inte styrs av centralbanker och att de tillåter betalningar direkt mellan betalare och betalningsmottagare utan användning av några mellanhänder. Nyckelinnovationen ligger här i en "distributed ledger" som tillåter en kryptovaluta att fungera i ett decentraliserat system. För konventionella valutor är centralbanker och banker helt centrala garantier för att mängder pengar stämmer. Med kryptovalutorna behövs därmed inte betrodda institutioner utan tilliten är inbyggd "by design" i hanteringen av kryptovalutorna.

Utifrån ett konsumentperspektiv ser vi inga snabbt avklarade och direkta hot kopplade till bitcoin och blockkedjeteknologi. Digital valuta i den här terminologin ses exempelvis av brittiska analytiker inte som någon riktig utmanare till rådande monetära system i Storbritannien (Ali et al., 2014). Fältet är intressant framförallt ur perspektivet att det kan medföra ett minskat behov av institutionaliserade aktörer vars främsta funktion är att verka som garant för att transaktioner är pålitliga och att värden bibehålls och inte påverkas av endera part. Monetära transaktioner är den mest diskuterade och troligen mest utvecklade tillämpningen av blockkedjeteknologi, men andra områden som nämns är s.k. smarta kontrakt, säkrare aktiehandel (jfr. Dwyer, 2015) och nätsäkerhet.

4.6 Framtidsperspektivet

7. Framtidsperspektiv – vad finns eller kan finnas bakom hörnet?

En nyckelfråga på personuppgiftsområdet utifrån ett konsumentperspektiv kommer att vara hur man ser på medvetenhet, transparens och därmed också förutsättningar för konkurrens. Som tidigare nämnt (Larsson, 2016) understryker det konsumentpolitiska målet vikten av hållbara och väl fungerande marknader. Betänkandet *Konsumenten i centrum – ett framtida konsumentstöd* (SOU 2012:43) konstaterar till exempel att ”på en väl fungerande marknad är det konsumenterna som genom sina val styr vilka företag som långsiktigt kommer finnas kvar och utvecklas väl” (s. 81), och poängterar den grundläggande tanken om medvetenhet och informationstillgång som genomsyrar mycket av konsumentpolitiken:

En förutsättning för att konsumenterna ska kunna göra aktiva val och därmed kunna bidra till tillväxt och välfärd är att de fattar medvetna beslut grundade på god information, känner till sina rättigheter samt att de är trygga i att de har sådana (SOU 2012:43, s. 81)

Konsumenten har i tilltagande utsträckning inte insyn i vilka aktörer som samlar in, hanterar, analyserar och säljer dess information. Frågan är därmed om man rentav bör se obalansen i sig som ett marknadsmisslyckande, vilket bland annat påpekas av den norska dataskyddsmyndigheten i en rapport om automatiserad reklamhandel (Datatilsynet, 2015, s. 5).⁹ Myndigheten utvecklar sin ståndpunkt med hänvisning till både marknadsaktörernas incitament att tumma på integritetsskydd och en icke-fungerande godkännandep Praxis gällande användaravtal:

När konsumenterna inte har någon kunskap om vad som pågår, kan de inte heller kräva tjänster som tar mer hänsyn till integritet. Den ojämna fördelningen av information resulterar i en konkurrenssituation som uppmuntrar marknadsaktörerna att använda metoder som alltmer inkräktar på privatlivet (Datatilsynet, 2015, s. 5).¹⁰

En ökad insyn löser förvisso inte problemet med ”information overload”, snarare tvärtom, men skulle enklare möjliggöra granskningar och tillsyn från ansvariga myndigheter och är därmed en utveckling som behöver arbetas mot. Norska Datatilsynet efterlyser också mer diskussion kring marknadsföringens gränser vad det gäller att kartlägga och analysera konsumenter i syfte att sälja varor och tjänster: Vill konsumenter ha individualiserat innehåll och individualiserad reklam till vilket pris som helst? Sett ur ett konsument- och marknadsperspektiv är insamlingen och användningen av individbaserad data en av de viktigaste trenderna på konsumentområdet, vilket medför både en rad positiva såväl som oroande utvecklingslinjer framöver.

⁹ “The information asymmetry that characterises the market is a form of market failure”.

¹⁰ “When consumers have no knowledge about what is going on, they cannot demand services that offer better privacy. The uneven distribution of information results in a competitive situation, which encourages the market players to use methods increasingly invasive of privacy. When we surf the Internet, we want quick and easy access to the services we are searching for. We will almost automatically accept everything we are asked to accept.”

5 Rättsanalys

Där kapitlet ovan i mycket handlade om att kartlägga framväxande branschpraktiker i en datadriven digital ekonomisk sfär, och dess relation till personuppgifter som betalningsmedel, fördjupar vi oss i detta kapitel istället i de för svensk jurisdiktion mest centrala frågeställningarna för konsumentskyddet. Bland annat med ledning av de samtal och intervjuer som genomförts med rättsenheterna vid Konsumentverket har vi valt att fokusera på den marknadsrättsliga lagstiftningen. Den ger Konsumentombudsmannen möjlighet att förbjuda näringsidkare att använda oskäliga avtalsvillkor och att använda otillbörlig marknadsföring. Vi har i denna framställning strävat efter att vara inkluderande genom att introducera rättsområdena innan vi fördjupat oss i de mer rättsligt komplexa analyserna. Dvs., även om vi å ena sidan kan anta att en del av de potentiella läsarna kan förväntas ha omfattande kunskap på dessa specialområden, så kan vi inte anta att det gäller alla. Dessutom har vi gjort bedömningen att de rättsliga frågorna här inte enkom gäller i vilken grad lagstiftningarna kan anses tillämpliga, vilket förvisso är en viktig knäckfråga, men också tillåtas ha frihetsgraden att analysera det större rättsliga upplägget i syfte att bättre kunna teckna hur Konsumentverkets roll kunde vara i ett policyutvecklande perspektiv. Den för uppdraget relativt korta men ändå öppna fråga som vi analyserar tämligen extensivt nedan är som följer:

- Är gällande regelverk och lagstiftning tillfyllest med avseende på konsumenternas säkerhet och integritet? På vilka punkter, inom vilka områden finns brister, oklarheter?

Den mest poängfulla reglering att fokusera på i relation till personuppgifter som betalningsmedel, vilket delvis framgår av kartläggningen ovan, har i mycket att göra med lagstiftning mot otillbörliga användarvillkor om personuppgifter. Det inkluderar bland annat en analys av marknadsrättens tillämplighet på kostnadsfritt tillhandahållande av sociala media, söktjänster och andra vad vi kallar ”informationssamhällets tjänster”.¹¹

Användarvillkor för sociala media, söktjänster och andra av informationssamhällets tjänster innehåller vanligtvis villkor om behandling av användares personuppgifter. Konsumentombudsmannen har med stöd i gällande marknadsrättslig lagstiftning möjlighet att förbjuda näringsidkare att använda oskäliga avtalsvillkor samt att använda otillbörlig marknadsföring (affärsmetoder). Den svenska marknadsrättsliga lagstiftningen har i allt väsentligt tillkommit under 1970-talet, men har sedan 1990-talet i stor utsträckning påverkats av EU-rätten. Bestämmelserna om oskäliga avtalsvillkor tillkom innan internet slog igenom bland konsumenter och har inte anpassats till den senare tekniska och ekonomiska utvecklingen. Detsamma gäller i huvudsak även bestämmelserna om otillbörlig marknadsföring. Lagstiftningen på området har emellertid karaktär av ramlagstiftning och bygger på generalklausuler som ska göra det möjligt att genom rättspraxis anpassa de marknadsrättsliga förbuden till en sådan utveckling. Fråga är därför om gällande lagstiftning på detta område kan användas för att förbjuda leverantörer av sociala media, söktjänster och andra av informationssamhällets tjänster från att använda oskäliga användarvillkor eller otillbörliga affärsmetoder som avser behandling av användares personuppgifter.

¹¹ Vilket har en EU-rättslig konnotation, se även Lag (2002:562) om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster. Uttrycket definieras i 2 § som ”informationssamhällets tjänster: tjänster som normalt utförs mot ersättning och som tillhandahålls på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare.”. Vi använder dock flera skilda begrepp för att teckna en ”datadriven” digital ekonomi, varför man i den här framställningen inte kan luta sig mot någon strikt definition. Tvärtom, en poäng här är just rörligheten i de strukturella marknadsförutsättningarna, vilket i förlängningen också leder till rättsliga utmaningar.

5.1 Lagstiftning om otillbörlig marknadsföring

Europeiska unionens reglering av otillbörliga affärsmetoder är en del av unionens marknadsrätt. Regleringen utgörs i första hand av direktivet 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder, ett ramdirektiv som innehåller allmänna bestämmelser som skyddar konsumenterna mot otillbörliga affärsmetoder.¹² Ramdirektivet kompletteras av ett flertal andra direktiv med bestämmelser om särskilda områden. Direktiv 2005/29/EG skyddar endast konsumenterna, men kompletteras av direktiv 2006/114/EG om vilseledande och jämförande reklam, som skyddar näringsidkarna mot vilseledande reklam och bestämmer under vilka förhållanden jämförande reklam är tillåten.¹³ Medan ramdirektivet är ett fullharmoniseringsdirektiv så är skyddet för näringsidkarna endast delvis harmoniserat genom minimibestämmelser. Direktiven har genomförts i svensk rätt genom marknadsföringslagen (2008:486) (MFL), som till skillnad från ramdirektivet skyddar både konsumenterna och näringsidkarna. Lagens syfte är att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter samt att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenterna och näringsidkarna. Liksom ramdirektivet kompletteras den med anslutande speciallagar.

