

Handlingsrom for berettiget interesse som
behandlingsgrunnlag for tilpasset
markedsføring etter personvernforordningen
artikkel 6 nr. 1 (f)

*Om berettiget interesse er et aktuelt, eventuelt
fordelaktig behandlingsgrunnlag sammenlignet
med samtykke*

Kandidatnummer: 9

Antall ord: 14 760



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Tema og problemstilling.....	3
1.2	Problemstillingens aktualitet	4
1.3	Begreper.....	5
1.4	Avgrensing av tema	6
1.5	Særlig om rettskilder og metode.....	8
1.6	Fremstillingen videre	10
2	Tilpasset markedsføring	11
2.1	Hva er tilpasset markedsføring?	11
2.2	Stegene og aktørene involvert	12
2.3	En samlet behandlingsprosess, eller flere behandlinger?	13
3	Berettiget interesse som behandlingsgrunnlag for tilpasset markedsføring.....	16
3.1	Generelle betraktninger om berettiget interesse som behandlingsgrunnlag.....	16
3.1.1	Formål bak forordningen og behandlingsprinsippene.....	16
3.1.2	Artikkel 6 nr. 1 om behandlingens lovlighet.....	17
3.1.3	Berettiget interesse etter artikkel 6 nr. 1 (f)	18
3.2	Behandlingsansvarliges berettiget interesse	19
3.2.1	Generelt	19
3.2.2	Anvendt på tilpasset markedsføring.....	21
3.3	Er den tilpassede markedsføringen nødvendig?	24
3.3.1	Generelt	24
3.3.2	Anvendt på tilpasset markedsføring.....	25
3.4	Interesseavveining	28
3.4.1	Generelt	28
3.4.2	Anvendt på tilpasset markedsføring.....	30
3.5	Reservasjonsretten	38
4	Forholdet mellom berettiget interesse og samtykke som behandlingsgrunnlag	40
4.1	Samtykke som behandlingsgrunnlag.....	40
4.1.1	Samtykke etter artikkel 6 nr. 1 (a) jf. artikkel 4 nr. 11.....	40
4.1.2	Utfordringer ved samtykkegrunnlaget	42
4.2	Samtykke eller berettiget interesse som behandlingsgrunnlag.....	44

5	Avsluttende kommentar	48
	Litteraturliste	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

EUs personvernsforordning¹ ble inkorporert i norsk rett gjennom personopplysningsloven² 20. juli 2018, og erstattet dermed det eldre personverndirektivet³ fra 1995. I henhold til forordningens artikkel 5 nr. 1 (a) skal personopplysninger behandles på en lovlig, rettferdig og åpen måte. Av artikkel 6 nr. 1 fremgår det at behandlingen bare er lovlig dersom den har hjemmel i ett av seks alternative behandlingsgrunnlag angitt i (a-f). For markedsføringsformål er det (a) innhenting av samtykke, og (f) å kunne påvise en berettiget interesse som er mest aktuelle.⁴ Temaet for denne oppgaven vil være handlingsrommet for berettiget interesse som behandlingsgrunnlag for tilpasset markedsføring.

Forordningsteksten likestiller behandlingsgrunnlagene.⁵ Når berettiget interesse først ble introdusert gjennom personverndirektivet var imidlertid grunnlagets rekkevidde uklar, og i praksis ble det ofte anvendt som en restkategori for de tilfeller andre behandlingsgrunnlag ikke forelå.⁶ Grunnlaget er i større grad blitt avklart over tid, men det oppstår fremdeles tilfeller hvor vilkårene som stilles undergraves i praksis.⁷ Det er derfor fortsatt usikkerhet knyttet til når berettigede interesse kan og bør brukes.

Særlig er dette tilfellet for tilpasset markedsføring.⁸ Bruk av personopplysninger for tilpasset markedsføring i digitale kanaler har tilrettelagt for at markedsføringssektoren har vokst til å bli en av verdens mest lønnsomme sektorer.⁹ Samtidig har den økte bruken av personopplysninger en tendens til å gå på bekostning av personvernet.¹⁰ Studier har vist at folk flest har en begrenset forståelse av i hvilket omfang personalopplysninger brukes for å

¹ Forordning (EU) 2016/679, heretter "Personvernforordningen" eller "forordningen".

² LOV-2018-06-15-38 § 1.

³ Direktiv 95/46/EF.

⁴ Personvernrådet (2021) s. 16 avsnitt 49 og Personvernrådet (2019) s. 14 avsnitt 52.

⁵ Kuner (2020b) s. 329 og Jarbekk (2019) s. 149.

⁶ WP29 (2014) s. 9.

⁷ Enforcementtracker (2022). Se eksempelvis Binding Decision 2/2022, heretter "Meta-avgjørelsen". Mer om denne under punkt 3.1.3.

⁸ I WP29 (2014) s. 24-25 fremheves "direct marketing and other forms of marketing" som blant de "most common contexts in which the issue of legitimate interest [...] may arise".

⁹ Europaparlamentet (2021) s. 23 viser at markedsføringsinntekter forventes å nå 1089 milliarder dollar innen 2027, og Statistic (2022) viser at markedsføringsinntekter utgjør omkring 80% av Alphabet (Google) sin årlige inntekt på ca. 209 milliarder dollar og mellom 85-95% av Meta (Facebook) sin på omkring 114 milliarder dollar.

¹⁰ Fortalepunkt 6.

tilpasse hva og hvordan de blir eksponert for reklame og annen påvirkning på nett.¹¹ Eksempelvis kan en markedsfører ved å spore vår digitale adferd plukke opp trender, tendenser og avhengigheter som kan utnyttes for å fremkalle en ønsket handling. Flere tilsynsorganer og andre sentrale aktører mener dette utgjør et uforholdsmessig stort inngrep overfor den registrertes personvern, og har tatt til orde for at tilpasset markedsføring helt eller delvis burde forbys.¹²

Delvis på grunn av usikkerheten med hensyn til rekkevidden av berettiget interesse og hvor lett personvernopplysninger kan misbrukes, har oppfatningen tradisjonelt vært at samtykke er det mest egnete grunnlaget.¹³ Studier viser derimot at utviklingen av internettet og nye teknologier gjør det utfordrende å innhente et samtykke som oppfyller de strenge vilkårene forordningen stiller.¹⁴ Særlig innenfor digital markedsføring kan sporing av brukeradferd utføres på måter brukeren ofte ikke er klar over, noe som gjør det svært krevende for vedkommende å forstå og utøve kontroll over egne rettigheter. Som et resultat kan bruk av samtykke ofte medføre en falsk trygghet.

På denne bakgrunn fremkommer to delspørsmål for oppgaven. For det første om berettiget interesse i det hele tatt kan anvendes som behandlingsgrunnlag for tilpasset markedsføring i lys av behandlingens kontroversielle natur. Dersom svaret på dette er positivt, er det andre delspørsmålet i hvilken grad berettiget interesse kan ansees som et mer egnet behandlingsgrunnlag for å ivareta personvernet enn samtykke i forbindelse med tilpasset markedsføring.

1.2 Problemstillingens aktualitet

TikTok har nylig varslet endringer i sin markedsføringspraksis som er illustrerende for problemstillingens aktualitet. I juni 2022 varslet TikTok om overgang fra samtykke til berettiget interesse som behandlingsgrunnlag for all tilpasset markedsføring på plattformen.¹⁵ Senere på sommeren valgte plattformen å pause overgangen etter at blant annet irske, italienske og spanske myndigheter reagerte kraftig og advarte om brudd på

¹¹ NOU 2022: 11 særlig s. 9 flg. under 1.1.1 Personvern på dagsorden.

¹² Se Forbrukerrådet (2021) særlig s. 3, NOU 2022: 11 s. 281 og Datatilsynet (2022).

¹³ Kuner (2020b) s. 329, mer om dette under punkt 3.

¹⁴ Europaparlamentet (2021) s. 56, mer om dette under punkt 4.

¹⁵ TikTok (2022).

personvernforordningen og nasjonal personvernlovgivning.¹⁶ Varselet kommer i etterkant av en rekke viktige avgjørelser og veiledninger relatert både til berettiget interesse og tilpasset markedsføring, deriblant HR-2021-2403-A (Legelisten-dommen), Personvernrådet sin avgjørelse mot Meta,¹⁷ Forbrukerrådets rapport om adferdsbasert markedsføring¹⁸ og Personvernkommisjonens personvernrapport.¹⁹ Det er ikke avsagt noe avgjørelse i saken, og det europeiske personvernrådet ("Personvernrådet") har heller ikke kommet med en formell uttalelse.

I tillegg kunngjorde Personvernrådet så sent som 6. desember 2022 tre nye avgjørelser mot Meta for overtredelse av personvernforordningen.²⁰ To av disse avgjørelsene, mot Facebook og Instagram, gjelder "the lawfulness and transparency of processing for behavioural advertising".²¹ Konkret var spørsmålet hvorvidt artikkel 6. nr. 1 (b) om kontraktsforpliktelser er et aktuelt behandlingsgrunnlag, men det er å forvente at Personvernrådet i tillegg kommer med noen mer generelle uttalelser om lovligheten av tilpasset markedsføring. Personvernrådet sine vurderinger vil imidlertid ikke bli offentliggjort før det ansvarlige tilsynsorganet har ferdigstilt og publisert avgjørelsen, senest en måned fra kunngjøringen.²²

Det blir spennende å følge sakene videre da de kan bidra til å avklare en uklar rettsstilling. Særlig når sakene gjelder to av sektorens største aktører, Meta og TikTok, kan resultatet få stor innflytelse på markedsføringspraksis mer generelt.

1.3 Begreper

Personvernforordningen legaldefinerer en rekke begreper i artikkel 4. Flere av disse vil være helt sentrale i en rettslig analyse av berettiget interesse som behandlingsgrunnlag, og jeg vil i det følgende definere de viktigste for den videre fremstillingen.

Personforordningen regulerer behandling av *personopplysninger*. Personopplysninger defineres i artikkel 4 nr. 1 som "enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person ("den registrerte")", hvor en "identifiserbar fysisk person" er "en person som

¹⁶ Personvernrådet (2022b).

¹⁷ Meta-avgjørelsen.

¹⁸ Forbrukerrådet (2021).

¹⁹ NOU 2022: 11.

²⁰ Personvernrådet (2022a).

²¹ Ibid.

²² Ibid.

direkte eller indirekte kan identifiseres, særlig ved hjelp av en identifikator". Ordlyden i lys av den etterfølgende vidtfavnende opprømsingen tilsier at personopplysninger dekker all data som representerer et individ digitalt. Praksis støtter en så vid tolkning, og tillegger at ikke bare data som direkte identifiserer et individ dekkes, men også upersonlig data som indirekte identifiserer dem.²³ Forordningen gjør et ytterligere skille mellom alminnelige, og særlige kategorier personopplysninger etter artikkel 9. Skillet er viktig i relasjon til vurdering av behandlingsgrunnlag da artikkel 9 oppstiller krav om samtykke. For behandling av særlige kategorier personopplysninger vil dermed berettiget interesse ikke være et lovlig behandlingsgrunnlag.

Det kan videre utledes av definisjonen av personopplysninger i artikkel 4 nr. 1 at den som personopplysningene gjelder, og dermed den forordningen søker å verne, omtales som den *registrerte*.

Etter artikkel 4 nr. 2 skal *behandling* forstås som "enhver operasjon eller rekke av operasjoner" som gjøres med "personopplysninger" enten automatisk eller manuell. Ordlyden er vid og tilsier at enhver form for håndtering av personopplysninger dekkes. I relasjon til tilpasset markedsføring vil dette omfatte enhver aktivitet hvor personopplysninger er involvert. Bestemmelsen er mindre klar når det gjelder hva som utgjør en eller flere behandlinger. Dette er et spørsmål som kommer på spisen i relasjon til tilpasset markedsføring, og vil behandles nærmere under punkt 2.2.

Endelig skal *behandlingsansvarlig* i forordningen forstås som den som "alene eller sammen med andre bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke midler som skal benyttes" jf. artikkel 4 nr. 7. Behandlingsansvarlige er følgelig den ansvarlige for behandlingen og dermed pliktsubjektet i forordningen.

1.4 Avgrensning av tema

Oppgavens tar for seg berettiget interesse som behandlingsgrunnlag for bruk av personopplysninger i kontekst av tilpasset markedsføring. Tema reiser mange spørsmål tilknyttet både berettiget interesse og tilpasset markedsføring og av hensyn til oppgavens fokus og omfang er det nødvendig med noen avgrensninger.

²³ Nyligst i C-184/20 hvor partnere sitt navn var indirekte data om den registrertes seksuelle legning.

Først avgrenses det mot de øvrige behandlingsgrunnlagene i artikkel 6 nr. 1, med unntak av en gjennomgang av og sammenligning med samtykke under punkt 4. Behandlingsansvarlig må også overholde en rekke andre regler for at behandlingen skal anses lovlig. Noen generelle observasjoner vil bli inkludert nedenfor, men ikke alle personvernrettslige problemstillinger som kan oppstå ved behandling etter artikkel 6 nr. 1 (f) vil bli utdypet. Reservasjonsretten etter artikkel 21 er likevel en så sentral betingelse for berettiget interesse at den vil behandles under punkt 3.5.

Videre er personvernforordningen bare ett av flere regelverk i EU sin reguleringsplan for personvern og dataøkonomi. Personvernforordningen utgjør den generelle reguleringen av behandling av personopplysninger, og skal gjennomføres i sin helhet. På noen områder åpner imidlertid forordningen for supplerende særlovgivning. Et viktig regelverk i relasjon til markedsføring er ePrivacy-direktivet,²⁴ inkorporert gjennom markedsføringsloven²⁵ og ekomloven²⁶, som komplimenterer personvernforordningen ved behandling tilknyttet elektronisk kommunikasjon. Direktivet viser at selv om tilpasset markedsføring er et teknologinøytralt begrep, vil teknologien som benyttes kunne få betydning for hvilket regelverk som aktualiseres. To viktige eksempler er reguleringen av informasjonskapsler for innsamling og lagring av personopplysninger, såkalt cookie-teknologi, og bruk av visse kommunikasjonsmetoder for gjennomføring av selve markedsføringen. Det følger av ekomloven § 2-7b at bruk av cookies "[ikke er] tillatt uten at brukeren [...] har samtykket". Lignende, bestemmer markedsføringsloven § 15 at direkte markedsføring gjennom "elektroniske kommunikasjonsmetoder som tillater individuell kommunikasjon" må ha "mottakerens forutgående samtykke". Dette er særreguleringer som supplerer hovedregelen i personvernforordningen artikkel 6 ved å oppstille et samtykkekrav.

Den videre analysen avgrenser til det generelle regelverket for behandling av personopplysninger som følger av personvernforordningen. Utgangspunktet er derfor en teknologinøytral tilnærming, uten hensyn til særregulering for visse markedsføringsteknologier. Andre viktige regelverk for markedsføring, da hovedsakelig markedsføringsloven og ekomloven, vil ikke behandles nærmere.

²⁴ Direktiv 02/58/EF.