Marknadsföringslagen innehåller ett allmänt förbud mot otillbörlig marknadsföring, den s.k. generalklausulen, som kompletteras av två särskilda förbud mot aggressiv respektive vilseledande marknadsföring. Lagen innehåller även bestämmelser om krav på jämförande reklam, obeställd reklam samt information som ska lämnas om garantier och innan ett konsumentavtal ingås. Dessutom kompletteras lagen genom en bilaga till direktiv 2005/29/EG (direktivbilagan), som genom 4 § MFL gäller som svensk lag. Bilagan innehåller en s.k. "svart lista" över vilseledande och aggressiva affärsmetoder som alltid ska anses otillbörliga. Marknadsföring som är otillbörlig kan förbjudas av Patent- och marknadsdomstolen på yrkande av Konsumentombudsmannen, en näringsidkare som berörs av marknadsföringen, eller en sammanslutning av konsumenterna, näringsidkarna eller löntagarna. I vissa fall får Konsumentombudsmannen även meddela ett förbuds föreläggande. Ett sådant föreläggande kan överklagas till Patent- och marknadsdomstolen. Ett förbud ska som huvudregel förenas med vite och kan meddelas interimistiskt. Lagen innehåller även andra sanktioner, bl.a. åläggande att lämna information och marknadsstörringsavgift.

5.2 Lagstiftning om oskäliga avtalsvillkor

EU-rättsliga bestämmelser om oskäliga avtalsvillkor finns i direktiv 93/13/EEG om oskäliga villkor i konsumentavtal.¹⁴ Direktivet har genomförts i svensk rätt genom lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AVKL).¹⁵ Lagen innehåller både marknadsrättsliga och civilrättsliga bestämmelser om oskäliga avtalsvillkor. Direktivet och lagen är endast tillämpliga på avtalsvillkor i konsumentavtal, men i svensk nationell rätt finns även en lag som gäller avtal mellan näringsidkarna, lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkarna. I nedan framställning behandlas endast det marknadsrättsliga förbudet mot oskäliga avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Marknadsrättsliga bestämmelser om förbud mot oskäliga avtalsvillkor finns i 3–9 §§ avtalsvillkorlagen. Patent- och marknadsdomstolen får enligt 3 och 4 §§ AVKL efter ansökan från Konsumentombudsmannen förbjuda en näringsidkare att använda ett oskäligt avtalsvillkor. Om Konsumentombudsmannen för ett visst fall beslutar att inte göra någon

¹² Direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkarna gentemot konsumenterna på den inre marknaden och om ändring av direktiven 84/450/EEG, 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG och förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder).

¹³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/114/EG av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam (kodifierad version).

¹⁴ Rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal, som den 25 oktober 2011 har ändrats genom direktiv 2011/83/EU.

¹⁵ Den nya lagen ersatte 1971 års lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.

ansökan, får ansökan göras av en sammanslutning av näringsidkare, konsumenter eller löntagare. Förbudet ska som huvudregel förenas med vite och kan om det finns särskilda skäl enligt 6 § AVKL meddelas interimistiskt. I vissa fall får Konsumentombudsmannen även enligt 7 § AVKL meddela ett förbuds föreläggande. Ett sådant föreläggande kan enligt 8 c § AVKL överklagas till Patent- och marknadsdomstolen.

Avtalsvillkorslagen är enligt 1 § tillämplig på avtalsvillkor som näringsidkare använder när de erbjuder varor, tjänster eller andra nyttigheter till konsumenter. Det marknadsrättsliga förbudet i 3 § AVKL är utformat som en generalklausul mot oskäliga avtalsvillkor. Ett sådant avtalsvillkor kan förbjudas förutsatt att det är oskäligt samt om förbudet är motiverat från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse. Bedömningen av om ett avtalsvillkor är oskäligt ska göras utifrån pris och övriga omständigheter. Ett förbud innebär att näringsidkaren i liknande fall i framtiden inte får använda samma eller väsentligen samma villkor när denne erbjuder varor, tjänster eller andra nyttigheter till konsumenter. Ett marknadsrättsligt förbud enligt 3 § AVKL innebär emellertid inte i sig att det enskilda avtalsvillkoret är ogiltigt, men avtalsvillkorslagen innehåller även särskilda civilrättsliga bestämmelser om jämkning av oskäliga avtalsvillkor i konsumentavtal.¹⁶ Förbudet kan riktas mot näringsidkaren som sådan, men även mot den som är anställd hos näringsidkaren och andra som handlar på näringsidkarens vägnar. Förbud kan också riktas mot en sammanslutning av näringsidkare, t.ex. en branschorganisation, som använder eller rekommenderar avtalsvillkor som är oskäliga.

5.3 Lagstiftning om skydd av personuppgifter

För närvarande skyddas personuppgifter i Sverige genom personuppgiftslagen (1998:204) (PUL). Lagen genomför direktiv 95/46/EG om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter (dataskyddsdirektivet).¹⁷ EU beslutade emellertid i april 2016 att anta ett nytt regelverk för behandling av personuppgifter. I detta s.k. dataskyddspaket ingår bl.a. förordning (EU) 2016/679 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter (allmän dataskyddsförordning), som ersätter EU:s dataskyddsdirektiv och nationell lagstiftning som genomför direktivet.¹⁸

Dataskyddsförordningen har trätt i kraft, men ska tillämpas i medlemsstaterna först den 25 maj 2018. En förordning är direkt tillämplig och behöver därför inte genomföras i nationell rätt. Syftet med dataskyddsförordningen är att skydda fysiska personers grundläggande rättigheter och friheter i samband med behandling av personuppgifter. Förordningen syftar även till att säkerställa det fria flödet av personuppgifter inom unionen, som inte får begränsas eller förbjudas av skäl som rör skyddet för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter. Förordningen begränsar alltså medlemsstaternas möjlighet att anta nationell lagstiftning som begränsar det fria flödet av personuppgifter inom unionen.

Personuppgiftslagen och dataskyddsförordningen innehåller i första hand bestämmelser om fysiska personers rättigheter samt vilka krav som ställs på den som samlar in, lagrar eller på annat sätt behandlar personuppgifter.

¹⁶ 11 § lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, som även hänvisar till 36 § lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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).

Genom den nya dataskyddsförordningen tillkommer nya rättigheter och krav. En av dessa rättigheter är den s.k. rätten att bli bortglömd. Förordningen inför även ett nytt krav på ”inbyggt dataskydd” och ”dataskydd som standard”. För behandling av personuppgifter krävs som huvudregel den registrerades samtycke. Det finns dock även möjlighet att behandla personuppgifter utan samtycke, om det är nödvändigt för ett ändamål som rör den personuppgiftsansvariges intressen, om inte den registrerades intressen eller grundläggande rättigheter eller friheter väger tyngre. Om samtycke krävs ska det vara en ”frivillig, specifik, informerad och otvetydig viljeyttring, genom vilken den registrerade, antingen genom ett uttalande eller genom en entydig bekräftande handling, godtar behandling av personuppgifter som rör honom eller henne”. Särskilda krav gäller vid behandling av barns personuppgifter.

5.4 Marknadsrättens tillämplighet på kostnadsfritt tillhandahållande av sociala media, söktjänster och andra informationssamhällets tjänster

Marknadsföringslagen är i första hand tillämplig då en näringsidkare marknadsför eller själv efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet (2 § MFL). En förutsättning för att förbudet i 3 § AVKL ska bli tillämpligt är att avtalsvillkoret används av en näringsidkare. Leverantörer av sociala media och andra av informationssamhällets tjänster använder, som framgått av tidigare redogörelse, ofta en affärsmodell som bygger på att tjänsten är annonsfinansierad och tillhandahålls kostnadsfritt för konsumenten. Fråga är därför närmast om tillhandahållandet ska betraktas som ”näringsverksamhet” och om erbjudandet haft samband med denna. Begreppet ”näringsidkare” har i princip samma innebörd i båda lagarna. I 3 § MFL definieras ”näringsidkare” som ”en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten”. I 2 § AVKL definieras ”näringsidkare” som ”en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med hans näringsverksamhet, oavsett om den är offentlig eller privat”.

Begreppen ”näringsidkare” och ”näringsverksamhet” ska normalt tolkas vidsträckt inom marknadsrätten. Frågan om vad som avses med dessa begrepp i avtalsvillkorlagens mening har inte särskilt behandlats i Marknadsdomstolens rättspraxis, men det framgår av förarbetsuttalanden att begreppet ”näringsverksamhet” enligt direktiv 93/13/EEG torde ha samma betydelse som i svensk konsumenträtt i övrigt.¹⁹ Med ”näringsverksamhet” avses enligt Marknadsdomstolens rättspraxis yrkesmässigt bedriven verksamhet av ekonomisk art, oberoende av om verksamheten bedrivs i vinstsyfte.²⁰ I MD 2001:21 fann domstolen exempelvis att en person som kostnadsfritt tillhandahållit en produkt (datorprogram för avkodning av satellitsändningar) och information (kodnycklar för avkodning) på en webbplats bedrev näringsverksamhet i marknadsföringslagens mening eftersom erbjudandet hade som syfte att dra till sig ett stort antal besökare som möjliggjorde intäkter från annonser. Att erbjudandet till konsumenten är kostnadsfritt torde alltså inte i sig innebära att leverantören inte ska vara att anse som näringsidkare. Det ska samtidigt understrykas att den kostnadsfria produkten och tjänsterna i det nämnda målet hade ett starkt samband med de annonserade produkterna.

Det framgår av 2 § MFL respektive 2 § AVKL att det måste finnas en samband mellan marknadsföringen eller erbjudandet och leverantörens näringsverksamhet för att lagarna ska bli tillämpliga. Frågan har i förhållande till marknadsföringslagen, som anmärkts ovan, bl.a. prövats i MD 2001:21. Marknadsdomstolen har emellertid ännu inte haft anledning att särskilt pröva frågan i förhållande till avtalsvillkorlagen. Förutom nyssnämnda rättspraxis har motsvarande

¹⁹ Prop. 1994/95:17 ss. 88-89.

²⁰ Se bl.a. MD 1994:21.

fråga även prövats av EU-domstolen i samband med intrång i varumärkesrätt. Även i varumärkesrätten krävs användning i näringsverksamhet. I de förenade målen C-236/08-C-238/08 fann EU-domstolen att ett söktjänstleverantörsbolag utövade affärsverksamhet som syftade till att ge ekonomisk vinst när det för vissa kunders räkning lagrade sökord bestående av kännetecknen och såg till att annonser visades utifrån dessa sökord.²¹ Det saknade för frågan om bolaget bedrev näringsverksamhet betydelse att söktjänsten tillhandhölls kostnadsfritt för de användare som annonserna riktade sig till. Att söktjänstbolaget utövade ”näringsverksamhet” innebar dock inte att bolaget under ovan nämnda omständigheter själv använde kännetecknen. Att en leverantör av sociala media eller andra informationssamhällets tjänster ska anses vara ”näringsidkare” och bedriva ”näringsverksamhet” i avtalsvillkorslagens mening torde på samma sätt vara skild från frågan om det enskilda avtalsvillkoret har samband med dennes näringsverksamhet.

Sammanfattningsvis kan konstateras att ett kostnadsfritt tillhandahållande inte utesluter att en affärsmetod eller avtalsvillkor kan omfattas av förbuden i marknadsföringslagen respektive avtalsvillkorslagen.

Det kan räcka att verksamheten är annonsfinansierad för att den ska anses vara av ekonomisk art. Det är emellertid inte tillräckligt att den som ansökan eller föreläggandet avser är att anse som näringsidkare, utan det krävs också att den aktuella åtgärden eller erbjudandet har samband med dennes näringsverksamhet. Det är med ledning av Marknadsdomstolens rättspraxis oklart hur starkt sambandet måste vara, men det är inte uteslutet att ett samband kan föreligga redan genom att annonsintäkterna är en nödvändig förutsättning för det kostnadsfria tillhandahållandet av en tjänst eller vara. Här kan dock produktens art ha betydelse eftersom annonsintäkter t.ex. även kan vara en nödvändig förutsättning för en dagstidnings kostnadsfria tillhandahållande av redaktionellt material på sin webbplats.

5.5 Marknadsrättens förhållande till skyddet av personuppgifter

Marknadsföringslagen och avtalsvillkorslagen syftar till att skydda konsumenters ekonomiska rättigheter. För att ett enskilt avtalsvillkor ska omfattas av avtalsvillkorslagens tillämpningsområde torde det därför ha betydelse om villkoret erbjudits en person i egenskap av konsument. I förarbetena till lagen uttalas bl.a. att frågan om lagen ska anses tillämplig på olika kollektivavtalsgrundande försäkringar får avgöras med ledning av om erbjudandet lämnats ”till konsumenter”. Ett motsvarande resonemang har förts beträffande marknadsföringslagens tillämpningsområde i förhållande till diskriminerande reklam.²² Personuppgiftslagen och dataskyddsförordningen skyddar människors grundläggande rättigheter och friheter i samband med behandling av personuppgifter, inte människor i egenskap av konsumenter.

Ett användarvillkor om behandling av personuppgifter har vanligtvis som huvudsakligt syfte att efterkomma nämnda lagstiftning om skydd av personuppgifter. Det finns emellertid inget som hindrar att ett avtalsvillkor har mer än ett syfte. Frågan är därför om ett sådant villkor i sammanhanget även har en annan funktion som gör att det i avtalsvillkorslagens mening kan anses vara ett villkor som en näringsidkare erbjuder en konsument.

²¹ Domstolens dom den 23 mars 2010 i de förenade målen C-236/08-C-238/08 Google France SARL och Google Inc. mot Louis Vuitton Malletier SA m.fl. (ECLI:EU:C:2010:159).

²² MD 1976:8.

Det kan här konstateras att en leverantör av sociala media i huvudsak erbjuder användare tillgång till ett s.k. socialt nätverk – en teknisk plattform – för att göra inlägg och skicka meddelanden till andra användare. Erbjudandet till användaren är vanligtvis kostnadsfritt och tjänsteleverantören gör i stället förtjänst på att vidareförsälja den uppmärksamhet som denne skördat genom att aggregera och tillhandahålla användargenererat innehåll till annonsörer. I traditionell annonsfinansierad massmedia är det senare erbjudandets värde i huvudsak beroende av antalet tittare, lyssnare eller läsare. Det som differentierar en leverantör av sociala medias erbjudande är, som framgått av den tidigare redogörelsen, inte enbart antalet användare, utan framförallt dennes förmåga att rikta annonser till enskilda användare. För tjänsteleverantörens erbjudande till annonsörer är det alltså avgörande att denne kan analysera användarnas personuppgifter för att rikta annonser. **Tillgång till användarens personuppgifter och rätt att använda dessa för att rikta annonser utgör alltså i vart fall en underförstådd del av användarens motprestation för kostnadsfri tillgång till tjänsten.** Det kan emellertid konstateras att användningsvillkoren inte förpliktar användaren att prestera något, t.ex. att lämna över vissa personuppgifter. En sådan underförstådd förutsättning för tjänstens tillhandahållande är heller inte nödvändigtvis ett ”avtalsvillkor” i avtalsvillkorlagens mening även om det utgör en central del av tjänsteleverantörens affärsmodell.

Ett avtalsvillkor i civilrättslig mening måste emellertid inte avse en aktiv handling, såsom en betalning i pengar eller leverans av en vara eller tjänst, en avtalspart kan också med bindande verkan förplikta sig att underlåta att göra något.

Samtycke till behandling av personuppgifter har denna karaktär. Den registrerade tillåter tjänsteleverantören att göra något som annars hade varit förbjudet enligt dataskyddslagstiftningen, det vill säga att behandla konsumentens personuppgifter, t.ex. genom profilering eller att överföra dem till tredje man. Samtycket har likhet med rättighetshavarens åtagande vid avtal om immaterialrätter. Ett sådant avtal har ofta i rättspraxis och i litteraturen, särskilt i amerikansk rätt, beskrivits som ”a covenant not to sue”.²³ Ett åtagande som innebär att någon som har ett rättsligt anspråk mot någon annan efterger detta anspråk. Eftergiften kan utgöra vederlag för något som motparten ska prestera. Den omständigheten att en konsument endast har förpliktat sig att utge ersättning genom att efterge ett rättsligt anspråk som denna annars skulle haft mot en leverantör av sociala media eller andra informationssamhällets tjänster innebär alltså inte nödvändigtvis i sig att detta villkor saknar samband med erbjudandet av en vara, tjänst eller annan nytta i avtalsvillkorlagens mening.

Med hänsyn till det anförda torde villkor som avser behandling av personuppgifter i användningsvillkor för sociala media eller andra av informationssamhällets tjänster principiellt kunna utgöra avtalsvillkor i avtalsvillkorlagens mening.

²³ Se bl. a. United States Court of Appeals for the Federal Circuit yttrande i målet TransCore mot Electronic Transaction Consultants (2008-1340), [<http://www.cafc.uscourts.gov/sites/default/files/opinions-orders/08-1430.pdf>] (hämtad 2017-03-22). Domstolen jämställde ”a covenant not to sue” med en upplåtelse av patenträttigheterna. Patenträtten ansågs därför konsumerad på samma sätt som om den hade upplåtits.

5.6 Förbud mot oskäligen användningsvillkor om personuppgifter

5.6.1 Avtalsvillkorlagens tillämplighet på användningsvillkor om behandling av personuppgifter

För att det marknadsrättsliga förbudet mot oskäligen avtalsvillkor i 3 § AVKL ska vara tillämpligt krävs enligt 1 § samma lag att det är fråga om ett avtalsvillkor som används av en näringsidkare när denne erbjuder varor, tjänster eller andra nyttigheter till konsumenter. En första förutsättning är att förbudet ska bli tillämpligt på användningsvillkor för sociala media och andra av informationssamhällets tjänster är att sådana villkor är att anse som "avtalsvillkor" i lagens mening. Eftersom tillhandahållande av sådana tjänster ofta sker kostnadsfritt för användaren är det även nödvändigt att bedöma om tjänsteleverantören är att betrakta som "näringsidkare" och om tillhandahållandet av tjänsten har samband med dennes näringsverksamhet. Det är också nödvändigt att göra en gränsdragning mellan avtalsvillkorlagens tillämpningsområde och skyddet för personuppgifter. **Ett samtycke till behandling av personuppgifter är nämligen inte i sig ett villkor som näringsidkaren erbjuder till någon i egenskap av konsument, utan syftar huvudsakligen till att efterkomma lagstiftning om skydd för en fysisk persons grundläggande rättigheter och friheter.**

Det har konstaterats att ett kostnadsfritt tillhandahållande av sociala media, söktjänster eller andra informationssamhällets tjänster enligt avtalsvillkorlagen kan utgöra en vara, tjänst eller annan nyttighet som en näringsidkare erbjuder i sin näringsverksamhet. Ett villkor för behandling av personuppgifter som har samband med erbjudandet kan därför principiellt vara ett "avtalsvillkor" enligt 3 § i samma lag.