²⁵ LOV-2009-01-09-2.

²⁶ LOV-2003-07-04-83.

Endelig avgrenses det mot en detaljert teknisk gjennomgang av tilpasset markedsføring som konsept. Temaet vil behandles i punkt 2, men kun i den utstrekning det er nødvendig for å avklare og gi kontekst for de personvernsrettslige problemstillingene behandlingsprosessen reiser.

1.5 Særlig om rettskilder og metode

For å svare på de to hovedspørsmålene vil jeg foreta en tolkning av gjeldende rett for deretter å anvende denne på tilpasset markedsføring. Primærkilden vil være personvernforordningen. Som EØS-medlemsstat er norske rettsanvendere forpliktet til å benytte seg av EU-rettslig tolkningslære ved tolkning av EU/EØS-regelverk, jf. EØS-avtalen artikkel 1 nr.1 jf. EØS-loven²⁷ § 1. Denne forpliktelsen omtales som homogenitetsprinsippet og er ment å ivareta en uniform tolkning av regelverkene på tvers av medlemstatene og derigjennom sikre EUs hovedformål om et unisont samarbeid.²⁸ Da den EU-rettslige tolkningslæren avviker på visse punkter fra tradisjonell norsk metodelære, er det nødvendig med en kort gjennomgang av denne.

Utgangspunktet er ordlyden.²⁹ Til forskjell fra norsk rett utgis EU-regelverk på flere språk, som til tider kan resultere i nyanseforskjeller i ordlyd og bidra til ulike tolkninger.³⁰ EU-domstolen uttaler derfor at EU-regelverk må tolkes kontekstuellet og formålsorientert, med særlig fokus på å ivareta de hensyn og prinsipper det aktuelle regelverket bygger på.³¹

EU forordninger vedtas med en tilhørende fortaletekst. Til forskjell fra forordningsteksten er fortalen ikke rettslig bindende. Den gir derimot utdypende informasjon om bestemmelsene og de sentrale formål og hensyn som ligger bak, og er derigjennom et viktige tolkningsbidrag ved forståelsen av forordningen.³²

EFTA- og EU-domstolen er prejudikatdomstol for tolkning av respektivt EØS- og EU-regelverk.³³ Praksis fra EU-domstolen er ikke direkte bindende for EØS-medlemsstater, derunder Norge. På bakgrunn av homogenitetsprinsippet vil likevel også EU-praksis være en

²⁷ LOV-1992-11-27-109.

²⁸ Fredriksen (2018) s. 223.

²⁹ Ibid. s. 226.

³⁰ Se til illustrasjon under punkt 4.1.1 hvor den franske teksten bedre får fram innholdet i informasjonskravet til et gyldig samtykke.

³¹ Se bl.a C-283/81 (CILFIT) avsnitt 18.

³² Fredriksen (2018) s. 229.

³³ Ibid. s. 54 flg.

særlig tungtveiende rettskilde for EØS-medlemsstater, særlig dersom det ikke foreligger relevant EFTA-praksis. Det heter i EØS-avtalens artikkel 6 at bestemmelser i EØS-regelverk så langt det materielle innholdet svarer til EU-regelverk, skal "fortolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser som [EU-domstolen] har truffet", og med hensyn til "den fremtidige utviklingen i rettspraksis". Dette er tilfellet for personvernforordningen, som tydelig illustreres gjennom Høyesterett sin bruk av EU-praksis i HR-2021-2403-A (Legelistendommen). I fravær av relevant EFTA-praksis om oppgavens tema, vil EU-praksis være særlig viktig. Selv om det er dommen på prosessspråket som er autentisk, anvendes i praksis også oversettelser. Den engelske oversettelsen legges til grunn for denne oppgaven.

Videre skal EU-regelverket tolkes på en måte som er "equally obvious to the Courts of other Member States and to the Court of Justice" jf. C-283/81 (CILFIT) avsnitt 16. Som et resultat vil også nasjonaldomstolene i EU/EØS medlemsstatene være relevante rettskilder for tolkningen av forordningen, derunder Høyesterett.

Endelig vil veiledninger og avgjørelser fra tilsynsorganer kunne kaste lys over gjeldende rett. I Norge er dette Datatilsynet og Personvernemda jf. personopplysningsloven henholdsvis §§ 20 og 22. Videre vil jeg til tider vise til kilder fra det Engelske overvåkningsorganet Information Commissioners Office ("ICO") fra før England trådte ut av EU ved Brexit.

Det viktigste tilsynsorganet er Personvernrådet, som utarbeider veiledninger og avsier avgjørelser for å sikre en uniform anvendelse av personvernforordningen i medlemsstatene. Personvernrådet sin kompetanse hjemles direkte i forordningen, jf. artikkel 68 flg. Veiledningene har ikke bindende virkning eller særlig tung rettskildemessig vekt i møte med autoritative rettskilder som lovtekst eller rettspraksis. Avgjørelser fra Personvernrådet er derimot rettslig bindende etter personvernforordningen artikkel 65 nr. 1 (a) og vil dermed ha tyngre rettskildemessig vekt.

Personvernrådet erstattet The Article 29 Working Party («WP29») ved vedtakelse av personvernforordningen. Uttalelser fra WP29 vil ha tilsvarende betydning for forståelsen av det tidligere personverndirektivet, men også overføringsverdi for forståelsen av personvernforordningen der bestemmelser i det vesentlige er like. Dette er tilfellet for berettiget interesse som behandlingsgrunnlag etter artikkel 7 (f) i personverndirektivet, som i all hovedsak ble videreført i personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 (f).

1.6 Fremstillingen videre

Oppgavens hoveddel er delt i tre. Først vil jeg i punkt 2 gi en introduksjon av konseptet tilpasset markedsføring. Under punkt 3 vil jeg fremstille berettiget interesse som behandlingsgrunnlag etter gjeldende rett, for deretter å vurdere om dette kan være et aktuelt grunnlag for tilpasset markedsføring. I punkt 4 vil jeg sammenligne berettiget interesse og samtykke som alternative behandlingsgrunnlag, og analysere om berettiget interesse i tilfeller kan være et bedre valg ved tilpasset markedsføring. Endelig vil jeg i punkt 5 gjøre en oppsummering og gi en avsluttende kommentar om rettstilstanden og hva jeg tror vil prege den videre rettsutviklingen.

2 Tilpasset markedsføring

2.1 Hva er tilpasset markedsføring?

Personvernforordningen tilbyr ikke en legaldefinisjon av markedsføringsbegrepet, til tross for at "direkte markedsføring" brukes både i artikkel 21 og fortalen.³⁴ En kontekstuell tolkning tilsier at markedsføring referer til enhver kommunikasjon med et reklamebudskap som salg eller promotering.³⁵ At markedsføringen er "direkte" indikerer at markedsføring er rettet mot et spesifikt individ eller gruppe individer.

Ut fra ordlyden er det uten betydning hvordan markedsføringen eksponeres for den registrerte. Det er interessant å merke seg at det i forslaget til ny ePrivacy Regulation fra 2017³⁶ ble foreslått en definisjon av direkte markedsføring som "any form of advertising by which a natural or legal person sends direct marketing communications directly to one or more identified or identifiable end-users using electronic communications services" jf. avsnitt 32. Formuleringen avgrensner til elektroniske kommunikasjonsformer hvor markedsføringen sendes. Dette vil betydelig innsnevre definisjonen, da markedsføring rettet mot den registrerte f.eks over sosiale medier eller gjennom en app faller utenfor. Formuleringen må her sees i lys av at ePrivacy Regulation gjelder behandling av personopplysninger i relasjon til elektronisk kommunikasjon. Det er da naturlig at definisjonen spisses inn på kommunikasjonskanaler hvor markedsføringen sendes, som e-post eller SMS. Personvernforordningen derimot, gjelder behandlinger generelt og vil naturligvis ha en bredere definisjon. Engelske myndigheter sin inkorporering av forordningen gjennom Data Protection Act i 2018 er illustrerende, hvor direkte markedsføring ble legaldefinert som "the communication (by whatever means) of any advertising or marketing material which is directed to particular individuals" punkt 11(3). Også WP29 har tatt til ordet for en slik tolkning, og uttaler i sin opinion til ePrivacy Regulation at det burde utvides til "all advertising sent, directed or presented to one or more identified or identifiable end-users" inkludert "behavioural advertismment (based on the profiles of end-users)".³⁷ Samlet tilsier dette at "direkte markedsføring" i forordningens kontekst må

³⁴ Fortalepunkt 47 og 70.

³⁵ Blant annet markedsføringsloven § 1, § 5 (d) og kap. 6.

³⁶ Proposal 2017/0003/COD.

³⁷ WP29 (2017) s. 21.

forstås som enhver markedsføring, uavhengig av kommunikasjonsmåte, som retter seg direkte mot et individ eller en gruppe individer.

Innholdet i direkte markedsføring kan være generelt eller tilpasset individet den rettes mot. Selv om det er flere måter å tilpasse markedsføring på, skal begrepet *tilpasset markedsføring* i denne oppgaven forstås som direkte markedsføring tilpasset ved bruk av personopplysninger.³⁸ Som vi vil se bruker flere kilder formuleringen *adferdsbasert markedsføring* om det samme.³⁹ Jeg mener at et slikt begrep blir for snevert. Som vi vil se under neste punkt er det tre kilder for personopplysninger som kan brukes for tilpasningen: personopplysninger den registrerte selv deler, innsamlet ved å spore den registrertes digitale adferd eller anskaffet fra en tredjepart.⁴⁰ Mens *adferdsbasert markedsføring* gir inntrykk av å avgrense til personopplysninger innhentet ved å spore den registrertes digitale adferd, dekker *tilpasset markedsføring* alle tre kilder.

2.2 Stegene og aktørene involvert

Tilpasset markedsføring kan brytes ned i fire hovedaktiviteter, i) innsamling av personopplysninger, ii) lagring og/eller anskaffelse av personopplysninger, iii) tilpasning basert på personopplysninger og iv) den faktiske markedsføringen.⁴¹

Selve innhentingene kan utføres på ulike måter. De mest utbredte metodene er ved å be den registrerte oppgi informasjon selv som ved å etablere en profil, ved sporing av den registrertes adferd mens de er innlogget eller gjennom bruk av cookie-teknologi, eller ved anskaffelse fra en tredjepart.⁴² Avhengig av om den som samler in personopplysningene skal benytte dataen selv eller utlevere den til en annen, taler man enten om førstehånds- eller tredjepartsinnsamling. Data behandlingsansvarlig har fått fra den registrerte og data basert på den registrertes digitale adferd, anses som førstehåndsinnsamling. Data som behandlingsansvarlig har anskaffet fra andre aktører utgjør tredjepartsinnsamling.⁴³

Det er her flere aktører kan bli involvert. En aktør kan alene stå for hele prosessen. Alternativt splittes prosessen opp og gjennomføres ved at ulike aktører står for de forskjellige stegene,

³⁸ Europaparlamentet (2021) s. 23-24 anvender en lik definisjon.

³⁹ Se f.eks Personvernrådet (2022a), Forbrukerrådet (2021) s. 7 og WP29 (2010) s. 4.

⁴⁰ Personvernrådet (2021) s. 13-14.

⁴¹ Europaparlamentet (2021) s. 23 flg.

⁴² Personvernrådet (2021) s. 13-14 og Europaparlamentet (2021) 42 flg.

⁴³ Personvernrådet (2021) s. 13-14.

eksempelvis ved at en aktør innhenter personopplysningene for deretter å selge disse til en annen som står for tilpasningen og selve markedsføringen.

Deretter må markedsføringen tilpasses den registrerte basert på deres personopplysninger. Her har teknologien utviklet seg enormt og markedsførere kan nå spore og lagre data over lengre tid for analyse med mer sofistikerte metoder, fremfor å basere seg på enkle kundeprofiler. Forordningen fremhever uttrykkelig profilering som tilpasningsmetode, trolig på bakgrunn av dens utbredte bruk og personvernproblematikken den reiser. Profilering legaldefineres i artikkel 4 nr. 4 som "enhver form for automatisert behandling av personopplysninger som innebærer å bruke personopplysninger for å vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person, særlig for å analysere eller forutsi aspekter som gjelder nevnte fysiske [person]...". Dette tillater en behandlingsansvarlig å samle store mengder personopplysninger for å lage en profil av den registrerte som kan analyseres for å identifisere og forutse subjektets adferd. En annen utbredt tilpasningsmetode er segmentering, som innebærer at ett eller flere individer blir gruppert basert på fellestrekk i deres personopplysninger.⁴⁴ Uavhengig av tilpasningsmetode er resultatet at markedsføreren kan benytte personopplysningene for å skreddersy markedsføringen til hvert individ.

2.3 En samlet behandlingsprosess, eller flere behandlinger?

Et spørsmål som oppstår, er om prosessen beskrevet over skal anses som *en* behandlingsprosess eller flere adskilte behandlinger. Avklaringen er viktig da artikkel 6 nr. 1 krever at enhver behandling må ha et behandlingsgrunnlag for å være lovlig. Behandlingsgrunnlag for tidligere behandlinger som i realiteten er adskilt fra den faktiske markedsføringen, vil da i utgangspunktet falle utenfor oppgavens fokus.

Ordlyden i artikkel 4 nr. 2 "enhver operasjon eller rekke av operasjoner" oppklarer ikke spørsmålet. Formuleringen er samtidig klart uttrykk for at det kan skilles mellom behandlinger som involverer flere behandlingsaktiviteter, men fortsatt rettslig er en og samme behandling, og der de forskjellige aktivitetene i realiteten utgjør nye behandlinger. Utfra dette kan vi utlede at *ett* behandlingsgrunnlag er tilstrekkelig dersom de forskjellige stegene anses som en samlet behandlingsprosess.

⁴⁴ Europaparlamentet (2021) s. 24.

Videre oppklarer ordlyden i artikkel 5 nr. 1 (b) om at personopplysninger må «samles inn til spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål», at regelen for hva som utgjør *en* behandling må være at de forskjellige behandlingsaktivitetene skjer med sikte på samme formål. Motsatt, dersom de forskjellige aktivitetene har ulike formål, må det foretas en vurdering av hvor mange selvstendige behandlinger som foreligger basert på de ulike formålene.

Dette blir mer komplisert der flere aktører er involvert. Til illustrasjon driver TikTok tilpasset markedsføring basert på "Information You Provide, Automatically Collected Information, and Information From Other Sources for this purpose".⁴⁵ De to første kategoriene er førstehåndsinnsamlende, som innebærer at TikTok er alene ansvarlig for hele behandlingsprosessen forutsatt at de også driver den endelige markedsføringen. Den siste kategorien er tredjepartsinnsamling. I disse tilfellene er det altså en annen aktør som er ansvarlig for innsamling, mens TikTok er ansvarlig for resten av prosessen. I sistnevnte vil det dermed være minst to aktører involvert.

Det klare utgangspunktet må være at hver aktør står for hver sin behandling dersom de har ulike formål. Spørsmålet er om det samme gjelder i de tilfeller formålet er felles.

Til tross for at ordlyden i artikkel 6 nr. 1 tilsier at det er stegene og ikke aktørene som er av betydning, må ansvarlighetsprinsippet få avgjørende vekt i motsatt retning.

Ansvarlighetsprinsippet kommer til uttrykk i artikkel 5 nr. 2, og innebærer at hver behandlingsansvarlig skal handle i tråd med prinsippene for behandling av personopplysninger i første ledd, derunder kravet om lovlighet.⁴⁶ Dette innebærer at dersom det er flere behandlingsansvarlige involvert, må hver av disse sikre selvstendig behandlingsgrunnlag. Det samme er tilfellet ved felles behandlingsansvar etter artikkel 26. Det heter i C-40/17 (Fashion-ID) avsnitt 97 at "it is necessary that each of those [joint] controllers should pursue a legitimate interest [...] through those processing operations in order for those operations to be justified in respect of each of them".

For den videre fremstillingen vil jeg fokusere på behandlingsgrunnlaget for den behandlingsprosessen som resulterer i den endelige markedsføringen. Dette innebærer i lys av gjennomgangen over at dersom prosessen er delt inn i flere behandlinger, eller involverer

⁴⁵ TikTok (2021) under "personalised advertising".

⁴⁶ Kuner (2020a) s. 318-319.

flere aktører, faller disse i utgangspunktet utenfor. Som vi vil se under punkt 3.5 kan imidlertid også tidligere behandlinger og deres behandlingsgrunnlag være momenter i interesseavveiningen.

3 Berettiget interesse som behandlingsgrunnlag for tilpasset markedsføring

3.1 Generelle betraktninger om berettiget interesse som behandlingsgrunnlag

3.1.1 Formål bak forordningen og behandlingsprinsippene

Handlingsrommet for berettiget interesse som behandlingsgrunnlag må sees i lys av formålene bak forordningen angitt i artikkel 1 og de grunnleggende prinsippene for behandling av personopplysninger i artikkel 5.

Når personvernforordningen erstattet personverndirektivet i 2018 var en av de viktigste endringene en overgang i reguleringsform. Personverndirektivet resulterte i en fragmentert gjennomføring av vernet av personopplysninger i Unionen, rettslig usikkerhet og at sentrale formål ble dårlig ivaretatt.⁴⁷ Overgangen til en forordning var nettopp ment å motvirke denne utviklingen og i større grad sikre en harmonisert regulering i Europa gjennom en felles forordningstekst som bedre ivaretok regelverkets overordnede formål.⁴⁸

I artikkel 1 fremheves at forordningens hovedformål er å "[sikre] vern av fysiske personers grunnleggende rettigheter og friheter, særlig deres rett til vern av personopplysninger", men samtidig påse at "fri utveksling av personopplysninger i Unionen [ikke] begrenses eller forbyes av årsaker knyttet til" personvernet jf. nr. 2 og nr. 3. Primærformålet er følgelig todelt, å ivareta en balanse mellom tilstrekkelig personvern på en side, og fri flyt av personopplysninger til fordel for innovasjon og unionens økonomiske interesse på den andre. I fortalepunkt 2 formuleres dette som at forordningen skal sikre frihet, sikkerhet og rettferdighet samt bidra til økonomisk og sosial fremgang.

Av de grunnleggende prinsippene for behandling av personopplysninger i artikkel 5 er særlig de tre første relevante for oppgaven. For det første må personopplysningene (a) "behandles på en lovlig, rettferdig og åpen måte med hensyn til den registrerte". Kravet til *lovlighet* utelukker enhver behandling uten rettslig grunnlag, og komplimenteres av

⁴⁷ Fortalepunkt 9.

⁴⁸ Fortalepunkt 10.

behandlingsgrunnlagene i artikkel 6. Lovkravet er på den måte en anerkjennelse av at personvernet beskyttes av fundamentale rettigheter og oppstiller et legalitetsprinsipp.⁴⁹ At behandlingen skal være *rettferdig* tilsier videre at behandlingen ikke oppleves vilkårlig av den registrerte. Dette henger tett sammen med *åpenhetskravet*. Behandlingsprosessen skal være transparent ved at informasjon om behandlingen, dens formål og behandlingsgrunnlaget skal være lett tilgjengelig og forståelig presentert for den registrerte.⁵⁰

Videre må behandlingen ivareta *formålsbegrensingsprinsippet* i (b) om at personopplysninger bare samles inn for "spesifikke, uttrykkelige angitte og berettigede formål". Ordlyden indikerer at enhver behandling må ha en tilstrekkelig konkret og forsvarlig begrunnelse, og at personopplysningene ikke må viderebehandles på en måte som er uforenlig med dette formålet.

Endelig må personopplysningene (c) være "adekvate, relevante og begrenset til det som er nødvendig for formålet de behandles for". Dette omtales som *dataminimaliseringsprinsippet*, og skal sørge for at personopplysninger kvalitativt og kvantitativt behandles så lite som nødvendig for det aktuelle formålet.⁵¹ I fortalepunkt 39 formuleres dette som at personopplysninger bare bør behandles dersom formålet ikke med rimelighet kan oppfylles på annen måte.

3.1.2 Artikkel 6 nr. 1 om behandlingens lovlighet

Artikkel 6 nr. 1 sier at en behandling bare er lovlig "dersom" og "i den grad" minst ett av alternativene i (a-f) er oppfylt.

Ordlyden er positivrettslig utformet, og oppstiller et absolutt krav om behandlingsgrunnlag for at behandlingen skal anses lovlig. Det må ikke bare vurderes om et behandlingsgrunnlag foreligger, men også hvor langt det rekker i det konkrete tilfellet, ref. "i den grad". Videre tilsier formuleringen at behandlingsgrunnlaget må være på plass allerede før behandlingen er påbegynt, og foreligge under hele behandlingen.

Ved valg av behandlingsgrunnlag må ordlyden "i den grad ett av følgende vilkår er oppfylt" tas til inntekt for at listen (a-f) er uttømmende, og at ett behandlingsgrunnlag ikke generelt

⁴⁹ Kuner (2020a) s. 314. Se også fortalepunkt 4 om at det særlig gjelder retten til privatliv, kommunikasjon og ytrings- og informasjonsfrihet.

⁵⁰ Kuner (2020a) s. 314-315 og fortalepunkt 39.

⁵¹ Kuner (2020a) s. 317.

står sterkere enn de andre. Dette bekreftes i praksis, hvor EU-domstolen i f.eks C-708/18 (TK) uttaler at det ikke er grunn for å innhente samtykke der det kan påvises en berettiget interesse.⁵² Personvernrådet oppfordrer likevel behandlingsansvarlig til å søke å benytte grunnlaget som gir den registrerte de beste rettighetene i det konkrete tilfellet.⁵³

3.1.3 Berettiget interesse etter artikkel 6 nr. 1 (f)

Alternativ (f) gir behandlingsgrunnlag dersom "behandlingen er nødvendig" for "formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige eller en tredjepart", med mindre "den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter går foran og krever vern av personopplysninger", særlig dersom "den registrerte er et barn". Det gjøres et absolutt unntak i nr. 1 annet ledd ved at behandlingsgrunnlaget ikke er aktuelt for "behandling som utføres av offentlige myndigheter som ledd i utførelse av deres oppgaver".

Ordlyden indikerer at behandlingsgrunnlaget beror på tre kumulative vilkår. Det må i) foreligge en berettiget interesse, ii) behandlingen må være nødvendig for å realisere denne, og iii) den berettigede interessen må veie tyngre enn den registrertes interesse eller grunnleggende rettigheter. Dette stemmer overens med hvordan behandlingsgrunnlaget anvendes i praksis, se til illustrasjon C-13/16 (Rigas) avsnitt 28.

I fortsettelsen vil hvert av de tre vilkårene tolkes mer generelt, før de anvendes på tilpasset markedsføring konkret. I denne sammenheng har det kommet to avgjørelser den siste tiden som er av særlig interesse.

For det første avsa Høyesterett dom i HR-2021-2403-A (Legelisten-dommen) som gjaldt om nettsiden Legelisten.no hadde behandlingsgrunnlag for å mota og publisere opplysninger om helsepersonell. Formålet var å tilby allmennheten en oversikt over helsetilbud for å sette dem bedre i stand til å avgjøre hvor de ønsker behandling. Nettsiden hadde ikke innhentet samtykke, men påberopte berettiget interesse som behandlingsgrunnlag i lys av deres økonomiske interesse og samfunnets interesse i en slik tjeneste. Høyesterett konkluderte med at berettiget interesse forelå, og at behandlingen måtte anses lovlig.

For det andre avsa Personvernrådet en avgjørelse 15. september 2022 mot Meta for

⁵² C-708/18 (TK) avsnitt 41 og 60.

⁵³ Personvernrådet (2019) s. 7.

manglende behandlingsgrunnlag. Meta hadde anført artikkel 6 nr. 1 (b) kontraktsforpliktelse og (f) berettigede interesser som grunnlag for behandling av personopplysninger til mindreårige i relasjon til offentlig deling av e-postadresser og/eller telefonnummer til brukere av Instagram business-kontoer, samt en "public-by-default" setting for personlige kontoer til mindreårige. Personvernrådet fant at alternativet om kontraktsforpliktelse ikke var oppfylt. Publiseringen av e-postadresser og/eller telefonnummer til mindreårige kunne heller ikke hjemles i en berettiget interesse, da behandlingen både var unødvendig og ikke bestod interesseavveiningen. Som et resultat ble Meta ilagt et overtredelsesgebyr på EURO 405 millioner, det nest største overtredelsesgebyret ilagt etter personvernforordningen.⁵⁴

3.2 Behandlingsansvarliges berettiget interesse

3.2.1 Generelt

For det første må behandlingsansvarlig ha en *berettiget interesse* i den aktuelle behandlingen. En interesse tilsier en nysgjerrighet eller relevans, og indikerer isolert sett en meget lav terskel. At interessen må være *berettiget* tilsier imidlertid at den i tillegg må kvalifiserer som legitim og beskyttelsesverdig, og skjerper derigjennom terskelen. Berettiget er en rettslig standard med et dynamisk innhold, og vil variere over tid og avhengig av kontekst. Vurderingen må derfor gjøres konkret. Samtidig har EU-domstolen lagt til grunn at en interesse som minstekrav må være lovlig, konkret og aktuell ved tidspunktet behandlingen er påbegynt for å være berettiget.⁵⁵

For at interessen skal være lovlig må den være i tråd med både EU/EØS og nasjonal rett.⁵⁶ At interessen må være konkret, innebærer at den ikke må være for vag eller spekulativ.⁵⁷ Tvertom skal den være klart definert på forhånd, reell og saklig begrunnet i virksomheten. Avgjørelsen fra Personvernrådet er illustrerende. Instagram sin anførte berettigede interesse var a) «creating, providing, supporting, and maintaining innovative products and features that enable people under the age of majority to express themselves, communicate, and engage with information and communities relevant to their interests and build community», og b) «of a third party (i.e., other Instagram users) to be able to engage with Business Account owners».

⁵⁴ Meta-avgjørelsen.

⁵⁵ C-708/18 (TK) avsnitt 44. Se også Kuner (2020b) s. 337.

⁵⁶ Kuner (2020b) s. 337.

⁵⁷ WP29 (2014) s. 24.

Personvernrådet anså interessen for å være for vagt og lite konkret utformet til å kunne vurdere lovligheten og aktualiteten, og interessen ble ikke ansett berettiget.⁵⁸

Regelen referer generelt til enhver form for berettiget interesse hos den behandlingsansvarlige. Ordlyden favner dermed vidt, og dekker som utgangspunkt alt fra rettslig, økonomiske til ikke materielle interesser.⁵⁹ Det er følgelig ikke noe krav om at interessene skal fremme ideelle eller samfunnsnyttige formål, og det kan ikke utelukkes at også mer personlige interesser som privatøkonomi kan være berettigede.

Rettskildene gir en rekke eksempler på hva som tidligere har blitt ansett for berettigede interesser, uten at disse må forstås uttømmende.⁶⁰ For det første uttaler Personvernrådet i avgjørelsen mot Meta at «as a general rule, those interests which can be traced back to the law [...] can amount to “legitimate” interest».⁶¹ Særlig må dette være tilfellet for fundamentale rettigheter inntatt i den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter ("CFR") og den europeiske menneskerettighetskonvensjon ("EMK").⁶²

Fortalen og rettspraksis viser videre at sikkerhet og forebygging av kriminalitet er særlig aktuelt. Fortalepunkt 47 fremhever behandling strengt nødvendig for å forebygge bedrageri, mens EU-domstolen i både C-13/16 (Rigas) og C-708/18 (TK) måtte behandling av personopplysninger tilknyttet videoovervåkning anses berettigede interesse da formålet var å forebygge innbrudd, hærverk eller annen kriminalitet, jf. særlig C-708/18 (TK) avsnitt 45.

Også rent økonomiske og kommersielle interesser er blitt akseptert.⁶³ Fortale fremhever i punkt 47 behandling i forbindelse med direkte markedsføring og i punkt 48 deling av personopplysninger mellom behandlingsansvarlige internt i samme konserner. Videre anerkjenner Høyesterett Legelisten.no sine "økonomisk formål" i Legelisten-dommen, jf. avsnitt 51, og EU-domstolen anså økonomiske interesser som berettigede i C-131/12 (Google Spain). Spørsmål var her om Google kunne vise en avisartikkel om den registrertes personlige

⁵⁸ Meta-avgjørelsen avsnitt 109.

⁵⁹ Ibid. avsnitt 104.

⁶⁰ WP29 (2014) s. 24-25.

⁶¹ Meta-avgjørelsen avsnitt 104.

⁶² Kuner (2020b) s. 337.

⁶³ Meta-avgjørelsen avsnitt 104, Skullerud (2022) under "Berettiget interesse" i kommentar til artikkel 6 og Jarbekk (2019) s. 159.

konkurs i sin søkemotor med grunnlag i deres økonomiske interesse. EU-domstolen dømte etter balansetesten i favør av den registrerte.⁶⁴

Endelig, når det gjelder hvem sine interesser som kan være aktuelle, medfører for det første unntaket i annet ledd at det avgrenses mot behandling ved utøvelse av offentlig myndighet. Behandling foretatt av offentlige myndigheter som ikke relaterer seg til myndighetsutøvelse, som utlysning av stillinger eller promotering, faller utenfor unntaket. Videre er ordlyden i (f) klar på at behandling kan skje ikke bare på bakgrunn av behandlingsansvarlig sine interesser, men også interesser til en tredjepart. Dette er bekreftet i praksis, av EU-domstolens i C-13/16 (Rigas) og Høyesterett i Legelistendommen.⁶⁵

3.2.2 Anvendt på tilpasset markedsføring

Jeg skal nedenfor gjennomgå de mest aktuelle berettigede interessene for tilpasset markedsføring. Da vurderingen må gjøres konkret i hvert tilfelle, kan det ikke utelukkes at andre interesser som ikke behandles her også kan være aktuelle.