Vad som menas med ett "avtalsvillkor" definieras inte i avtalsvillkorlagen. Det framgår dock av förarbetsuttalanden att något avtal inte faktiskt behöver ha slutits mellan näringsidkaren och en konsument, det är tillräckligt att avtalsvillkoren har "erbjudits" konsumenterna. Det framgår även att avtalet kan vara muntligt eller skriftligt.²⁴ Avtalsvillkorlagens marknadsrättsliga bestämmelser tar inte sikte på ett konkret avtalsförhållande, utan förbjuder användande av avtalsvillkor som typiskt sett är oskäligen mot konsumenterna (se även 4.6.2 nedan).

Användningsvillkor för tillhandahållande av sociala media är normalt skriftliga och deras uttryckliga godkännande är vanligtvis en förutsättning för att få tillgång till tjänsten. Godkännandet sker normalt i samband med, och är en förutsättning för, att användaren ska kunna skapa ett konto. Detsamma gäller för söktjänster, även om dessa vanligtvis inte kräver att användaren skapar ett konto, även om detta uppmuntras av tjänsteleverantören och kan vara ett krav för att få tillgång till vissa delar av tjänsten. Användaren anses i stället ha godkänt villkoren (konkludent) genom fortsatt användning av tjänsten. Det senare är också det vanliga på dagstidningars och liknande webbplatser. I vissa användningsvillkor anges vidare uttryckligen att dessa utgör ett avtal mellan användaren och tjänsteleverantören.

Med hänsyn till det anförda torde det normalt saknas anledning att betrakta ovan nämnda användningsvillkor som något annat än "avtalsvillkor" i avtalsvillkorlagens mening, om lagens övriga förutsättningar är uppfyllda.

Det förekommer att villkor om behandling av personuppgifter och godkännande av dessa utgör en integrerad del av tjänstens användningsvillkor ("terms of service"), men det förekommer också att villkor om behandling av personuppgifter utgör en självständig handling som vanligtvis benämns

²⁴ Prop. 1994/95:17 s. 86.

integritetspolicy ("privacy policy"). En integritetspolicy är inte nödvändigtvis ett avtal, utan innehåller i första hand information som den personuppgiftsansvarige är skyldig att lämna enligt lagstiftningen om skydd av personuppgifter. En tjänsteleverantör måste även lämna information till användare om dess användning av s.k. "kakor" ("cookies") på webbplatsen.²⁵ Sådan information lämnas inte nödvändigtvis till användaren i egenskap av konsument, utan för att skydda användarens grundläggande rättigheter och friheter.

Det har emellertid ovan konstaterats att ett samtycke till behandling av personuppgifter även kan ha en annan funktion (se 4.5). **Det är därför inte uteslutet att betrakta villkor om behandling av personuppgifter som förekommer i anslutning till att en fysisk person lämnar ett sådant samtycke som ett avtalsvillkor enligt avtalsvillkorlagen.** Även om en fristående integritetspolicy eller annan information inte i sig ska betraktas som avtalsvillkor kan denna anses utgöra prekontraktuell information som kan göra ett avtalsvillkor oskäligt.²⁶ Informationen som sådan kan även strida mot annan marknadsrättslig lagstiftning (se 4.7.4). Ett användningsvillkor om behandling av personuppgifter kan alltså i vissa sammanhang anses vara ett avtalsvillkor som erbjudits en fysisk person i dennes egenskap av konsument. I det senare fallet torde en prövning av villkoret kunna göras enligt avtalsvillkorlagen.

5.6.2 Bedömning av vad som utgör oskäliga användningsvillkor

Ett avtalsvillkor kan förbjudas enligt 3 § AVKL under förutsättning att det är oskäligt samt om förbudet är motiverat från allmän synpunkt eller annars ligger i konsumenternas eller konkurrenternas intresse. Det har ovan konstaterats att användningsvillkor om behandling av personuppgifter kan utgöra ett avtalsvillkor enligt avtalsvillkorlagen. Ett sådant villkor är emellertid inte i sig oskäligt mot konsumenter. Bedömningen av om ett avtalsvillkor är oskäligt ska enligt 3 § göras med hänsyn till pris och övriga omständigheter. Bedömningen tar inte sikte på något konkret avtalsförhållande, utan sker abstrakt genom att lagen förbjuder avtalsvillkor som typiskt sett är otillbörliga mot konsumenter.²⁷ Vad som avses med att ett avtalsvillkor är "oskäligt" framgår av direktiv 93/13/EEG. I artikel 3 anges att ett villkor är "oskäligt om det i strid med kravet på god sed medför en betydande obalans i parternas rättigheter och skyldigheter enligt avtalet till nackdel för konsumenten". Det framgår även av artikel 4 att bedömningen enligt kravet på "god sed" görs utifrån en samlad bedömning av olika berörda intressen. I en bilaga till direktivet finns dessutom en vägledande, icke uttömmande, förteckning över villkor som typiskt sett kan anses vara oskäliga. Förteckningen har inte tagits in i den svenska lagen, men kan liksom direktivet i övrigt vara vägledande vid tolkning av de nationella bestämmelserna. De villkor som anges i listan kan vara relevanta för att bedöma om användningsvillkor för sociala media, söktjänster och andra informationssamhällets tjänster är oskäliga, men berör inte uttryckligen villkor för behandling av personuppgifter. Det senare är naturligt eftersom direktivet tillkom både innan dataskyddsdirektivet antogs och innan internet slog igenom hos konsumenter.

EU-kommissionen och medlemsstaternas konsumentskyddsmyndigheter har emellertid den 16 mars 2017 uppmanat vissa leverantörer av sociala medier och söktjänster att med stöd i direktiv 93/13/EEG anpassa sina användningsvillkor till unionens konsumentskyddslagstiftning.²⁸ Detsamma gäller den norska konsumentskyddsmyndigheten som den 3 november 2016 efter en anmälan undersöker om användningsvillkor som används av vissa tillverkare av s.k. "fitnessarmband" överensstämmer med norska marknadsrättsliga bestämmelser om oskäliga avtalsvillkor. Det gemensamma för dessa fall är att villkoren för behandling av personuppgifter

²⁵ Lag (2003:389) om elektronisk kommunikation.

²⁶ Artikel 4 i direktiv 93/13/EEG. Se även Bernitz, Ulf, "Standardavtalsrätt" (2008), s. 183.

²⁷ Bernitz, Ulf, "Standardavtalsrätt" (2008), s. 171 ff.

²⁸ Europeiska kommissionens pressmeddelande den 17 mars 2017 (IP/17/631).

varit oklara eller ofullständiga, att erbjudandet har varit icke-transparent och oöverblickbart för konsumenten. Konsumenten har därför inte utan betydande svårigheter kunnat fatta ett välgrundat affärsbeslut för att låna ett uttryck från marknadsföringslagen. Konsumenten har eftergett sin rätt till privatlivets integritet utan att kunna bedöma vad samtycket kan komma att omfatta eller med ett bildligt uttryck vilket ”pris” denne kan komma att få betala för att avstå från sina rättigheter.

Det är klart att sådan bristande information till användaren i samband med samtycke om behandling av personuppgifter kan innebära en överträdelse av lagstiftningen om skydd av personuppgifter. Det är emellertid inte uteslutet att det i vissa sammanhang också kan utgöra en överträdelse av avtalsvillkorslagen.

Bedömningen ska bl.a. göras utifrån parternas inbördes styrkeförhållande och tjänsteleverantören intar normalt en sådan stark ställning att konsumenten inte har någon faktisk möjlighet att påverka innehållet i användningsvillkoren. Detta gäller särskilt ledande sociala nätverk som en konsument kan vara beroende av både för sitt privatliv och yrkesliv. I praktiken kan det också saknas alternativa tjänster på grund av s.k. nätverkseffekter. Konsumenten kan t.o.m. vara utsatt för ett starkt socialt tvång att ansluta sig till vissa sådana nätverk. Syftet med direktivet är, som framgår av ingressen till detta, att skydda konsumentens ekonomiska intressen mot att näringsidkaren missbrukar sin starka ställning. **Det torde därför inte vara uteslutet att de villkor som sådana tjänsteleverantörer använder är att anse som oskäliga förutsatt att de vid en samlad bedömning uppvisar en betydande obalans mellan rättigheter och skyldigheter till nackdel för konsumenten.** Det ska emellertid konstateras att bedömningen, enligt artikel 4.2 i direktivet, inte får avse bestämningen av avtalets huvudföremål. Detsamma gäller förhållandet mellan å ena sidan priset eller ersättningen och å andra sidan den sålda tjänsten eller varan. Det framgår av ingressen till direktivet att det som avses är en jämförelse mellan pris och kvalitet. Detta gäller dock endast i den utsträckning villkoren är klart och begripligt formulerade. Det torde alltså inte gå att förbjuda affärsmodellen som sådan, även om den typiskt sett kännetecknas av en betydande obalans mellan parternas prestationer till konsumentens nackdel. Avtalsvillkorslagen bör dock kunna användas för att förbjuda användningsvillkor som på ovan beskrivet sätt inte uppfyller lagens krav på klarhet och begriplighet.

5.7 Förbud mot otillbörliga affärsmetoder som avser behandling av personuppgifter

5.7.1 Marknadsföringslagens tillämpningsområde

Marknadsföringslagen är i första hand tillämplig då en näringsidkare marknadsför eller själv efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet (2 § MFL). Begreppet ”produkter” respektive ”näringsidkare” har redan behandlats ovan. Det har också konstaterats att marknadsföringslagen endast skyddar människor i deras egenskap av konsumenter, men att användningsvillkor om behandling av personuppgifter kan ha fler än en funktion och att det inte är uteslutet att sådana villkor även berör konsumenters ekonomiska intressen. Det som kan väcka tvivel är frågan om erbjudandet av sådana användningsvillkor ska anses utgöra ”marknadsföring” i marknadsföringslagens mening. Begreppet ”marknadsföring” definieras enligt 3 § MFL som ”reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter inbegripet en näringsidkares handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter till konsumenter eller näringsidkare”.