Inndelingen er ment å tydeliggjøre viktigheten av at en interesse i tillegg til å være lovlige må være tilstrekkelig konkret og spesifikt angitt for å anses berettiget.

3.2.2.1 Kommersielle interesser og konkurransedyktighet

For det første vil markedsføring generelt ha et formål om å øke inntekter og/eller promotere og spre oppmerksomhet om bedriften sin. Tilpasset markedsføring forsterker disse interessene ytterligere ved å tilrettelegge for en mer effektiv markedsføring gjennom å sikre at den treffer riktig målgruppe med et relevant budskap og samtidig reduserer ineffektiv reklame.⁶⁶ WP29 har uttalt at "the economic interest of a company to learn as much as possible about its potential customers so that it can better target advertisement about its products or services" er en legitim interesse.⁶⁷ Dette kan samlet omtales som kommersielle interesser.

⁶⁴ C-131/12 (Google Spain) avsnitt 56 og 81.

⁶⁵ C-13/16 (Rigas) avsnitt 28 og HR-2021-2403-A avsnitt 67 flg.

⁶⁶ Se også Skullerud (2022) under "Berettiget interesse" i kommentar til artikkel 6 og Meta-avgjørelsen avsnitt 104 om at berettigede interesser kan være av "economic [...] nature".

⁶⁷ WP29 (2014) s. 24.

Som en del av den kommersielle interesser er at en mest mulig effektiv markedsføring er viktig for bedrifter for å være konkurransedyktige innenfor markedsføringssektoren. Særlig er dette relevant for mindre aktører som ikke har samme økonomiske ressurser som en stor aktør til å drive tradisjonelle markedsføringskampanjer. Dette var til illustrasjon et viktig moment for Høyesterett i Legelisten.no-dommen, hvor konkurransehensyn fremheves som en berettiget interesse i avsnitt 52. Det uttales i avsnitt 58 flg. at det å frikoble plattformen fra søkemotorer ville medføre en betydelig nedgang i trafikken på Legelisten.no og dermed hatt en vesentlig negativ innvirkning på deres inntekter og vekstmuligheter. Kobling til søkemotoren var dermed nødvendig for konkurransedyktighet.

Kommersielle interesser ligger i kjernen av retten til å drive næringsvirksomhet etter CFR artikkel 10 som svarer til grunnloven⁶⁸ § 110 og er klart lovlige. Økonomisk vekst og konkurransedyktighet må videre anses aktuelle for enhver næringsdrivende. Forutsatt at disse er tilstrekkelig konkret og spesifikt utformet, vil de være berettigede interesser.

3.2.2.2 Direkte markedsføring

Selv om det å drive markedsføring allerede dekkes av kommersielle interesser, nevnes uttrykkelig i fortalepunkt 47 at "behandling av personopplysninger i forbindelse med direkte markedsføring kan anses for å være en berettiget interesse". Utsagnet utdypes verken i forordningen, fortalen eller forarbeidene, men presiseringen må tas til inntekt for at direkte markedsføring som hovedregel skal anses berettiget. Da tilpasset markedsføring er en form for direkte markedsføring, ref. punkt 2.1, må dette også dekkes.⁶⁹ Forutsetningen er igjen at de øvrige kravene til en lovlig, konkret og aktuell interesse blir møtt, ref. "kan" i fortaleteksten.

For flere av kommunikasjonsmetodene som benyttes ved direkte markedsføring stilles det krav til samtykke som behandlingsgrunnlag i særlovgivningen, som over e-post og SMS etter markedsføringsloven § 15. For slike kommunikasjonskanaler vil berettiget interesse ikke være et lovlig grunnlag. For andre former for direkte markedsføring derimot, som tilpasset markedsføring på sosiale medier, må uttalelsen tas til inntekt for at å utøve en slik markedsføring i seg selv utgjør en berettiget interesse.⁷⁰

⁶⁸ LOV-1814-05-17.

⁶⁹ Se også WP29 (2014) s. 24.

⁷⁰ Kuner (2020b) s. 337 og ICO (2018b) under "Can we use legitimate interests for our marketing activities?".

3.2.2.3 Forbrukerinteresser og allmenninteresser

En mer effektiv markedsføring vil også være av interesse for den registrerte. Både det å forbedre brukeropplevelsen på nett ved å tilpasse innholdet til den registrertes interesser og redusere uønsket markedsføring må anses som klare forbrukerinteresser. En mer effektiv kommunikasjon med forbrukere vil videre være særlig fordelaktig i visse situasjoner, som ved reklame for nye boliger som treffer preferansene til en registrert som er på boligleting.⁷¹

Nært relatert til forbrukerinteresser kan det også tenkes at en markedsfører har visse mer ideelle, samfunnsnyttige interesser bak behandlingen. Datatilsynet uttaler at digitalisering av samfunnet ikke er et mål i seg selv, men et middel for å oppnå noe bedre i samfunnet vårt.⁷² Økonomisk utvikling og vekst i Unionen er i seg selv en samfunnsinteresse. Dette er trolig en for ukonkret interesse for at tilpasset markedsføring skal anses berettiget. En mer aktuell samfunnsinteresse er at markedsføring muliggjør at tjenester med stor samfunnsnytte tilbys gratis ved å gi en alternativ inntektskilde.⁷³ Dette er for eksempel forretningsmodellen til mange tjenester for informasjonsspredning, som publisister,⁷⁴ søkemotorer og sosiale medier.⁷⁵ I disse tilfellene må markedsføringen anses å ivareta sentrale samfunnsinteresser knyttet til blant annet ytrings- og informasjonsfrihet.

Som ellers er det avgjørende at den behandlingsansvarlige tilstrekkelig konkret og spesifikt presiserer hvilke forbruker- eller allmenninteresser det gjelder, og hvordan disse er aktuelle på behandlingstidspunktet.

3.2.2.4 Flere interesser i sammenheng

Endelig kan flere interesser ha en så nær tilknytning at det er hensiktsmessig/nødvendig å se de i sammenheng. For tilpasset markedsføring vil ofte de kommersielle fordelene bak markedsføringen være nødvendig for å muliggjøre og ivareta andre interesser som konkurransedyktighet eller ytrings- og informasjonsfrihet. Her er særlig publisister illustrerende, som ofte avhengig av annonseinntekter for å finansiere publiseringsevne. Flere av Norges største mediehus, deriblant Schibsted og Amedia,

⁷¹ ICO (2018b) under "Can we use legitimate interests for our marketing activities?".

⁷² Datatilsynet (2022).

⁷³ Forbrukerrådet (2021) s. 8 punkt 3.1.

⁷⁴ Se for eksempel Schibsted (b) under Behandlingsformål 17.

⁷⁵ Statstic (2022) om Google og Facebook.

har dette som forretningsmodell.⁷⁶ Schibsted skriver at de driver "personlig tilpassede annonser"⁷⁷ fordi markedsføringsformen er "mer verdifull for annonsørene" og dermed "hjelper oss med å finansiere våre nyhetstjenester og andre tjenester gjennom annonsering" samt å kunne tilby tjenestene sine gratis.⁷⁸ Schibsteds kommersielle interesse, gjennom mer verdifull annonsering, er følgelig nødvendig for å realisere deres kjernetjenester, nemlig fri presse, ytrings- og informasjonsfrihet og demokrati.

3.3 Er den tilpassede markedsføringen nødvendig?

3.3.1 Generelt

Behandling må deretter være "nødvendig" for "formål knyttet til" den eller de berettigede interessene. Formuleringen "formål knyttet til" tilsier at det må være direkte sammenheng mellom behandlingen og realiseringen av den aktuelle interessen. Isolert sett oppstiller ordlyden "nødvendig" en høy terskel, hvor vurderingstemaet er om behandlingen er påkrevd. For det første innebærer dette at behandlingen faktisk fremmer interessen. For det andre kan det ikke foreligge mindre inngripende behandlingsalternativer som vil realisere formålet på en like god eller bedre måte.⁷⁹

I praksis har domstolene gått vekk fra et så strengt nødvendighetskrav. Førstvoterende viser i Legelisten-dommen til C-708/18 (TK) og utleder vurderingstemaet om de berettigede interesser *med rimelighet* kan realiseres like effektivt på en annen måte som er mindre inngripende overfor de registrerte.⁸⁰ En slik tolkning er videre overens med fortalepunkt 39 hvor det uttales at behandling bare bør foretas dersom formålet med behandlingen ikke *med rimelighet* kan oppnås på annen måte. Samlet gir kildene grunnlag for en noe lavere terskel enn det ordlyden gir uttrykk for.

Vurderingstemaet viser at nødvendighetskravet har sterke paralleller til dataminimaliseringsprinsippet i artikkel 5 nr.1 (c). Dersom en behandling av personopplysninger går lengre enn nødvendig for å realisere formålet, vil behandlingen både stå i strid med nødvendighetskravet og dataminimaliseringsprinsippet.⁸¹ Til

⁷⁶ Amedia (2018) og Schibsted (b).

⁷⁷ Schibsted (b) under Behandlingsformål 17.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Kuner (2020b) s. 338, WP29 (2014) s. 27 og Meta-avgjørelsen avsnitt 112.

⁸⁰ HR-2021-2403-A avsnitt 54-55 jf. C-708/18 (TK) avsnitt 47.

⁸¹ Meta-avgjørelsen avsnitt 113.

illustrasjon anså Personvernrådet Meta sin nødvendighetsvurdering for å være mangelfull i 2022 avgjørelsen, hovedsakelig da det ikke var foretatt en vurdering av alternative handlingsmåter.⁸² Det fremsto klart for Personvernrådet at direkte meldinger gjennom Instagram var en bedre kommunikasjonsmetode enn e-post eller telefon, både for brukere og næringsdrivende. Deling av telefon og e-postadresse var derfor unødvendig for å oppnå den berettigede interessen Instagram hadde i effektiv kontakt mellom partene.

Som vi ser gjelder nødvendighetskravet i utgangspunktet hva som skal til for å oppnå den berettigede interessen. Vurderingen har samtidig en side mot hva som kan gjøres for å begrense de negative konsekvensene av behandlingen. Et spørsmål som oppstår, er om slike tilleggstiltak er et moment som passer best under nødvendighetsvurderingen eller interesseavveiningen. Høyesterett uttaler i Legelisten-dommen at minimaliseringstiltak må vurderes under interesseavveiningen.⁸³ Dette er også i samsvar med veiledninger fra både Datatilsynet og WP29.⁸⁴ Jeg velger samme tilnærming. Tilleggstiltak skal etter sin natur komme *i tillegg* til hovedhandlingen, og har dermed i utgangspunktet ikke direkte betydning for hvor nødvendig hovedhandlingen er. De burde heller anses som moment man i ettertid benytter for å redusere den negative innvirkningen på den registrerte, og passer dermed godt inn i en interesseavveining.

3.3.2 Anvendt på tilpasset markedsføring

Personvernrådet og WP29 har ved flere anledninger uttalt at tilpasset markedsføring sjeldent vil anses nødvendig.⁸⁵ Uttalelsene fremlegges imidlertid uten inngående drøftelse og fremstår for bastante og unyanserte til å legge en slik presumsjon ukritisk til grunn. Det må foretas en konkret vurdering hvor vurderingstemaet er om de berettigede interessene bak tilpasset markedsføring med rimelighet kan oppnås like effektivt ved mindre inngripende alternativer.

Når det gjelder kommersielle interesser er forventingen at jo mer tilpasset en markedsføring er, desto bedre gjennomslag vil den få.⁸⁶ Når bruk av personopplysninger gir det beste grunnlaget for individuell tilpasning, er det klart at markedsføringen er kommersielt svært

⁸² Ibid. avsnitt 113 flg.

⁸³ HR-2021-2403-A avsnitt 61.

⁸⁴ Datatilsynet (2019) og WP29 (2014) s. 33-42.

⁸⁵ Personvernrådet (2019) s. 14 avsnitt 52, WP29 (2014) s. 18 og WP29 (2018) s. 14-15.

⁸⁶ Europaparlamentet (2021) s. 24.

effektiv. Samtidig kan markedsførere måle hvilke annonser som får best respons, og dermed spare kostnader ved å redusere ineffektiv reklame. Tilpasset markedsføring er således svært effektivt for å maksimere kommersielle interesser.

Igjen har dette en side mot konkurransedyktighet. Behandlingsansvarlig kan prioritere midler på effektiv reklame og sikre at markedsføringen treffer riktig publikum med relevant budskap. Særlig for mindre aktører uten samme ressurser til å finansiere større markedsføringskampanjer vil dette være viktig for å være konkurransedyktig i et enormt marked hvor noen av verdens største aktører utgjør konkurrentene. Studier viser at Amazon, Facebook og Google i 2019 sto for nærmere 70% av alle digitale markedsføringsinntekter globalt.⁸⁷ Dette viser at hvem som driver markedsføringen vil være av betydning i nødvendighetsvurderingen. Tilpasset markedsføring vil være mer nødvendig for en mindre aktør med et begrenset budsjett, enn for større aktør som kan finansiere større markedsføringskampanjer.

Dersom behandlingsansvarlig anfører direkte markedsføring som berettiget interesse, må tilpasset markedsføring anses å gå lengre enn nødvendig. Mens tilpasset markedsføring er en form for direkte markedsføring, behøver ikke all direkte markedsføring å være tilpasset, ref. punkt 2.1.⁸⁸ Behandlingsansvarlig må derfor i tillegg ha en interesse i selve tilpasningen eller effekten denne har. ICO foreslår som eksempel at det må presiseres et ønske om å tilpasse markedsføringen for bedre gjennomslag hos den registrerte.⁸⁹ Som eksempel heter det i Schibsted sin personvernerklæring at tilpasset markedsføring er nødvendig for å "levere produktene og tjenestene som våre kunder og brukere forventer".⁹⁰ Lignende skriver Facebook at tilpasningen er nødvendig for at de kan "levere en [...] personlig tilpasset [...] tjeneste til brukerne og partnerne [deres]".⁹¹ I disse tilfeller er tilpasningen klart nødvendig.

Videre er tilpasningen en svært effektiv måte å forbedre brukeropplevelse på ved å redusere mengden reklame og samtidig prioritere reklame basert på forbrukerens behov og interesser. Når det gjelder allmenninteresser vil tilpasset markedsføring, gjennom å være svært økonomisk gunstig, være en effektiv måte å finansiere gratistjenester.⁹² På denne måten

⁸⁷ Insider Intelligence (2019).

⁸⁸ Europaparlamentet (2021) s. 24.

⁸⁹ ICO (2018b) under "Can we use legitimate interest for marketing activities?"

⁹⁰ Schibsted (a).

⁹¹ Facebook (2022) under "Rettslig grunnlag".

⁹² Forbrukerrådet (2021) s. 8 punkt 3.1.

tilgjengeliggjør tilpasset markedsføring viktige samfunnstjenester for ytrings- og informasjonsfrihet som publisister særlig innen nyhetsbransjen, søkemotorer og sosiale medier.

Spørsmålet er om det finnes et alternativ som med rimelighet kan oppnå de samme interessene like effektivt på en måte som er mindre inngripende overfor den registrerte.