Det följer redan av bestämmelsens ordalydelse att begreppet ska tolkas extensivt och det har också varit fallet i rättspraxis. I 2008 års marknadsföringslag utvidgades tillämpningsområdet ytterligare genom att lagen blev tillämplig på åtgärder och beteende ”efter”, inte bara ”före” eller ”under”, försäljning eller leverans av produkter. Det är här också värt att lägga märke till att direktiv 2005/29/EG, som lagen genomför, använder begreppet otillbörliga ”affärsmetoder”, inte ”marknadsföring”. Den svenske lagstiftaren valde emellertid att behålla det i svensk rätt sedan tidigare etablerade begreppet ”marknadsföring”. Det var emellertid lagstiftarens syfte att begreppet skulle ha samma innebörd som i direktivet, vilket bl.a. kommer till uttryck genom den ovan nämnda utvidgade definitionen. **Tillämpningsområdet är alltså mycket vidsträckt och får åtminstone numera förmodas överlappa med avtalsvillkorlagens tillämpningsområde.** Det kan dock här räcka att konstatera att marknadsföringslagen i stor utsträckning utgör ett komplement till avtalsvillkorlagen i fall där det otillbörliga beteendet inte manifesteras i ett avtalsvillkor eller fall där det över huvud taget inte finns något avtal mellan parterna. I nedanstående framställning diskuteras marknadsföringslagen alltså i första hand som ett sådant komplement.

5.7.2 Förbud mot otillbörlig marknadsföring

Marknadsföringslagen är uppbyggd kring en generalklausul, ett allmänt förbud mot otillbörlig marknadsföring. Marknadsföring ska enligt 5 § MFL stämma överens med god marknadsföringssed. Marknadsföring som strider mot god marknadsföringssed är enligt 6 § MFL att anse som otillbörlig om den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Vad som menas med god marknadsföringssed definieras i 3 § MFL. God marknadsföringssed är ”god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter”. God affärssed är i första hand ICC:s grundregler för reklam och marknadskommunikation.²⁹ Dessa har dock ett mer vidsträckt tillämpningsområde än marknadsföringslagen. Artikel 4 i grundreglerna anger t.ex. att näringsidkare i sin marknadsföring ska ta ett socialt ansvar och omfattar uttryckligen diskriminerande reklam, vilket inte är fallet med marknadsföringslagen.

Det är alltså nödvändigt att bedöma om en norm som kommer till uttryck i grundreglerna eller andra uppförandekoder avser att ”skydda konsumenter [...] vid marknadsföring av produkter”, det vill säga skydda en person i hans eller hennes egenskap av konsument. Det är trots det värt att lägga märke till att grundreglerna innehåller bestämmelser om integritetsskydd och skydd för personuppgifter. Ett sådant skydd får anses utgöra god affärssed och att näringsidkaren vid insamling av personuppgifter enligt grundreglerna ska iaktta även sådana integritetsskyddande normer och regler. Artikel 19 i grundreglerna innehåller sådana särskilda normer för skydd av personuppgifter. Dessa överensstämmer i allt väsentligt med gällande dataskyddslagstiftning. Bestämmelserna ställer bl.a. särskilda krav vid insamling av barns personuppgifter. Det är också ett krav att den som samlar in personuppgifter ska ha en integritetspolicy. I länder som saknar integritetsskyddande lagstiftning bör näringsidkaren dessutom anta och tillämpa de principer som återfinns i ”ICC Privacy Toolkit”.

5.7.3 Lagstridighetsprincipen

Lagstiftning som står i strid med annan lagstiftning eller som är ägnad att leda till lagöverträdelse har i rättspraxis ansetts otillbörlig i enlighet med lagstridighetsprincipen. Sådant marknadsföring anses strida mot god marknadsföringssed och kan förbjudas med stöd av generalklausulen i 5 § MFL.³⁰ Det följer även av punkten 9 i direktivbilagan att det är otillbörligt att ”Ange eller på annat sätt skapa intryck av att det är lagligt att sälja en produkt när så inte är fallet”. Även artikel 1 i ICC:s

²⁹ http://reklamombudsmannen.org/shared-media/media/final_marketing_code_swe.pdf

³⁰ Prop. 2007/08:115 s. 70.

grundregler anger att marknadskommunikation ”ska vara laglig”. Frågan om en överträdelse av personuppgiftslagen även ska anses vara en överträdelse av marknadsföringslagen har emellertid inte prövats i Marknadsdomstolens rättspraxis. **Det är dock inte uteslutet att lagstridighetsprincipen skulle kunna bli tillämplig i vissa fall av marknadsföring av produkter eller tjänster som strider mot lagstiftningen om personuppgiftsskydd.** Det är här värt att peka på att punkten 9 i direktivbilagan i första hand tar sikte på fallet att näringsidkaren felaktigt eller vilseledande påstår att produkten är laglig när så inte är fallet. **En tillverkare av ”fitness-armband” som vilseleder eller underlåter att lämna väsentlig information i sin integritetspolicy om att dess produkt samlar in personuppgifter i strid med lagstiftningen om personuppgiftsskydd är snarare en form av vilseledande marknadsföring.**

5.7.4 Vilseledande användningsvillkor eller integritetspolicy

Marknadsföringslagen innehåller ett särskilt förbud mot vilseledande marknadsföring. Marknadsföring som är vilseledande är enligt 8 § MFL att anse som otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Bestämmelsen hänvisar till ett antal s.k. katalogbestämmelser i 9, 10 och 12-17 §§ MFL som anger vad som avses med att marknadsföring är vilseledande. I 10 § MFL anges att en näringsidkare vid marknadsföringen inte får använda sig av felaktiga påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annans näringsverksamhet. Detsamma gäller enligt 10 § tredje stycket vilseledande underlåtenhet, som innebär att näringsidkaren utelämnar väsentlig information i marknadsföringen av sin egen eller någon annans näringsverksamhet. Med vilseledande utelämnande avses även sådana fall när den väsentliga informationen ges på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller annat olämpligt sätt. Vid bedömningen av om en framställning utgör sådan vilseledande underlåtenhet, får enligt 11 § MFL beaktas det använda kommunikationsmediets begränsningar i tid och utrymme samt de åtgärder som näringsidkaren har vidtagit för att på något annat sätt lämna informationen.

Det har redan konstaterats att avtalsvillkorlagen ställer vissa krav på att avtalsvillkor ska vara klara och begripliga. Ett avtalsvillkor som inte uppfyller dessa krav kan vara oskäligt. Ett sådant villkor kan också strida mot förbudet mot vilseledande marknadsföring i marknadsföringslagen. Ett felaktigt eller vilseledande påstående om hur näringsidkaren behandlar personuppgifter kan utgöra vilseledande marknadsföring enligt 8 och 10 §§ MFL oberoende av om påståendet gjorts i ett avtalsvillkor eller om det endast lämnats i en integritetspolicy eller liknande information. Detsamma gäller, som ovan nämnts, om näringsidkaren i strid med punkten 9 i direktivbilagan påstår att produkten överensstämmer med de krav som föreskrivs i lagstiftningen om personuppgiftsskydd. Sådana påståenden är påståenden om varans egenskaper och torde normalt ha väsentlig betydelse för konsumentens beslut att köpa eller inte köpa produkten. En tillverkare som använder uttryck som ”inbyggt dataskydd” och ”dataskydd som standard” bör t.ex. kunna visa att produkten uppfyller dessa krav i dataskyddsförordningen. Detsamma gäller påståenden om att näringsidkaren följer en sådan godkänd uppförandekod eller innehar en sådan godkänd certifiering som anges i förordningen (punkten 2 i direktivbilagan).

Det får dock normalt även antas att information om hur näringsidkaren hanterar personuppgifter, t.ex. om dessa lämnas ut till tredje man, är sådan väsentlig information som avses i 10 § tredje stycket MFL. En tjänsteleverantör som samlar in personuppgifter, utan att klart och tydligt informera om detta torde normalt göra sig skyldig till vilseledande underlåtenhet. Detsamma torde regelmässigt gälla när tjänsteleverantören lämnar ut personuppgifter till tredje man utan att klart och tydligt informera användarna. Det bör finnas goda möjligheter att förbjuda sådana otillbörliga affärsmetoder med stöd i marknadsföringslagen.

6 Personuppgifter och marknad: breddad analys

Detta kapitel beskriver några av de väsentliga strukturella utmaningarna som hanteringen och betydelsen av personuppgifter medför utifrån ett konsumentperspektiv. Vi summerar därmed det rättsanalytiska kapitel 4 och placerar in detta i en bredare marknadskontext med fokus på avtalsrelationer, på betydelsen av transparens och informationsasymmetrier, samt utmaningarna med att både förstå, teckna och reglera det allt komplexare ”dataekosystem” som helheten av insamling, bearbetning, analys, hantering och handel med data kommit att medföra i det digitala samhället.

Ovan har argumenterats för åtminstone tre explicita relationer som utgår från konsumenten som den svagare parten och där insamlandet av personuppgifter är centralt:

1. Konsument med tydlig avtalsrelation till tjänsteleverantör som inkluderar hantering av personuppgifter, exv. en social medietjänst;
2. Konsument med otydlig men befintlig avtalsrelation till tjänsteleverantör, exv. besökare vid dagstidning online;
3. Konsument med obefintlig avtalsrelation till datahanterande kommersiell aktör, exv. en datamäklare.

Konsumentskyddet är i mycket avhängigt just det relationella upplägget, där fokus ligger vid relationen näringsidkare-konsument.