Markedsføring uten noen form for tilpasning vil ikke være like effektivt da det mister fordelene av å treffe riktig person til riktig tid. Kontekstuell markedsføring derimot kan være et verdig alternativ. Hovedforskjellen fra tilpasset markedsføring er at reklamen tilpasser seg en kontekst den ønsker å eksponere seg til forbrukere på, ikke forbrukerens individuelle profil.⁹³ På den måte klarer kontekstuell markedsføring å si noe om hvem, hvorfor og når en person trykker på en reklame, uten en inngående behandling av deres personopplysninger. Markedsføringsformen reiser derfor ikke de samme bekymringer rundt bruk av personopplysninger, samtidig som den tillater en effektiv markedsføring.

Studier tilsier at kontekstuell markedsføring til fordel for tilpasset markedsføring kan øke annonseinntekter. Forbrukerrådet viser til at den nederlandske kringkasteren NPO økte annonseinntekter med omkring 80% ved kontekstuell til fordel for tilpasset markedsføring, og at New York Times sine annonseinntekter fortsatte å vokse etter at de gikk vekk fra tilpasset markedsføring mot europeiske kunder.⁹⁴ Tilpasset markedsføring er videre en dyr markedsføringsform, hvor opp mot halvparten av inntekten kan gå til ulike mellommenn.⁹⁵ Dette er midler behandlingsansvarlig i stor grad sparer ved å velge kontekstuell markedsføring. I noen tilfeller vil følgelig kontekstuell markedsføring være en alternativ handlingsmåte som er like eller mer effektiv og samtidig mindre inngripende overfor den registrertes personvern. Tilpasset markedsføring vil i så fall ikke være nødvendig.

Samtidig må ikke eksemplene over tas ukritisk til inntekt for at kontekstuell kan erstatte tilpasset markedsføring i alle tilfeller.⁹⁶ Mens kontekstuell markedsføring baserer seg utelukkende på kontekst, nyter tilpasset markedsføring fordel av å kunne basere seg på store mengder data samlet inn over tid og på tvers av nettsider. Dette vil i mange tilfeller være mer effektivt i lys av forventningen om at bedre tilpasning resulterer i bedre respons fra den

⁹³ Europaparlamentet (2021) s. 24.

⁹⁴ Forbrukerrådet (2021) s. 10.

⁹⁵ ISBA (2020) og Google (2020).

⁹⁶ Forbrukerrådet (2021) s. 10.

registrerte. Selv om det foreligger tilfeller hvor kontekstuell markedsføring har vært fordelaktig, viser resultatet fra en studie Google publiserte i 2019 at annonseinntekter kan falle med nærmere 50% ved å gå vekk fra tilpasning på bakgrunn av personopplysninger.⁹⁷ Der dette vil være tilfelle, må tilpasset markedsføring anses som nødvendig.

3.4 Interesseavveining

3.4.1 Generelt

Endelig må ikke "den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter [gå] foran [den berettigede interessen] og krever vern av personopplysninger", "særlig dersom den registrerte er et barn", jf. artikkel 6 nr. 1 (f). Vilkåret innebærer en balansetest mellom behandlingsansvarliges berettigede interesse på en side, mot den registrertes interesser og grunnleggende rettigheter på den andre.

At det skal hensyntas både den registrertes interesser og grunnleggende rettigheter, sammenholdt med at interessene til forskjell fra den behandlingsansvarliges ikke behøver å kvalifiseres som berettigede, tilsier en høy terskel hvor den registrerte står i en styrket posisjon. Høyesterett nyanserer dette ved å uttale at formålet med interesseavveiningen er å forsøke å finne den rette balanse mellom de motstridende interessene.⁹⁸ Målet er ikke å avverge alle negative inngrep, men heller å forebygge disproporsjonale konsekvenser, og terskelen må ikke overdrives.⁹⁹

Ordlyden "særlig dersom den registrerte er barn" skjerper terskelen der den registrerte er mindreårig. Heller ikke dette må praktiseres så strengt at det i realiteten ikke er adgang for behandling. Både EU-domstolen og Personvernrådet har uttalt at det faktisk at den registrerte er barn i seg selv ikke utelukker behandlingsgrunnlaget, men at det vil være et styrende moment i interesseavveiningen.¹⁰⁰

Bestemmelsens ordlyd sier lite om fremgangsmåten og aktuelle vurderingsmomenter under balansetesten, og veiledning må søkes i de øvrige rettskildene. Samstemt praksis og teori viser at en firetrinns fremgangsmåte er hensiktsmessig ved gjennomføringen.¹⁰¹ Først må det

⁹⁷ Google (2019).

⁹⁸ HR-2021-2403-A avsnitt 63 med videre henvisning til C-468/10 (ASNEF) og C-469/10 (FECEMD).

⁹⁹ WP29 (2014) s. 40.

¹⁰⁰ C-13/16 (Rigas) avsnitt 33 og Meta-avgjørelsen avsnitt 126.

¹⁰¹ HR-2021-2403-A avsnitt 63 flg., Kuner (2020b) s. 338, WP29 (2014) s. 33-42 og Datatilsynet (2019).

vurderes i) hvor sterk virksomhetens berettiget interesse er, deretter ii) hvor sterkt hensynet til den registrertes personvern gjør seg gjeldende, etterfulgt av iii) mulige tiltak for å minimalisere personvernkonsekvensene og endelig iv) en helhetlig balansetest.

Ved kartlegging av behandlingsansvarliges berettigede interesser er målet å identifisere hvor langt behandlingen går i å realisere den aktuelle interessen, hvor viktige disse er for den behandlingsansvarlige, og hva som er konsekvensen dersom interessen ikke realiseres.¹⁰² Det var til illustrasjon et tungtveiende moment i favør av Legelisten.no i Legelisten-dommen, at det ikke fantes en tilsvarende oversikt over helsepersonell i Norge. Som et resultat var konsekvensen stor dersom den berettigede interessen ikke førte fram, da man tapte en samfunnsnyttig tjeneste.¹⁰³

For vurderingen av inngrepet overfor den registrertes personvern, skal både positive og negative konsekvenser vurderes.¹⁰⁴ Det må først avklares det kvalitative og kvantitative omfanget av personopplysninger det gjelder, og risikoen behandlingen medfører ovenfor disse.¹⁰⁵ Dersom det gjelder behandling av mer sensitive personopplysninger med en stor risiko for eksempelvis videre spredning, vil personvernet stå særlig sterkt. På motsatt side, dersom det eksempelvis gjelder allerede offentlige opplysninger er risikoen overfor personvernet mindre.

Det fremkommer videre av fortalepunkt 47 at det særlig skal tas hensyn til om den registrerte med rimelighet kunne forvente at personopplysningene vil behandles for det aktuelle formålet i lys av kontekst og forholdet til den behandlingsansvarlige.¹⁰⁶ Videre viser EU-praksis at andre relevante momenter er om personopplysninger allerede er offentlig tilgjengelig, hvor grovt inngrepet er, hvor følsomme personopplysningene er og hvor mange som har eller vil få tilgang til opplysningene som følge av behandlingen.¹⁰⁷

Deretter må det vurderes om behandlingsansvarlig kan foreta tilleggstiltak for å motvirke de negative konsekvensene for den registrertes personvern i så stor grad som mulig.¹⁰⁸

Vurderingen har derigjennom en side mot dataminimaliseringsprinsippet i artikkel 5 (b).

¹⁰² Datatilsynet (2019).

¹⁰³ HR-2021-2403-A avsnitt 68.

¹⁰⁴ WP29 (2014) s. 37.

¹⁰⁵ Meta-avgjørelsen avsnitt 121.

¹⁰⁶ Se også Kuner (2020b) s. 338.

¹⁰⁷ C-708/18 (TK) avsnitt 53 flg.

¹⁰⁸ Kunder (2020c) s. 339.

Ordlyden at behandlinger må være "begrenset til det som er nødvendig for formålene" tilsier at behandlingen skal begrenses både kvalitativt og kvantitativt der mulig. Til illustrasjon vektla EU-domstolen i C-708/18 (TK) at det i relasjon til videoovervåkning er relevant hvorvidt det er mulig å begrense overvåkning til nattetid eller utenfor vanlig arbeidstid, og blokkere ut områder hvor overvåkning er unødvendig for det aktuelle formålet. Det er ingen uttømmende liste over hva som kan være relevante tilleggstiltak.¹⁰⁹

Til slutt må det foretas en endelig vektning av alle relevante momenter og hensyn for å avgjøre balansetesten. WP29 har i den relasjon advart mot presumsjoner i vektleggingen av ulike interesser og momenter, og at man må hensynta "the dynamic nature of the relevant context".¹¹⁰ Først dersom interesseavveiningen viser at de berettigede interesser overveier inngrepet overfor den registrerte i lys av særlig risikoens art og grad, registrertes rimelige forventninger og aktuelle tilleggstiltak, vil behandlingen være legitim med grunnlag i berettigede forventninger jf. artikkel 6 nr. 1 (f).

3.4.2 Anvendt på tilpasset markedsføring

Det endelige spørsmålet er om behandlingsansvarliges berettigede interesser bak tilpasset markedsføring utfra en helhetlig interesseavveining veier tyngre enn den registrertes grunnleggende rettigheter og interesser.

3.4.2.1 Trinn i) Vekten av behandlingsansvarliges berettigede interesser

Som utgangspunkt må kommersielle interesser samt konkurransehensyn anses tungtveiende sett i lys av retten til å drive næringsvirksomhet etter CFR artikkel 16 som samsvarer med grunnloven § 110. Dette er forutsetninger for en vellykket næringsvirksomhet, som igjen er en helt sentralt premiss for et velfungerende samfunn.¹¹¹ Dette underbygges av primærformålet om økonomisk vekst og utvikling i unionen, ref. artikkel 1 nr. 3, og fortalepunkt 2 og 7.

Samtidig har både EU-domstolen og Høyesterett lagt til grunn at økonomiske interesser isolert sett har begrenset vekt holdt opp mot den registrertes personvern.¹¹² I Legelistendommen bar nettsidens økonomiske interesse i det konkrete tilfelle "relativt begrenset vekt

¹⁰⁹ WP29 (2014) s. 42.

¹¹⁰ Ibid. s. 51.

¹¹¹ Ibid. s. 34 under "i) Exercise of a fundamental rights".

¹¹² Det samme kommer til uttrykk i Kuner (2020b) s. 337, hvor det uttales at "mere commercial interests will not suffice".

målt opp mot helsepersonellens personinteresser" jf. avsnitt 66. Det samme var tilfelle i C-131/12 (Google Spain), hvor Googles ønske om å beholde artikkelen i sin søkemotor ikke kunne forsvares "merely [by] the economic interest which the operator of such an engine has in that processing" jf. avsnitt 81.

Når det gjelder forbruker- og allmenninteresser har ICO uttalt at fordeler for den registrerte og samfunnet ved tilpasset markedsføring vil være av begrenset vekt i helhetsvurderingen.¹¹³ Uttalelsen fremstår imidlertid unyansert. Mens bedre kommunikasjon med den registrerte, gratistjenester og en forbedret brukeropplevelse naturlig står mindre sterkt holdt opp mot grunnleggende rettigheter som personvern, vil også den behandlingsansvarliges interesser kunne utledes fra grunnleggende rettigheter. Jo mer dette er tilfellet, desto tyngre veiere interessen i balansetesten.¹¹⁴ For eksempel er fri presse, demokrati og ytrings- og informasjonsfrihet alle interesser som står særlig sterkt, noe som kommer klart fram av Høyesterett sin dom i HR-2008-1480-A (Se og Hør-dommen). Høyesterett legger her til grunn at retten til ytrings- og informasjonsfrihet og retten på privatliv i utgangspunktet likestilles. Hvilken rettighet som får forrang, vil bero på omstendighetene i hvert tilfelle. Et slikt synspunkt ble opprettholdt når saken ble anket til Den Europeiske Menneskerettsdomstols ("EMD") i Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway, 2014. Der interesser utleder seg i grunnleggende rettigheter, vil behandlingsansvarliges interesser stå sterkt og kunne konkurrere med den registrertes personvern.

Samlet taler dette for at de rent kommersielle interessene ved tilpasset markedsføring er relevante, men med en viss begrenset vekt sammenlignet med den registrertes personvern. Interesser tilknyttet grunnleggende rettigheter som demokrat og ytrings- og informasjonsfrihet derimot, står sterkt. Når disse interessene kombineres, styrkes det overordnede vernet.¹¹⁵

3.4.2.2 Trinn ii) Vekten av den registrertes fundamentale rettigheter og friheter

De grunnleggende rettigheter som utfordres av tilpasset markedsføring er særlig retten til respekt for privatliv og familieliv jf. CFR artikkel 7 som svarer til EMK artikkel 8, derunder retten til personvern jf. personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 (d), og ytrings- og informasjonsretten jf. CFR artikkel 11 som svarer til EMK artikkel 10. Som utgangspunkt

¹¹³ ICO (2018b) under "Can we use legitimate interests for marketing activities?".

¹¹⁴ WP29 (2014) s. 35.

¹¹⁵ Ibid. s. 34 under "i) Exercise of a fundamental rights".

medfører tilpasset markedsføring et større inngrep i disse rettighetene enn andre former for markedsføring.¹¹⁶ WP29 har uttalt at "it would be difficult for controllers to justify using legitimate interests as a lawful basis for intrusive profiling and tracking practices for marketing or advertising purposes".¹¹⁷ Som vi ser relaterer tilbakeholdenheten seg hovedsakelig til tilpasningsprosessen, hvor profilering fremheves særskilt. Dette er fordi tilpasningsprosessen reiser en rekke særegne bekymringer overfor den registrertes personvern.

For det første er det en risiko for at personopplysninger brukes i større utstrekning enn det den registrerte med rimelighet kunne forventet. Dette vil eksempelvis kunne være tilfelle dersom en markedsfører kombinerer personopplysninger han selv har innsamlet med data anskaffet fra en tredjepart til profileringen. Profileringen tillater lagring av store mengder data for å etablere profiler som kan videreanalyseres for å forutsi den registrertes fremtidige adferd.¹¹⁸ Data om den registrertes adferd vil i realiteten utgjøre en ny personopplysning, som den registrerte ikke selv har delt. Dette kan medføre at personopplysninger brukes i større utstrekning enn det den registrerte kunne forvente ut fra informasjonen han selv delte.

Videre vil det være en risiko for manipulasjon dersom en behandlingsansvarlig med presisjon kan forutsi den registrertes fremtidige adferd.¹¹⁹ Hovedformålet bak tilpasning er å øke sannsynligheten for at vedkommende foretar den handlingen markedsføreren ønsker. Personopplysninger, særlig dersom behandlingsansvarlig klarer å kartlegge tendenser og avhengigheter, kan da lett unyttes for å påvirke den registrerte til å handle på en måte som i realiteten undergraver individets autonomi. Et eksempel er påvirkning av politiske kampanjer,¹²⁰ som var et stort problem under valget i USA i 2016.¹²¹ Brasilianske myndighetene har derfor valgt å inngå avtaler med sosiale medier som TikTok, WhatsApp og Facebook for å motvirke manipulasjon av valget gjennom slik politisk markedsføring.¹²² Andre eksempler kan være å utnytte økonomisk ustabilitet for å markedsføre høyrentelån fra banker, gambling-nettsider og all annen markedsføring til en registrert på et spesielt tidspunkt hvor vedkommende forventes å være mer påvirkelig.¹²³

¹¹⁶ Forbrukerrådet (2021) s. 9 flg.

¹¹⁷ WP29 (2018) s. 15.

¹¹⁸ Ibid. s. 6 flg.

¹¹⁹ Personvernrådet (2021) s. 7 og Forbrukerrådet (2021) s. 12 flg.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ghosh (2018).

¹²² Harvard (2022).

¹²³ ICO (2018b) under "When should we avoid choosing legitimate interests?".

For det tredje, kan tilpasningen resultere i forskjellsbehandling gjennom bruk av kriterier som direkte eller indirekte diskriminerer eller segmenterer basert på rase, ligning, helsestatus eller andre beskyttede karakteristika.¹²⁴ Dette kan for eksempel oppstå ved markedsføring av jobbtillbud, lån, boligutleie hvor markedsfører ønsker å redusere synlighet for en viss gruppe personer. Nye studier viser at muligheten for slik forskjellsbehandling og diskriminering også eksisterer uten bruk av kriterier direkte knyttet til særlige grupper personopplysninger etter personvernforordningen artikkel 9.¹²⁵

Til slutt kan tilpasning av informasjonen tilgjengelig for registrerte utfordre ytrings- og informasjonsfriheten.¹²⁶ Det kan argumenteres for at en tilpasning av informasjonen hvert individ serveres på nett reduserer deres adgang til variert informasjon. For det første kan dette skje gjennom at individer kun tilbys mer av den samme typen informasjon og på den måte holdes i en slags informasjons-boble hvor de møter på færre meninger, noe som videre kan medføre politisk og ideologisk polarisering.¹²⁷ For det andre er det også en risiko for informasjonsoverbelastning, der den registrerte hindres i å få grunnlag for en informert beslutning fordi de har for mye informasjon tilgjengelig.¹²⁸

Tilpasset markedsføring medfører følgelig en stor risiko overfor den registrertes personvern. Dette tilsier en streng terskel i den endelige balansetesten. WP29 sitt utsagn viser samtidig at det er rom for å vurdere berettiget interesse som hjemmelsgrunnlag og terskelen må ikke settes uopnåelig høyt.¹²⁹

Angående den konkrete vurderingen viser WP29 særlig til «the level of detail of the profile» og «the comprehensiveness of the profile» som viktige momenter i balansetesten.¹³⁰ Jo mer sensitive personopplysninger som brukes i tilpasningsprosessen og jo større omfanget er, desto sterkere gjør bekymringene seg gjeldende. På den andre siden, dersom det gjelder en mindre mengde opplysninger eller personopplysninger av mindre sensitiv natur, f.eks allerede offentlig tilgjengelig informasjon, vil personvernet gjøre seg mindre gjeldende.

Personopplysningenes karakter og begrenset omfang var blant annet et sentralt moment i Legeliste.no-dommen. Høyesterett uttaler her at personopplysninger utelukkende relaterte seg

¹²⁴ WP29 (2018) s. 10.

¹²⁵ Personvernrådet (2021) s. 7.

¹²⁶ Ibid. s. 7-8.

¹²⁷ Europaparlamentet (2021) s. 20 og Personvernrådet (2021) s. 7-8.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ WP29 (2018) s. 14.

¹³⁰ Ibid.

til de registrertes offentlige profesjonsutøvelse og dermed var mindre verneverdige. Terskelen måtte derfor anses noe lavere holdt opp mot samfunnsnyttens av den aktuelle tjenesten.¹³¹

Videre vil maktforholdet mellom partene være relevant. Som oftest er maktforholdet mellom den registrerte og markedsføreren skjevt, hvor markedsfører kan variere fra en mindre bedrift til verdens største aktører. Dette setter den registrerte i en sårbar stilling, særlig dersom det gjelder tjenester den registrerte har behov for eller stor interesse i. Det skjeve maktforholdet tilsier at behandlingsansvarlig har en særlig oppfordring til å ivareta interessene til den svakere part.¹³²

Også den registrertes stilling er av betydning. Allerede ordlyden viser at terskelen skjerpes der den registrerte er mindreårig, men også andre særlige sårbare grupper som avhengige, utviklingshemmede eller lignende vil kunne medføre en skjerpet terskel.¹³³ Som et resultat er det bred enighet blant kontrollorganer om at tilpasset markedsføring burde totalt forbys ovenfor mindreårige og andre særlig sårbare grupper.¹³⁴

På den andre siden kan tilpasset markedsføring også være fordelaktig for den registrerte, særlig gjennom en økt tilpasning til interesser og behov, tilgang til gratis tjenester samt en forbedret brukeropplevelse. Der den tilpassede markedsføringen beror på mindre inngripende personopplysninger for å markedsføre for noe den registrerte tidligere har vist interesse eller behov for, er tjenesten fordelaktig og behovet for vern mindre. Slike løsninger forbedrer brukeropplevelsen, øker kundebasen og dermed inntekter og vekst, samtidig som det baserer seg på begrensede mengder data. I disse tilfeller er det vanskelig å se at behandlingen er så inngripende at det overveier de kommersielle og ideelle interessene.

Konteksten og den registrertes forventninger er også av betydning. Dersom den registrerte med rimelighet kunne forvente markedsføringen, tilsier dette et mindre behov for personvern. For eksempel vil den registrerte i større grad forvente markedsføring basert på allerede offentlige tilgjengelige personopplysninger, enn opplysninger den ikke visste behandlingsansvarlig hadde tilgang til, men som er avdekket gjennom profilering.

¹³¹ Det samme er uttalt i ICO (2018a) under "What is the importance of reasonable expectations?".

¹³² WP29 (2014) s. 40.

¹³³ Ibid. s. 40-41.

¹³⁴ Forbrukerrådet (2021), NOU 2022: 11 s. 181 og Datatilsynet (2022).

På den andre siden, dersom markedsføringen kommer brått på uten at den registrerte har blitt informert om bruk av personopplysninger for å tilpasse markedsføringen, vil den fremstå mer inngripende. Her vil det kunne være av betydning hva som har blitt brukt som behandlingsgrunnlag tidligere i prosessen. Dersom den registrerte tidligere har samtykket til innsamling eller annen bruk av deres personopplysninger, vil de kunne sitte med en forventning om at det etterspørres samtykke også ved nye behandlinger. Dersom behandlingsansvarlig da velger å levere tilpasset markedsføring på bakgrunn av berettiget interesse, kan dette fremstå mer sjenerende overfor den registrerte. Motsatt, hvis den registrerte tidligere på en klar måte har blitt informert om behandlingsansvarliges berettiget interesse bak bruk av personopplysninger, kan en senere tilpasset markedsføring oppleves mer forventet.

Når det gjelder kontekst, vil markedsføringen klart oppleves mer sjenerende der den kommer uventet og overaskende på, eller når den er fremstilt på et tidspunkt når den registrerte er særlig påvirkelig. I en kontekst hvor den registrerte kan forvente markedsføring, er behovet for vern mindre.¹³⁵ Her er unntaket i markedsføringsloven § 15 illustrerende. Unntaket åpner for å sende direkte markedsføring uten samtykke, dersom det foreligger et eksisterende kundeforhold og markedsføringen er tilknyttet dette kundeforholdet. I disse tilfellene vil forventningene på bakgrunn av konteksten av det eksisterende kundeforhold reduserer behovet for personvern.¹³⁶

For å oppsummere viser gjennomgangen at det generelt kan legges til grunn at personvernet står meget sterkt ved tilpasset markedsføring, særlig ved profilering. Vurderingen må gjøres konkret, og det er ikke grunn til å oppstilles en uoppnåelig terskel.

3.4.2.3 Trinn iii) Tilleggstiltak

Endelig vil det være av betydning dersom behandlingsansvarlig kan foreta tiltak for å redusere de negative konsekvensene tilpasset markedsføring medfører overfor den registrerte. WP29 uttaler at "safeguards aimed at ensuring fairness, non-discrimination and accuracy in the profiling process" vil være av særlig betydning i relasjon til tilpasset markedsføring.¹³⁷

¹³⁵ WP29 (2014) s. 45-46.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) s. 39 flg.

¹³⁷ WP29 (2018) s. 14.

Den registrertes forventinger står som nevnt sentralt i interesseavveiningen og åpenhetsprinsippet i artikkel 5 nr. 1 (a) er av særlig betydning. Jo mer transparent behandlingen er og jo bedre den kommuniseres til den registrerte, desto bedre ivaretas personvernet. Gitt den komplekse naturen av tilpasset markedsføring er transparens helt nødvendig for at individer skal kunne forstå behandlingen og utøve sine rettigheter. WP29 fremhever også at det vil styrke den registrertes posisjon å gi dem direkte tilgang til personopplysningene behandlingsansvarlig til enhver tid sitter på.¹³⁸ Å forbedre kommunikasjonen med den registrerte gjennom lett tilgjengelig og forståelig informasjon om markedsføringen og deres rettigheter, er følgelig et effektivt tilleggstiltak.¹³⁹

Videre kan mengden og karakteren av personopplysninger som brukes begrenses.¹⁴⁰ For eksempel kan markedsfører begrense seg til mer generelle og allerede offentlig tilgjengelige opplysninger. TikTok sin tilnærming ved overgang til berettiget interesse som behandlingsgrunnlag for tilpasset markedsføring er illustrerende. Tilpasningen begrenser seg til kun den informasjonen som er innhentet på TikTok sin plattform, til tross for at de også har tilgang på personopplysninger gjennom sine partnere.¹⁴¹ Forbrukerrådet foreslår en alternativ tilnærming hvor de registrerte selv velger om og hvilke opplysninger markedsføring skal tilpasses på bakgrunn av.¹⁴²

Behandlingsansvarlig kan også frastå fra de mer inngripende tilpasningsmetodene, særlig profilering, til fordel for de mindre inngripende metodene, som f.eks segmentering. En frammer-til-det-mindre-betraktning tilsier at mindre inngripende tilpasningsmetoder som segmentering vil være mindre problematiske. Inngrepet ved profileringen kan også som vi har sett reduseres ved at behandlingsansvarlig begrenser omfanget av personopplysninger som brukes og hvor detaljerte profiler som etableres.¹⁴³

Når det gjelder deling av personopplysninger mellom aktører kan dette reduseres ved at markedsføreren begrenser seg til førstehåndsinnsamlede personopplysninger. Igjen er TikTok illustrerende, hvor de presiserer i overgangen at markedsføringen bare vil basere seg på "your on-TikTok activity".¹⁴⁴ Samtidig må det nevnes at mange av de samme bekymringene gjør

¹³⁸ WP29 (2014) s. 47.

¹³⁹ Se også Meta-avgjørelsen avsnitt 126.

¹⁴⁰ WP29 (2014) s. 42.

¹⁴¹ TikTok (2022).

¹⁴² Forbrukerrådet (2021) s. 9.

¹⁴³ WP29 (2018) s. 14 og 27.

¹⁴⁴ TikTok (2022).

seg gjeldende også for tilpasning på bakgrunn av førstehåndsinnsamlede opplysninger, som manipulasjon og diskriminering.¹⁴⁵ Dette er videre et tiltak som kan være mindre gunstig for den behandlingsansvarlige, da det reduserer graden av tilpasning som kan oppnås og derigjennom effektiviteten av markedsføringen.

Endelig burde behandlingsansvarlig være oppmerksom på i hvilken kontekst markedsføringen eksponeres til den registrerte på. Behandlingsansvarlig burde ikke utnytte situasjoner hvor den vet at den registrerte er særlig påvirkelig, eller presentere markedsføringen på en måte som fremkaller og utnytter en viss reaksjon hos den registrerte.¹⁴⁶

Dette er bare en håndfull av relevante tiltak som kan iverksettes å redusere de negative konsekvensene av tilpasset markedsføring.¹⁴⁷ Felles for tilleggstiltakene er at de i ethvert tilfelle må gå lengre enn de øvrige forutsetningene for behandlinger som følger av forordningen, da særlig opplysningsplikten jf. artikkel 12 flg og reservasjonsretten jf. artikkel 21. Dette innebærer for eksempel at dersom økt åpenhet med den registrerte skal benyttes som tilleggstiltak, må dette gå lengre enn den plikten behandlingsansvarlig allerede har til å opplyse om behandlingen og dens formål jf. artikkel 12 flg.

3.4.2.4 Trinn iv) En endelig helhetsvurdering

Den endelige konklusjonen av balansetesten må bero på en konkret helhetsvurdering i det aktuelle tilfellet, og relevante momenter kan variere og gjøre seg mer eller mindre gjeldende basert på personopplysninger som brukes for tilpasningen og hvilke berettigede interesser behandlingsansvarlig anfører. Først dersom den behandlingsansvarlige har en så verneverdig interesse bak tilpasset markedsføring at det overveier inngrepet tilpasningsprosessen medfører overfor den registrertes personvern vil behandlingsgrunnlaget være aktuelt. Vurderingen må ta utgangspunkt i en høy terskel på grunn av behandlingens inngripende natur og de grunnleggende rettighetene som står på spill.

Trinn iii) viser at skepsisen til berettiget interesse som behandlingsgrunnlag for tilpasset markedsføring til en viss grad er legitim. Det er likevel ikke forsvarlig å oppstille en presumsjon om at dette alltid vil være tilfelle. Gjennomgangen over viser at ved en riktig sammensetning av verneverdig berettiget interesse, et mer begrenset inngrep overfor den

¹⁴⁵ Forbrukerrådet (2021) s. 11.

¹⁴⁶ WP29 (2014) s. 37.

¹⁴⁷ Ibid. s. 42 og WP29 (2018) s. 27.

registrerte og effektive tilleggstiltak, vil det etter gjeldende rett være adgang til å hjemle tilpasset markedsføring i berettiget interesse. Det er en utbredt praksis for dette i dag, særlig blant publisister og sosiale medier.¹⁴⁸

3.5 Reservasjonsretten

Der behandlingsgrunnlaget fører fram har den registrerte fremdeles mulighet til å motsette seg behandlingen gjennom reservasjonsretten i artikkel 21. Den registrerte skal etter første ledd "til enhver tid", av grunner knyttet til deres "særlige situasjon", ha rett til å "protestere mot behandling av personopplysninger om vedkommende" og som "har grunnlag i [berettiget interesse]". Reservasjonsretten gir på den måte en sikkerhetsventil for den registrerte til å avstå fra behandlingen til tross for at behandlingen har passert balansetesten. I så fall må den behandlingsansvarlige avbryte eller frastå fra å starte behandlingen jf. annet punktum.