Det pågår även en utredning med uppdrag att kartlägga den nya delningsekonomin och se över olika användares roller och rättsliga ställning (Dir. 2015:136). En för utredningen central problemställning rör förhållandet mellan parterna, där mycket av konsumenträtten är utformad utifrån att det är en professionell näringsidkare som säljer en vara eller en tjänst till en privatperson, medan det med ”delningsekonomi” i första hand är privatpersoner som handlar med varandra, även om en centralt organiserande näringsidkare är med och koordinerar (och tar del av intäkter). Utredaren Karin Bradley har i intervjuer poängterat att hon framförallt har ett konsumentperspektiv, exv. vad man kan förvänta sig om varan eller tjänsten inte håller vad den lovar (DN 16/2, 2016). Uppdraget ska redovisas senast den 31 mars 2017.

Oavsett om den s.k. delningsekonomin medför viktiga frågor om relationen mellan konsumenter så administreras ofta dessa tjänster av någon typ av digital plattformaktör, som konsumenterna oftast har någon typ av avtalsrelation till, som även inkluderar hur deras data kan eller får användas.

6.1 Rättsanalytisk summering

Som ovan konstaterats, i det rättsanalytiska kapitel 4, finns det ett flertal rättsliga argument som visar på hur Konsumentombudsmannens centrala marknadsrättsliga regleringar kan vara tillämpliga på personuppgiftsområdet. Vi summerar här de resultat vi finner mest väsentliga.

6.1.1 Allmänt om marknadsrättens tillämplighet

- A. Ett kostnadsfritt tillhandahållande *utesluter inte* att en affärsmetod eller avtalsvillkor kan omfattas av förbuden i marknadsföringslagen respektive avtalsvillkorlagen.
- B. Ett användningsvillkor om behandling av personuppgifter har vanligtvis som huvudsakligt syfte att efterkomma nämnda lagstiftning om skydd av personuppgifter.

Det finns emellertid inget som hindrar att ett avtalsvillkor har mer än ett syfte. *Frågan är därför* om ett sådant villkor i sammanhanget även har en annan funktion som gör att det i avtalsvillkorlagens mening kan anses vara ett villkor som en näringsidkare erbjuder användaren i egenskap av konsument.

- C. Tillgång till användarens personuppgifter och rätt att använda dessa för att rikta annonser utgör enligt tjänsteleverantörens affärsmodell en underförstådd del av användarens motprestation för kostnadsfri tillgång till tjänsten.
- D. Samtycke till behandling av personuppgifter förpliktar inte användaren att prestera något, utan har civilrättsligt karaktären av en eftergift. Den registrerade tillåter tjänsteleverantören att göra något som annars hade varit förbjudet enligt dataskyddslagstiftningen, det vill säga att behandla konsumentens personuppgifter, t.ex. genom profilering eller att överföra dem till tredje man. En eftergift kan lämnas som en motprestation, utgöra en form av vederlag.

6.1.2 Om avtalsvillkorlagens tillämplighet

- A. Det torde normalt saknas anledning att betrakta ovan nämnda användningsvillkor som något annat än "avtalsvillkor" i avtalsvillkorlagens mening, om lagens övriga förutsättningar är uppfyllda.
- B. Ett samtycke till behandling av personuppgifter är inte i sig ett villkor som näringsidkaren erbjuder till någon i egenskap av konsument, utan syftar huvudsakligen till att efterkomma lagstiftning om skydd för en fysisk persons grundläggande rättigheter och friheter.
- C. Det är med hänsyn till vad som sägs i 5.1.1 inte uteslutet att betrakta villkor om behandling av personuppgifter som förekommer i anslutning till att en fysisk person lämnar ett sådant samtycke som ett (köprättsligt) avtalsvillkor enligt avtalsvillkorlagen.
- D. Det är klart att bristande information till användaren i samband med samtycke om behandling av personuppgifter kan innebära en överträdelse av lagstiftningen om skydd av personuppgifter. Det är emellertid inte uteslutet att det i vissa sammanhang också kan utgöra en överträdelse av avtalsvillkorlagen.
- E. Det torde därför inte vara uteslutet att de användningsvillkor som tjänsteleverantörer använder är att anse som oskäligen förutsatt att de vid en samlad bedömning uppvisar en betydande obalans mellan rättigheter och skyldigheter till nackdel för konsumenten. En integritetspolicy kan i sammanhanget utgöra prekontraktuell information.

6.1.3 Om marknadsföringslagens tillämplighet

- A. Marknadsföringslagen kan komplettera avtalsvillkorlagen. Tillämpningsområdet är mycket vidsträckt och får åtminstone numera förmodas överlappa med avtalsvillkorlagens tillämpningsområde.
- B. Det är inte uteslutet att lagstridighetsprincipen skulle kunna bli tillämplig i vissa fall av marknadsföring av produkter eller tjänster som strider mot lagstiftningen om personuppgiftsskydd.
- C. En personuppgiftsinsamlare som vilseleder eller underlåter att lämna väsentlig information i sin integritetspolicy om att dess produkt samlar in personuppgifter i strid med lagstiftningen om personuppgiftsskydd kan vara en form av vilseledande marknadsföring.
- D. Avtalsvillkorlagen ställer vissa krav på att avtalsvillkor ska vara klara och begripliga. Ett avtalsvillkor som inte uppfyller dessa krav kan vara oskäligt. Ett sådant villkor kan också strida mot förbudet mot vilseledande marknadsföring i marknadsföringslagen.

- E. En tjänsteleverantör som samlar in personuppgifter, utan att klart och tydligt informera om detta torde normalt göras sig skyldig till vilseledande underlåtenhet. Detsamma torde regelmässigt gälla när tjänsteleverantören lämnar ut personuppgifter till tredje man utan att klart och tydligt informera användarna.
- F. Det bör finnas goda möjligheter att förbjuda ovan nämnda otillbörliga affärsmetoder med stöd i marknadsföringslagen.

6.2 Avtal och obalans mellan parter

Vi har ovan argumenterat för att det finns skäl för att ifrågasätta vissa framväxande avtalspraktikers funktionalitet, om inte den juridiska praktiken kommit att glida alltför långt ifrån syftet bakom samtycket vid avtal. Från ett konsumentperspektiv väcker det därmed frågor om Konsumentverkets roll och mandat – hur ska verket intervensera, hur kan konsumenterna stärkas och var finns de största behoven?

Problemet med avtalssituationen i den digitala ekonomin är dock inte så mycket att konsumenten inte kan bedöma produktens eller tjänstens kvalitet, utan snarare att konsumenten inte kan avgöra kostnaden – om man med kostnad inkluderar personuppgifter och den information som tjänsteaktören samlar in och osäkerheten i hur den analyseras och används av tjänsteaktören, vem som har insyn i vad, hur annan part köper, förmedlar eller budgiver baserat på kundens information. Kort sagt, även om det är tydligt vad man får av en tjänst, så är det alltför ofta otydligt vad konsekvenserna i realiteten blir av att dela med sig av sin individuella information.

Larsson har, från ett delvis annat perspektiv i en Konsumentverksrapport, även uppmärksammat rådande informationsasymmetrier i den digitala ekonomin som en policyutmaning, och hur bristen på transparens är problematisk ur konkurrenshänseende (Larsson, 2016:12).

6.2.1 Brist på transparens ger en dysfunktionell marknad?

Fungerande konsumentmarknader är centralt för konsumentpolitiken, och vikten av kundens bestämmande och medvetenhet poängteras i den förordning (2015:122) som reglerar Konsumentverket, explicit i 1§, p. 2. När det gäller konsumentens insyn och medbestämmande i linje med Konsumentverkets uppdrag är det väsentligt att förstå hur marknadsincitamenten ser ut. Vilket också framförts av norska Datatilsynet i relation till automatiserad reklamhandel (Datatilsynet, 2015). En kraftigt informationsasymmetrisk marknad kan ses som en dysfunktionell konsumentmarknad på vilken konsumenterna inte kan göra ”väl avvägda val”. När konsumenterna inte har någon kunskap eller vetskap om vad som händer, kan de inte kräva tjänster som ger bättre integritet eller av annat skäl mer legitim hantering av personuppgifter. Detta resulterar i en sektor som inte har några incitament för att tillhandahålla tjänster som är mer integritetsvänliga, vilket i sin tur leder till att vinnaren på marknaden är det företag som har mest data. Den framtida utvecklingen kommer därför att präglas av allt intensivare insamling, analys och handel med personuppgifter, om inte konsumentens transparens ökas.

Gällande området för reklam och marknadsföring tillsattes en utredning den 13 oktober 2016, som skall redovisas senast den 12 januari 2018. Utredare är f.d. Konsumentombudsman och f.d. Generaldirektör för Konsumentverket Gunnar Larsson (Dir. 2016:84). Utredaren ska bland annat analysera och bedöma i vilken utsträckning marknadsföringskanaler och marknadsföringsmetoder är problematiska ur ett konsumentperspektiv, vilket inkluderar frågan om dagens regelverk erbjuder ett tillräckligt och ändamålsenligt skydd samt vilka särskilda utmaningar tillsynsmyndigheten ställs inför under rådande förhållanden.

6.3 Utmaning: personuppgifter som ekosystem

En utmaning från ett konsumentskyddande perspektiv, exv. gällande individens bestämmande över sin data eller andra delar av integritetsreglering kommer av att den digitala konsumentprofileringen ofta använder många olika sorters data från en rad olika källor, både av digitalt såväl som analogt ursprung. King & Forder (2016) påpekar exempelvis att integritetsskyddet ofta utgår ifrån ett underliggande antagande om att data insamlas direkt från datasubjektet (individ) och att datapraktiken ska begränsas till det primära syftet med insamlingen. I realiteten har många av aktörerna som hanterar konsumentdata inte någon direkt relation till de specifika konsumenterna, som datamäklarna exempelvis. Många av de aktörer som hantera konsumenters personuppgifter bereder sig tillgång via sekundära källor och använder datan för syften som inte var kända vid tillfället för ursprunglig insamling (King & Forder, 2016). Detta leder till en brist på transparens som bland annat gör det svårare för konsumenter att opponera mot användningen, exv. genom s.k. opt-out, och för myndigheter eller andra att genomföra tillsyn och kontrollera användningen. Ytterligare en faktor som kan lyftas i relation till tillsyn utifrån en svensk myndighetskontext är att några av de viktigaste aktörerna utgår från USA.