Terskelordet "særlig" tilsier at det må noe spesielt til, men ikke at det kreves tungtveiende grunner for å protestere. Heller ikke fortalen indikerer at det kreves noe ekstraordinær, og terskelen må dermed settes relativt lavt. Ordlyden skiller heller ikke på type behandling, men profilering nevnes særskilt. Videre presiserer fjerde ledd at den registrerte må informeres om reservasjonsretten allerede ved første kommunikasjon, og det presiseres i fortalepunkt 70 at reservasjonsretten skal gjelde under hele behandlingen, og være kostnadsfri.

Første ledd annet punktum gir behandlingsansvarlig mulighet til å overgå reservasjonen dersom de "kan påvise at det foreligger tvingende berettigede grunner" som "går foran den registrertes interesser, rettigheter og friheter" eller for å "fastsette, gjøre gjeldende eller forsvare rettskravet". Ordlyden tilsier en meget høy terskel gjennom "tvingende" og krever en ny interesseavveining i lys av reservasjonen og den økte terskelen.¹⁴⁹

Unntaket gjelder ikke for "direkte markedsføring", hvor det etter annet ledd gjelder en absolutt reservasjonsrett. Igjen fremheves profilering uttrykkelig. I disse tilfellene må behandlingsansvarlig uten videre frastå fra behandlingen, jf. tredje ledd.

¹⁴⁸ Schistad (b), Amedia (2018), Facebook (2022) og TikTok (2022).

¹⁴⁹ Kuner (2020c) s. 517.

Praksis viser at reservasjonsretten ofte underspilles eller helt glemmes som betingelse for berettiget interesse.¹⁵⁰ Dersom en behandlingsansvarlig ønsker å hjemle tilpasset markedsføring i berettigede interesser, er det en absolutt forutsetning at reservasjonsretten praktiseres og kommuniseres til den registrerte. Her blir definisjonen av tilpasset markedsføring utslagsgivende. Da tilpasset markedsføring er en form for direkte markedsføring, ref. punkt 2.1, omfattes behandlingen av den absolutte reservasjonsretten mot direkte markedsføring i annet ledd. Dersom den registrerte velger å motsette seg markedsføringen, har behandlingsansvarlig ikke annet valg enn å frastå fra behandlingen jf. tredje ledd.

Et interessant spørsmål i denne relasjon, er hvordan man skal kategorisere anbefalinger innad i en tjeneste basert på tidligere adferd. Strømmetjenester er særlig illustrerende, hvor filmer eller annet innhold anbefales basert på hva brukeren tidligere har sett på. Spørsmålet er om dette skal anses som en del av tjenesten, eller som tilpasset markedsføring for den aktuelle filmen. Dersom anbefalingen skal anses som tilpasset markedsføring vil den absolutte reservasjonsretten få anvendelse.

Konklusjonen må bero på tolkningen av den individuelle tjenesteavtale. For Netflix og lignende strømmetjenester hvor abonnenten får tilgang til ett utvalg ved månedlig betaling, er nok anbefalingen naturlig å anse som en del av tjenesten. For strømmetjenester hvor den registrerte må betale for hver film individuelt, kan det derimot være mer aktuelt å omtale anbefalingene som tilpasset markedsføring for den aktuelle filmen. Samtidig kan det problematiseres hvorvidt å gjøre personopplysninger til en forutsetning for gjennomføring av en tjeneste på denne måten står i strid med at personopplysninger som grunnleggende rettigheter ikke er et omsettelig gode.¹⁵¹

¹⁵⁰ Fra nyere praksis se HR-2021-2403-A, hvor Høyesterett unnlater en drøftelse av reservasjonsretten. Dette er en klar svakhet ved dommen.

¹⁵¹ Personvernrådet (2019) s. 15 avsnitt 54. Se likevel LOV-2022-06-17-56 § 1(4), som trer i kraft 2023 og sier at forbrukeres personopplysninger er gyldig vederlag.

4 Forholdet mellom berettiget interesse og samtykke som behandlingsgrunnlag

Som fremstilt i punkt 3 er det etter gjeldende rett generelt sett adgang til å hjemle tilpasset markedsføring i berettigede interesser. I punkt 4 vil jeg foreta en kortfattet sammenligning av berettiget interesse og samtykke som alternative behandlingsgrunnlag for å bedre forstå forholdet mellom de to, og når et alternativ egner seg bedre enn det andre. Først er det nødvendig med en gjennomgang av samtykkegrunnlaget.

4.1 Samtykke som behandlingsgrunnlag

4.1.1 Samtykke etter artikkel 6 nr. 1 (a) jf. artikkel 4 nr. 11

Av artikkel 6 nr. 1 (a) fremgår det at behandlingen er lovlig "dersom og i den grad [...] den registrerte har samtykket til behandlingen av sine personopplysninger for ett eller flere spesifikke formål". Det må både vurderes om det foreligger et samtykke, og i så fall hvor langt det rekker, ref. "dersom og i den grad". Den registrerte må selv ha gitt samtykke og samtykke begrenses til hvert enkelte angitte formål.

Hva som er å anse som et gyldig samtykke er ifølge artikkel 4. nr. 11 "enhver frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring" fra den registrerte der vedkommende "ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger som gjelder vedkommende".

Frivillig tilsier at den registrerte har et fritt valg. Det må ikke foreligge noe tvangselement, og den registrerte må kunne nekte å gi eller trekke tilbake et samtykke uten at det er til skade for vedkommende.¹⁵² Dette forutsetter i så fall at det foreligger et alternativ til å gi samtykke.

Fortalepunkt 42 tillegger at det må være mulig å gi separat samtykke for forskjellige behandlingsaktiviteter, mens fortepunkt 43 sier at en skjevhet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige vil kunne reise spørsmål ved frivilligheten.

¹⁵² Fortalepunkt 42.

At samtykke skal være *spesifikt* indikerer at det uttrykkelig dekker alle elementer i behandlingen. Dersom behandlingen har flere formål, må den registrerte få anledning til å samtykke til hvert formål separat.¹⁵³ Hvis ikke kan det i tillegg stilles spørsmål ved samtykkets frivillighet. Dette viser hvordan de forskjellige vilkårene glir over i hverandre.

Videre tilsier *informert* at den registrerte skal ha kjennskap til og forstå hva samtykket gjelder. Utgangspunktet for informasjonsbehovet må være hva en alminnelig person bør kjenne til i samme situasjon. Vurderingen må gjøres for hvert konkrete tilfelle, og det følger av fortalepunkt 42 at den registrerte som minstekrav må forventes å kjenne til behandlingsansvarliges identitet, hva behandlingen går ut på og dens formål.¹⁵⁴ Jo mer inngripende behandlingen er eller desto flere formål den brukes til, desto strengere krav må stilles til informasjonsplikten. Resultatet må være at den registrerte har nok informasjon til å forstå og forutse konsekvensene av å gi samtykke. Innholdet i informasjonskravet kommer tydeligere fram i den franske forordningsteksten. Mens den norske oversettelsen sier at samtykke skal være "informert", sier den franske at samtykke må være "*éclairée*". Oversatt tilsier dette at samtykke skal være *opplyst*, og legger derigjennom mer vekt på den registrertes oppfatning fremfor kun tilgangen på informasjon.¹⁵⁵

At samtykket må være *utvetydig* innebærer at ingen av partene må være i tvil over hvorvidt et samtykke foreligger, og hvor langt samtykket strekker.

Selv om ordlyden ikke stiller noe formkrav til samtykke, tilsier "erklæring eller en tydelig bekreftelse" at den registrerte må foreta en aktiv handling. I EU-domstolens dom C-673/17 (Planet49) var det for eksempel ikke tilstrekkelig med en forhåndsavkrysset samtykke-boks. Dommen viser at aktive handlinger for å ikke samtykke, såkalt "opt-out" muligheter, ikke oppfyller kravet. En "opt-out" vil imidlertid være en løsning for å trekke tilbake samtykke for å sikre frivillighet.

Videre komplimenterer artikkel 7 med en rekke tilleggskriterier til bruk av samtykke som behandlingsgrunnlag. For det første må behandlingsansvarlig a) kunne dokumentere at samtykke er innhentet og hva det samtykkes til. For det andre må det b) tilstrekkelig klart fremkomme hvilke forhold det samtykkes til. Deretter skal den

¹⁵³ Olsen (2022) kommentar til art. 6 nr. 1 (a).

¹⁵⁴ Se også fortalepunkt 58 og Europaparlamentet (2021) s. 59.

¹⁵⁵ Veale (2021) s. 249 og oppsummert i abstraktet.

registrerte c) ha rett til å trekke tilbake samtykke. Endelig må samtykke være frivillig og ikke d) en betingelse for noe som ikke er nødvendig for å oppfylle avtalen.

4.1.2 utfordringer ved samtykkegrunnlaget

Samfunnsutviklingen har gitt opphav til utfordringer relatert til vilkårene om et “frivillig” og “informert” samtykke, jf. artikkel 4 nr. 11, og blant annet Europaparlamentet har uttalt at “unlawful or borderline practices persist through which users are induced to consent to all kinds of processing of their data”.¹⁵⁶

Kritikken relatert til informasjonsvilkåret skyldes hovedsakelig at folk flest ikke leser personvernerklæringer, enten fordi det tar for lang tid,¹⁵⁷ eller fordi de uansett ikke forstår innholdet.¹⁵⁸ En studie fra New York Times i 2019 kom til at det tok den alminnelige person i gjennomsnitt 15-20 minutter å gjøre seg informert nok til å gi et tilstrekkelig samtykke.¹⁵⁹ En annen studie fra 2021 kom fram til at dette ville krevd 200 timer i året av en alminnelig person.¹⁶⁰ Som et resultat vil registrerte i større og større grad gi sitt samtykke uten å gjøre seg kjent med relevant informasjon. Dette kan føre til at registrerte utsettes for såkalt samtykke-fatigue.¹⁶¹ Europaparlamentet skriver at “users —overwhelmed with requests for consent, and unable to assess their merits, given that typically users lack the required skills and time and need to seamlessly access online resources— usually accept all such requests without scrutiny”. Samtykket vil i et slikt tilfelle neppe kunne anses som overveid og informert.

En siste kritikk relatert til informasjonskravet, er at registrertes oppfatninger ofte er påvirket og manipulert gjennom måten informasjonen er fremstilt på. Av særlig bekymring har vært bruk av "nudges" og "dark patterns", som er manipulasjonsmetoder for å få den registrerte til å overse eller misforstå informasjon.¹⁶² Studier viser at nettsideleverandører har en utbredt

¹⁵⁶ Europaparlamentet (2021) s. 56.

¹⁵⁷ World Economic Forum (2020) s. 7.

¹⁵⁸ Litman-Navarro (2019).

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Cranor (2012) s. 274.

¹⁶¹ Bergemann (2018) s. 7.

¹⁶² Forbrukerrådet (2021) s. 6.

praksis for bruk av slike manipulasjonsmetoder, og at dette har en signifikant påvirkning på de registrertes adferd.¹⁶³

For det andre er det flere situasjoner hvor det kan stilles spørsmål rundt hvorvidt et samtykke faktisk er gitt frivillig, særlig der samtykke oppstilles som et kriterie for tilgang til nettsider eller tjenester. Europaparlamentet skriver at det er et utbredt problem at “users are pressured to provide personal data to providers and to accept to be tracked when interacting with online services”.¹⁶⁴ Dette gir den registrerte et insentiv til å samtykke, som utfordrer deres autonomi. Dersom gratistjenesten kun tilbys under den forutsetning at det gis samtykke, er også dette i strid med kravet til frivillig da den registrerte ikke tilbys en legitim valgmulighet.

Samtlige av disse bekymringene gjør seg særlig gjeldende for tilpasset markedsføring på bakgrunn av hvor kompleks og uoversiktlig behandlingsprosessen er. Et større antall involverte aktører og nye komplekse teknologier som brukes utfordrer den registrertes mulighet til å vite om, og forstå hvordan og hvorfor deres data brukes.¹⁶⁵ Det skal da mer til for at den registrert skal kunne anses informert.

Her er Grindr-saken et illustrerende og dagsaktuelt eksempel. Appen Grindr hadde angivelig utlevert særlige kategorier personopplysninger inkludert brukenes kjønn og legning til tredjeparter for å drive tilpasset markedsføring. Appen anførte samtykke etter artikkel 6 nr. 1 (a) som behandlingsgrunnlag. Datatilsynet fant at tilstrekkelig behandlingsgrunnlag ikke forelå, da Grindr på flere punkter ikke oppfylte kravene til et frivillig, spesifikt og informert samtykke jf. artikkel 6 nr. 1 (a) jf. artikkel 4 nr. 7. Samtykke var ikke spesifikt når behandlingen var presentert for vedkommende på en slik måte at vedkommende ikke kunne adskille de ulike behandlingene. Samtykke var videre oppstilt som en forutsetning for å bruke gratisversjonen av tjenesten og når samtykke ikke kunne trekkes tilbake uten at vedkommende mistet adgang til tjenesten, kunne det ikke anses frivillig.¹⁶⁶ Endelig var ikke personvernerklæringen presentert på en måte som tilstrekkelig tilrettela for at den registrerte kunne foreta et informert samtykke. Selv om all informasjon var til stede, var ikke den avgjørende informasjonen tilstrekkelig fremhevet og den druknet dermed i annen overflødig

¹⁶³ Nouwens (2020).

¹⁶⁴ Europaparlamentet (2021) s. 11.

¹⁶⁵ Fortalepunkt 58.

¹⁶⁶ Grindr-saken s. 17 flg.

informasjon.¹⁶⁷ Grindr ble som et resultat pålagt overtredelsesgebyret på NOK 65 millioner, det største gebyret gitt i norsk historie for brudd på personvernforordningen.

4.2 Samtykke eller berettiget interesse som behandlingsgrunnlag

Gjennomgangen over viser hvordan kravene til samtykke utfordres i dag. Den viser samtidig hvordan samtykke og berettiget interesse utgjør to vesensforskjellige behandlingsgrunnlag. Dette inviterer til en drøftelse av om berettiget interesse kan imøtekomme noen av utfordringene ved samtykke og om det kan utgjøre et fordelaktig behandlingsgrunnlag i relasjon til tilpasset markedsføring.

Kritikken mot samtykke reiser spørsmål om riktigheten bak den tradisjonelle oppfatningen om at det er individet selv som er best egnet til å ivareta egne personopplysninger og autonomi. Selv om behandlingsansvarlig må påse at all informasjon som er nødvendig for et informert samtykke er presentert for den registrerte på en måte som ikke utfordrer samtykkets frivillighet, er det den registrerte som faktisk må gjøre seg kjent med informasjonen før samtykke gis. WP29 mente i 2010 at kravene til samtykke generelt ikke ble møtt i forhold til tilpasset markedsføring, og at grunnlaget derfor ofte var utilstrekkelig.¹⁶⁸ De vurderte imidlertid ikke berettiget interesse som et alternativ. Ved berettiget interesse snus ansvaret. I stedet for å legge det til den registrerte å bli informert, er det behandlingsansvarlig selv som må påse at avgjørelsen om at behandlingsgrunnlag foreligger bygger på en tilstrekkelig vurdering og tilgjengeliggjøring av all relevant informasjon. Forutsatt at de kommer til at behandlingen er berettiget, må de fremdeles tilby den registrerte en reservasjonsmulighet. Denne alternative tilnærmingen imøtekommer utfordringene ved et informert og frivillig samtykke på flere punkter.