Avgörande för hur konsumentskyddet regleras tycks vara hur man förstår köprelationer. Utmaningen i en "datafierad" kontext är att den grundläggande förståelsen mer poängfullt kunde tecknas som ett "ekosystem" snarare än en tvåpartsrelation mellan två aktörer i direkt relation till varandra. Detta sätter fingret på att strukturella aspekter av hur de datadrivna marknaderna ser ut. Från ett regleringsgrundat och konsumentskyddande perspektiv har dessa kommersiellt drivna strukturer vuxit fram oerhört snabbt, vilket bland annat föranleder en del av de utmaningar vi tecknar i denna rapport. Hur man förstår dessa strukturer och marknadens aktörers interna relationer är en kunskap som otvetydigt behöver stärkas inom såväl akademi som myndigheter. Hur man tecknar och förstår strukturerna och dess aktörer är avgörande för hur policyrelaterat regleringsarbete ser ut. Kort sagt, hur vi förstår dessa datadrivna och digitaliserade fenomen påverkar hur vi reglerar de aktörer som är inblandade (jfr. Larsson, 2017c för en omfattande studie på området).

Detta "ekosystemperspektiv" innebär med andra ord en utmaning från ett konsumentverks-perspektiv där regleringen i mycket är inriktad på relationen mellan två avtalsparter, ofta en näringsidkare och en konsument. Vilken roll spelar exempelvis de s.k. datamäklarna i att förmedla personuppgifter i relationen mellan konsument och tjänsteleverantör? Datamäklarna är specialiserade aktörer som inte nödvändigtvis har någon direkt relation till de enskilda konsumenter de trots allt samlar in data om och bygger profiler på. Det saknas i mycket forskning kring de mer dolda datamäklande aktörerna och vad deras praktik betyder för konsumenter, hur den utvecklas och påverkar andra branscher när de utnyttjar datamäklarnas konsumentprofilering. Det inkluderar regleringsfrågor och vad Roderick från ett nordamerikanskt perspektiv kallar en "odious under-regulation of this industry" (2014). Roderick (2014) gör en bra genomgång av den konsumentfokuserade datamäklariindustrin i USA; dess uppkomst och framväxt, varför den har lyckats undvika reglering, hur konsumentinformationen används, komplicerade "opt-out"-processer, och hur stora summor som inblandade. I någon mening är datamäklare innovatörer på marknaden för öppna data, vilket sett från ett konsumentperspektiv inte är utan problem (jfr. Larsson, 2017a).

Men vilket ansvar har en informationsmäklare för att konsumentinformationen är korrekt, att konsumenten har någon typ av insikt om vilka informationstransaktioner som pågår och vilka rättigheter konsumenten kan tänkas ha över sina egna personuppgifter? Exempelvis, om konsumenter ska kunna använda sig av de stärkta rättigheter som GDPR medför, dels gällande att få ta del av vilken information som en aktör har om dem och dels kunna begära att den raderas, så är rimligtvis en förutsättning att konsumenten ens vet att aktören finns.

7 Förslag på policyåtgärder

Vi har valt att fokusera på den marknadsrättsliga lagstiftning som ger Konsumentombudsmannen möjlighet att förbjuda näringsidkare att använda oskäligen avtalsvillkor och att använda otillbörlig marknadsföring. Vi har gjort det för att vi ser både ett behov av konsumentstärkande åtgärder på personuppgiftsområdet och vissa öppningar för att genom rättspraxis stärka Konsumentverkets roll i sammanhanget.

7.1 Behovet av praxis

Den huvudsakliga frågeställning som väglett vår analys av marknadernas förändring med avseende på personuppgiftsdrivna applikationer med fokus på rättsliga förutsättningar för konsumentskyddande insatser i praxis har varit:

- Är det önskvärt med fler prejudicerande domar för att klargöra praxis? Och i så fall på vilka områden?

I ljuset av den marknadsrättsliga lagstiftningen argumenterar vi genomgående i rapporten ovan för att den kommersiella hanteringen av personuppgifter, och hur konsumentens medgivande reglerar den hanteringen, är av central betydelse från ett konsumentskyddsperspektiv. I det rättsanalytiska kapitel 4 ovan argumenterar vi för hur man även kan se användarvillkor om behandling av personuppgifter som en del i ett köprättsligt erbjudande till en konsument.

Det är exempelvis inte uteslutet att bristande information till användaren i samband med samtycke om behandling av personuppgifter kan innebära en överträdelse av avtalsvillkorlagen, dvs. inte bara lagstiftningen om skydd av personuppgifter. Det är med andra ord inte uteslutet att de villkor som tjänsteleverantörer använder är att anse som oskäligen förutsatt att de vid en samlad bedömning uppvisar en betydande obalans mellan rättigheter och skyldigheter till nackdel för konsumenten.

1. Vår rekommendation är därför att KO i praxis prövar avtalsvillkorlagens tillämplighet på villkor som reglerar konsumenters användande av sociala medier, söktjänster och andra av informationssamhällets tjänster, särskilt användningsvillkor om behandling av konsumenters personuppgifter.

Vad det gäller marknadsföringslagens tillämpningsområde har vi konstaterat att tillämpningsområdet är mycket vidsträckt och får åtminstone numera förmodas överlappa med avtalsvillkorlagens tillämpningsområde. Det är i vart fall inte uteslutet att lagstridighetsprincipen skulle kunna bli tillämplig i vissa fall av marknadsföring av produkter eller tjänster som strider mot lagstiftningen om personuppgiftsskydd. Det skulle kunna vara en form av vilseledande marknadsföring när en personuppgiftsinsamlare aktör vilseleder eller underlåter att lämna väsentlig information i sin integritetspolicy om att dess produkt samlar in personuppgifter i strid med lagstiftningen om personuppgiftsskydd.

Det betyder också att en tjänsteleverantör som samlar in personuppgifter, utan att klart och tydligt informera om detta, skulle kunna göra sig skyldig till vilseledande underlåtenhet. Detsamma skulle kunna gälla när tjänsteleverantören lämnar ut personuppgifter till tredje man utan att klart och tydligt informera användarna. Det bör därmed finnas möjligheter att förbjuda sådana otillbörliga affärsmetoder med stöd i marknadsföringslagen.

2. Vår rekommendation är därför att KO i praxis prövar marknadsföringslagens tillämplighet på personuppgiftsinsamlade tjänsteleverantörer som lämnat vilseledande information eller underlåtit att lämna information till konsument om hur personuppgifter samlas in, används eller överförs till tredje man, endera i avtal, integritetspolicy eller på annat sätt.

7.2 Roll- och metodutveckling

Utöver att utveckla rättspraxis finns det all anledning att utveckla Konsumentverkets roll i förhållande till konsumentskyddet på datadrivna marknader. De frågor som har väglett vår analys är:

- Vilken roll har Konsumentverket? Vilken roll skulle Konsumentverket kunna ha?
- Vilken roll har andra (utpekade) aktörer i samhället? Vilken roll skulle de kunna ha?

Givet den överlappande karaktären på personuppgiftsområdet i den digitala ekonomin mellan dataskydd och konsumentskydd – och den myndighetsuppdelade organisation som nu råder – finns det en rad starka skäl till varför de dataskyddande myndigheterna och de konsumentinriktade myndigheterna behöver samverka. Vår rekommendation för Konsumentverket är därför överlag att

1. Utveckla samverkan med framförallt Datainspektionen för att tillföra kompetens om konsumentskyddsaspekten;
2. Verka för framtagande av sådana godkända uppförandekoder eller godkända certifieringsmekanismer som förutsätts i dataskyddsförordningen med särskilt fokus på hantering av konsumenters personuppgifter;
3. Utveckla metoder för tillsyn som möjliggör insyn i funktion och verkan av individualiserade och datadrivna applikationer för bl.a. marknadsföring.
4. Bidra till att stimulera och stärka kunskapsproduktionen på området för digitalisering och konsumentintresset i allmänhet, och för datadrivna konsumentmarknader i synnerhet.

Lagstiftningsmässigt är tyngdpunkten avhängigt EU-rättens utformning, vilket gör att den rättsutvecklingen på området som Konsumentverket huvudsakligen kan bidra till ligger i utvecklingen av praxis. Man kan dock tänka sig att Konsumentverket kan delta i utvärderingen av dataskyddsförordningen och tillföra konsumentperspektivet.

Referenser

- Ali, R., Barrdear, J., Clews, R., & Southgate, J. (2014). The economics of digital currencies. *Bank of England Quarterly Bulletin* 2014 Q3: 276-286.
- Appelgren, E. & Leckner, S. (2016). "Mediepubliken och stora datamängder", i SOU 2016:30, *Människorna, medierna & marknaden. Medieutredningens forskningsantologi om en demokrati i förändring*. Forskningsantologi av Medieutredningen, Stockholm 2016.
- Barocas, S. & Levy, K. (August 31, 2016). What Customer Data Collection Could Mean for Workers. *Harvard Business Review*. <https://hbr.org/2016/08/the-unintended-consequence-of-customer-data-collection>
- Bechmann, A. (2014). Non-informed consent cultures: Privacy policies and app contracts on Facebook. *Journal of Media Business Studies*, 11(1): 21-38.
- BenMark, G. & Masri, M. (2015). *Cracking the digital shopper genome*, McKinsey&Company.
- Boston Consulting Group (2012) *The Value of Our Digital Identity*. Commissioned by Liberty Global.
- Busch, O. (2016). *Programmatic Advertising: The Successful Transformation to Automated, Data-driven Marketing in Real-time*. Springer.
- COM (2015) 192 final. A Digital Single Market Strategy for Europe.
- Cranor, L.F., Hoke, C., Leon, P.G. & Au, A. (2014). Are They Worth Reading? An In-Depth Analysis of Online Advertising Companies' Privacy Policies, *TPRC Conference Paper*.
- Dagens Nyheter (16 februari 2016) "Airbnb och Uber pressar lagstiftningen", av Dan Lucas. Dagens Nyheter. <http://www.dn.se/ekonomi/airbnb-och-uber-pressar-lagstiftningen/>
- Datatilsynet (2015). *The Great Data Race. How commercial utilisation of personal data challenges privacy*. Oslo: Rapport.
- Datatilsynet (2017). *ÅRSMELDNING FOR 2016. Hva skjer på personvernfeltet, og hvilke utfordringer ser vi fremover?* Oslo: Datatilsynet, 17 februari 2017. https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/04_planer_rapporter/aarsmelding/arsmeldingen_2016.pdf
- Dir. 2016:84 *Ett reklamlandskap i förändring*.
- Dwyer, G. P. (2015). The economics of Bitcoin and similar private digital currencies. *Journal of Financial Stability*, 17, 81-91.
- Edelman, D.C & Singer, M. (2015). Competing on Customer Journeys. *Harvard Business Review*, November Issue. <https://hbr.org/2015/11/competing-on-customer-journeys>
- EU-kommissionen (28 januari 2014). Pressmeddelande: "Dataskyddsdagen 2014: Viviane Reding efterlyser en ny överenskommelse om dataskydd för Europa", http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-70_sv.htm
- Federal Trade Commission (2014). *Data Brokers. A Call for Transparency and Accountability*.
- Kreiken, F. (2016) *Transparent consumers – Data brokers and profiling in the Netherlands*, Bits of Freedom.
- Findahl, O. (2014). *Svenskarna och Internet 2014*. Göteborg: .SE.
- Grinberg, R. (2011). Bitcoin: An innovative alternative digital currency, *Hastings Science & Technology Review*, 4(1): 159-208.
- Groth, A. & Zawadzki, V. (2016). "Granularity Creates Added Value for Every Objective", i Busch, O. (red.) *Programmatic Advertising: The Successful Transformation to Automated, Data-driven Marketing in Real-time*, Springer.
- Halbert, D. & Larsson, S. (2015). By Policy or Design? Privacy in the US in a Post-Snowden World, *Journal of Law, Technology and Public Policy*, 1(2): 1-17.
- Harrison, P. & Ti Gray, C. (2012). *Profiling for Profit. A Report on Target Marketing and Profiling Practices in the Credit Industry*. Deakin University and Consumer Action Law Centre.

- Helveston, M.N. (2016). Consumer Protection in the Age of Big Data, *Washington University Law Review*, Vol. 93:1-56.
- King, N. J., & Forder, J. (2016). Data analytics and consumer profiling: finding appropriate privacy principles for discovered data. *Computer Law & Security Review*, 32(5): 696-714.
- Kshetri, N. (2014). Big data's impact on privacy, security and consumer welfare. *Telecommunications Policy*, 38(11).
- Lakomaa, E. (2016). "Digitaliseringen, förtroendet, företagen och konsumenterna", i SOU 2016:85 *Digitaliseringens effekter på individ och samhälle*. Stockholm: Digitaliseringskommissionen.
- Larsson, S. (2016). *Digitalisering och konsumentintresset. En litteraturöversikt*. Karlstad: Konsumentverket, 2016:12.
- Larsson, S. (2017a). "Digital konsumentprofilering. Stora data, prediktiv analys och policyutmaningar", i Sandberg, A. (red.) *Kunskapsöversikter inom det konsumentpolitiska området*, Konsumentverket, 2017:1.
- Larsson, S. (2017b). Sustaining Legitimacy and Trust in a Data-driven Society, *Ericsson Technology Review* 94(1): 40-49.
- Larsson, S. (2017c). *Conceptions in the Code. How Metaphors Explain Legal Challenges in Digital Times*. Oxford University Press.
- Larsson, S., Svensson, L., & Carlsson, H. (2016). *Digital Consumption and Over-Indebtedness Among Young Adults in Sweden*, LUii reports, Lund & Landskrona, Sweden: Lund University.
- Light, B. & McGrath, K. (2010). Ethics and Social Networking Sites: a disclosive analysis of Facebook. *Information, technology and people*, 23(4): 290-311.
- Lilley, S., Grodzinsky, F.S. & Gumbus, A. (2012). Revealing the commercialized and compliant Facebook user. *Journal of information, communication and ethics in society*, 10(2): 82-92.
- Mason, P. (23 August 2015). "The Spotify privacy backlash: what is my personal data really worth?" *The Guardian*, Opinion.
<https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/aug/23/the-spotify-privacy-backlash-what-is-my-personal-data-really-worth>
- McDonald, A.M. & Cranor, L.F. (2008). The Cost of Reading Privacy Policies. *Journal of Law and Policy for the Information Society*.
- Morando, F., Iemma, R., & Raiteri, E. (2014). Privacy evaluation: what empirical research on users' valuation of personal data tells us. *Internet Policy Review*, 3(2), 1-11.
- Narayanaswamy, R. & McGrath, L. (2014). A Holistic Study of Privacy in Social Networking Sites, *Academy of Information and Management Sciences Journal*, 17(1): 71-85.
- North, P. (2005). Scaling alternative economic practices? Some lessons from alternative currencies. *Transactions of the Institute of British Geographers*, 30(2), 221-233.
- North, P. (2007). *Money and liberation*. University of Minnesota Press.
- Pasquale, F. (2015). *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press.
- Petersson McIntyre, M. (2016). Big data, konsumenten och vad som händer med "bara titta", *Kulturella perspektiv* 25(2).
- Pew (2014). *Public Perceptions of Privacy and Security in the Post-Snowden Era*. Pew Research Center.
- Poikola, A., Kuikkaniemi, K. & Honko, H. (2014). *MyData – A Nordic Model for human-centered personal data management and processing*, The Finnish Ministry of Transport and Communications.
- Reding, V., (22 januari 2012). "The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age", SPEECH/12/26.
http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm

- Rhoen, M. (2016). Beyond consent: improving data protection through consumer protection law. *Internet Policy Review*, 5(1). DOI: 10.14763/2016.1.404
- Roderick, L. (2014). Discipline and Power in the Digital Age: The Case of the US Consumer Data Broker Industry, *Critical Sociology* 40(5): 729-746.
- Rose, J., Röber, B. and Reuse, O. (2012). The Value of Our Digital Identity, in L. Global (red.) *Liberty Global Policy Series*, London, UK: Liberty Global Policy Series.
- Sanchez, J M (2009). The Role of Information in Consumer Debt and Bankruptcies. *Working Paper Number 09-04*, The Federal Reserve Bank of Richmond.
- Savage, S. & Waldman, D.M. (2013). "The Value of Online Privacy".
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2341311>
- Schäfer, M.T. & Es, K. van, red. (2016). *The Datafied Society. Studying Culture through Data*. Amsterdam University Press.
- Sidgman, J., & Crompton, M. (2016). Valuing Personal Data to Foster Privacy: A Thought Experiment and Opportunities for Research. *Journal of Information Systems*, 30(2), 169-181.
- Siegel, E. (2016). *Predictive Analytics: The Power to predict who will Click, Buy, or Die*. Wiley.
- Solove, D.J. (2013). Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. 126 *Harvard Law Review* 1880-1903.
- SOU 2016:68 *Stärkt konsumentskydd på marknaden för högkostnadskrediter*.
- SOU 2016:41 *Integritetskommitténs delbetänkande. Hur står det till med den personliga integriteten? – En kartläggning av Integritetskommittén*.
- Sousa Lourenço, J., Ciriolo, E., Rafael Almeida, S., & Troussard, X. (2016). *Behavioural insights applied to policy: European Report 2016*. EUR 27726 EN; doi:10.2760/903938
- Special Eurobarometer 447 (2016). *Online Platforms*.
- Spiekermann, S., & Korunovska, J. (2016). Towards a value theory for personal data. *Journal of Information Technology*, 1-23.
- Staiano, J., Oliver, N., Lepri, B., de Oliveira, R., Caraviello, M., & Sebe, N. (2014). Money walks: a human-centric study on the economics of personal mobile data. Paper presented at the *Proceedings of the 2014 ACM International Joint Conference on Pervasive and Ubiquitous Computing*.
- Stone, B (2008). "Banks Mine Data and Woo Troubled Borrowers". *The New York Times*, 21 October 2008.
- Taylor, A. (2014). *The People's Platform. Taking Back Power and Culture in the Digital Age*. Metropolitan Books/Henry Holt & Company.
- U.S. Senate Commerce Committee (2013). *A Review of the Data Broker Industry: Collection, Use, and Sale of Consumer Data for Marketing Purposes*, Staff Report for Chairman Rockefeller.
- Visma retail (2014). *Mobila shoppinglösningar och mobilitet i detaljhandeln. Personlig. Uppkopplad. Sammankopplad*. HUI research.
- Visma retail (2015). *Digitala och mobila köpbeteenden i dagligvaruhandeln Personlig. Uppkopplad. Sammankopplad*. HUI research.