For det første vil berettiget interesse i større grad kunne sikre at den registrerte er tilstrekkelig informert. Fortalen gir uttrykk for at informasjonskravet er særlig problematisk i relasjon til digital markedsføring som resultat av at antall aktører og de komplekse teknologiene involvert gjør det vanskelig for den registrerte å forstå hvordan og i hvilket omfang deres personopplysninger behandles.¹⁶⁹ Dette gjenspeiler seg i kritikken til samtykkegrunnlaget.

¹⁶⁷ Ibid. s. 30 flg.

¹⁶⁸ WP29 (2010) s. 22.

¹⁶⁹ Fortalepunkt 58.

Ved berettiget interesse derimot, er den behandlingsansvarlige avhengig av en gjennomgang av det komplette informasjonsbildet for at deres avgjørelse skal stå balansetesten, ref. punkt 3. Kunnskaps- og tidsbegrensningene samt andre personlige begrensninger som gjelder for en privatperson, er ikke i samme grad relevante for en profesjonell aktør som oftest både vil ha bedre kunnskap og ressurser til å vurdere de relevante hensyn. På denne måten eliminerer berettiget interesse i større grad risikoen for at behandlingsgrunnlaget bygger på en uinformert avgjørelse.

For det andre vil de strenge kravene som stilles til innholdet i og dokumentering av berettiget interesse, samt reservasjonsretten, kunne redusere risikoen for at behandlingsgrunnlaget er i strid med den registrertes fri vilje. Når det er behandlingsansvarlig selv, og ikke den registrerte som skal foreta vurderingen av om behandlingen kan finne sted, gjør ikke manipulasjon eller påvirkningsteknikker seg gjeldende på samme måte. Videre påser informasjonsplikten etter artikkel 12 flg. og reservasjonsretten etter artikkel 21, at autonomien til den registrerte ivaretas ved at de til enhver tid kan motsette seg behandlingen. Tvert imot kan det argumenteres for at en slik tilnærming bedre ivareta autonomien. Informasjonsplikt og reservasjonsmulighet skal påse at den registrerte får oversikt over all relevant informasjon for å gjøre dem i stand til å enten tillate eller motsette seg behandlingen. Allerede før dette må den behandlingsansvarlige ha konkludert utfra balansetesten at den registrertes interesser og grunnleggende rettigheter ikke overveier interessene bak behandlingen. Personvernrådet uttaler i avgjørelsen mot Meta at grunnlaget på denne måte "presents complementary safeguards compared to the other pre-determined grounds", deriblant samtykke.¹⁷⁰ Sammenlignet med samtykke gir berettiget interesse en ekstra sikkerhetsventil: ikke bare den registrerte, men også den behandlingsansvarlige må foreta en objektiv interesseavveining av om behandlingen medfører uforholdsmessig inngrep overfor den registrerte.

Det er også elementer ved berettiget interesse som gjør grunnlaget fordelaktig for behandlingsansvarlig. Særlig relevant er at berettiget interesse tilbyr et mer robust grunnlag.¹⁷¹ Et samtykke kan trekkes tilbake når som helst, uten begrunnelse, jf. artikkel 7 nr. 3. Selv om den registrerte har en reservasjonsrett ved berettiget interesse, jf. artikkel 21, må den registrerte kunne vise til en "særlig situasjon". Som et resultat skal det mer til før den registrerte kan motsette seg tilpasset markedsføring hjemlet i berettiget interesse enn

¹⁷⁰ Meta-avgjørelsen avsnitt 105.

¹⁷¹ Kuner (2020c) s. 516.

samtykke. Selv om reservasjonsretten gjør seg gjeldende, gir unntaket i artikkel 21 første ledd annet punktum behandlingsansvarlig adgang til å likevel fortsette behandlingen ved "tvingende berettigede grunner". Samtykke har ingen tilsvarende unntak. Til dette må det presiseres at det ved tilpasset markedsføring gjelder absolutt reservasjonsrett etter annet ledd, ref. punkt 3.5.

Behandlingsansvarlig har et sterkt insentiv for å påse at behandlingen er lovlig, i lys av de strenge sanksjonene som kan innføres ved overtredelse. Som vi har sett er det brudd på de grunnleggende behandlingsprinsippene i artikkel 5, derunder særlig kravet om lovlighet etter artikkel 6, som resulterer i de fleste og største overtredelsesgebyrene,¹⁷² ref. eksempelvis Grinder-saken og avgjørelse mot Meta. TikTok sin varslede overgang viser også hvor raske personvernorganisasjoner er på å reagere på kontroversiell praksis, særlig hos de større aktørene. Dette vil virke preventivt mot enhver som ønsker å misbruke behandlingsgrunnlaget. Samlet tilsier dette at en overgang til berettiget interesse hvor mer ansvar legges på den behandlingsansvarlige, vil resultere i et bedre personvern.

Fordelene med berettiget interesse som behandlingsgrunnlag må imidlertid ikke overdrives. Interesseavveiningen er skjønnsmessig, og kan slå ut forskjellig avhengig av hvem som foretar vurderingen. Den behandlingsansvarlig er ikke nødvendigvis objektiv og kan ha strekte kommersielle interesser i å kunne begrunne berettiget interesse i den konkrete sak. Denne risikoen foreligger ikke ved samtykke, da det er opp til den registrerte alene å ta den endelige avgjørelsen. Videre er nok konsekvensene av en overtredelse større ved berettiget interesse enn ved samtykke, da ikke bare personvernet, men også autonomi står på spill.

Endelig må det anerkjennes at det er flere tilfeller hvor samtykke fremdeles er nødvendig. For det første vil ikke berettiget interesse være et alternativ dersom samtykke uttrykkelig er påkrevd, som ved særlig kategorier personopplysninger etter artikkel 9, der behandler er offentlig myndighet jf. artikkel 6 nr. 1 annet ledd og der direkte markedsføring sendes jf. markedsføringsloven artikkel 15. For det andre vil samtykke være nødvendig dersom behandlingen ikke oppfyller interesseavveiningen for berettiget interesse. For det tredje kan det tenkes tilfeller hvor det etisk og moralsk sett er bedre dersom den registrerte har

¹⁷² Enforcementtracker (2022).

uttrykkelig vist sin vilje gjennom et samtykke, fordi behovet for autonomi gjør seg særlig sterkt gjeldende.

5 Avsluttende kommentar

Som det fremgår er konklusjonen i oppgaven ikke bare at berettiget interesse etter artikkel 6 nr. 1 (f) kan være et lovlig behandlingsgrunnlag ved tilpasset markedsføring, ref punkt 3, men at det i mange tilfeller også vil være et mer egnet behandlingsgrunnlag enn samtykke, ref punkt 4.

Den tradisjonelle tilnærming har vært at et individuelt samtykke har større verdi og er tryggere, men gjennomgangen i punkt 4 viser at dette ikke nødvendigvis alltid er tilfellet. Dette gjelder kanskje spesielt i forhold til tilpasset markedsføring i lys av behandlingsprosessens komplekse natur. Det er sterke markedskrefter som benytter personopplysningene til markedsføring og når de ber om et samtykke har de som regel intensjon om å oppfylle alle krav til at det blir gyldig. Samtidig ønsker de å få best mulig kommersiell nytte av den dataen de innhenter, og den kommersielle verdien øker med den digitale utviklingen. Den registrerte har normalt ikke forutsetninger til å følge med på denne utviklingen. Det oppstår her et paradoks ved at den behandlingsansvarlig som ønsker å oppfylle kravene til samtykke må gi så mye og komplisert informasjon at de ikke kan være trygg på at samtykket de har innhentet er gyldig. Det er ikke omfanget og kvaliteten på informasjonen som er avgjørende, men også den enkeltes kognitive evne til å ta til seg denne. Ved å benytte berettiget interesse som hjemmel er det derimot behandlingsansvarlig som står ansvarlig for å foreta en vurdering. Noen vil tenke at dette er en vurdering på vegne av en målgruppe som man ikke kan overlate til sterke kommersielle krefter der verdien nettopp er personopplysninger fra samme målgruppe. Dersom grunnlaget anvendes riktig, stilles det imidlertid strenge krav til en begrunnelse som kan etterprøves og konsekvensene av overtredelse kan være betydelig.

Min hypotese er at det fremover vil skje et skifte og at flere behandlingsansvarlige som driver tilpasset markedsføring vil gå over fra samtykke til berettiget interesse som grunnlag. Utviklingen kan skje relativt raskt innenfor gjeldende rett dersom tilsynsorganer og domstoler slår ned på ugyldig samtykkepraksis og samtidig i større grad anerkjenner berettiget interesse som gyldig behandlingsgrunnlag. En forutsetning vil være at det kommer tydelige føringer på de rettslige rammer og at overtredelsesgebyrer er såpass betydningsfulle at de endrer dagens praksis. Meta-avgjørelsen, Legelisten-dommen og Grindr-saken er steg i denne retning.

Endelig ønsker jeg å fremheve at man må skille mellom den rettspolitiske diskusjonen rundt hvorvidt berettiget interesse moralsk og etikk sett *burde* være et legitimt behandlingsgrunnlag for tilpasset markedsføring, og om det er et lovlig grunnlag etter gjeldende rett. Hovedformålet bak personvernforordningen er todelt ref. artikkel 1. På den ene siden skal forordningen verne om personopplysninger. På den andre skal den sikre at dette vernet ikke gå på bekostning av den nødvendige bruken av personopplysninger for innovasjon, utvikling og økonomisk vekst i unionen. Som det uttrykkes i fortalepunkt 4 er ikke personvernet en absolutt rettighet, men må ses i sammenheng med den funksjonen det har i samfunnet. Dette todelte formålet er dynamisk og vil utvikle seg over tid. Dersom utviklingen medfører en endring av rettsoppfatningen som spiker med gjeldende rett, må gjeldende rett endres for å imøtekomme den nye oppfatningen.

Mye tyder på at samfunnets holdning til tilpasset markedsføring er i utvikling. Blant annet rapporter fra Forbrukerrådet, Personvernkommissjonen og Europaparlamentet viser at det sprer seg en oppfatning om at tilpasset markedsføring truer personvernet i en slik grad at det er nødvendig med strengere regulering.¹⁷³ Videre har Personvernrådet truffet tre avgjørelsen om tilpasset markedsføring bare siden august 2022.¹⁷⁴ Fokuset på personvern vokser, og nye rapporter viser at privatpersoner i større grad enn noen gang tidligere ønsker kontroll over hvordan dataen deres brukes.¹⁷⁵ Samtidig har de kommersielle interessene ved tilpasset markedsføring aldri vært større. Jeg tror derfor at tilpasset markedsføring vil fortsette å være lovlig i framtiden, men at reguleringen vil bli noe strengere. Til illustrasjon var tilpasset markedsføring et sentralt tema under Europaparlamentets behandling av forordningsforslaget til the Digital Service Act.¹⁷⁶ Det vedtatte regelverket medførte et forbud i adgangen til tilpasset markedsføring overfor barn og særlig utsatte grupper, men ingen endringer i reguleringen av tilpasset markedsføring generelt.

¹⁷³ Henholdsvis Forbrukerrådet (2021), NOU 2022: 11, Europaparlamentet (2021).

¹⁷⁴ Meta-avgjørelsen og de kommende avgjørelsene mot Facebook og Instagram jf. Personvernrådet (2022a).

¹⁷⁵ NOU 2022: 11 s. 9 og McCann (2021) s. 54.

¹⁷⁶ European Commission (2022a) og European Commission (2022b).

Litteraturliste

Lover

- LOV-2022-06-17-56 Lov av 16. juni 2022 nr. 56 om levering av digitale ytelser til forbrukere (digitalytelsesloven).
- LOV-2018-06-15-38 Lov av 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).
- LOV-2009-01-09-2 Lov av 9. januar 2009 nr. 1 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven).
- LOV-2003-07-04-83 Lov av 04. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven).
- LOV-1992-11-27-109 Lov av 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
- LOV-1814-05-17 Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (grunnloven).

Forarbeider

- NOU 2022: 11 *Ditt personvern – vårt felles ansvar: Tid for en personvernpolitikk.*
- Ot.prp. nr. 92 (2003-2004) *Om lov om endringer i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)*

Dommer

HR-2021-2403-A

HR-2008-1480-A

EU-direktiver og forordninger samt traktater

Forordning (EU) 2016/679	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [personvernforordningen, GDPR].
Direktiv 02/58/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/58/EF av 12. juli 2002 om behandling av personopplysninger og personvern i sektoren for elektronisk kommunikasjon [direktivet om personvern og elektronisk kommunikasjon 2002].
Direktiv 95/46/EF	Europaparlaments og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger [personverndirektivet 1995].
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, 02. mai 1992. [Norsk oversettelse]
CFR	Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter (2012/ C 326/02).
EMK	Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950 [Offisiell norsk oversettelse]

Forslag til EU-direktiver og forordninger

Proposal 2017/0003/COD Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications).

Dommer fra EU-domstolen

Case C-184/20	ECLI:EU:C:2022:601
Case C-708/18 (TK)	ECLI:EU:C:2019:1064
Case C-40/17 (Fashion-ID)	ECLI:EU:C:2019:629
Case C-673/17 (Planet49)	ECLI:EU:C:2019:801
Case C-13/16 (Rigas)	ECLI:EU:C:2017:336
Case C-131/12 (Google Spain)	ECLI:EU:C:2014:317
Case C-468/10 (ASNEF)	ECLI:EU:C:2011:777
Case C-469/10 (FECEMD)	ECLI:EU:C:2010:638
Case C-283/81 (CLIFIT)	ECLI:EU:C:1982:335

Dommer fra EMD

Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway, 2014

Case of Lillo-Stenberg
and Sæter v. Norway,
no.13258/09, 16. Januar
2014.

Avgjørelser fra Personvernrådet

Meta-avgjørelsen

Binding Decision 2/2022 On the dispute arisen on the draft decision of the Irish Supervisory Authority regarding Meta Platforms Ireland Limited (Instagram) under Article 65(1)(a) GDPR, adopted 28. July 2022.
https://edpb.europa.eu/system/files/2022-09/edpb_bindingdecision_20222_ie_sa_instagramchildusers_en.pdf

Avgjørelser fra Datatilsynet

Grindr-saken

Administrative fine - Grindr LLC, Reference 20/02136-18, vedtatt 13.12.2021.
<https://www.datatilsynet.no/contentassets/8ad827efefcb489ab1c7ba129609edb5/administrative-fine---grindr-llc.pdf>

Veiledninger og offentlige uttalelser fra Personvernrådet og WP29

Personvernrådet (2021)

"Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users." Version 2.0. Adopted on 13.04.2021.

Personvernrådet (2019)

"Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects." Version 2.0. Adopted on 08.10.2020.

- WP29 (2018) *“Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679”. WP251rev.01. Adopted on 02.10.2017, as last revised and adopted on 06.02.2018.*
- WP29 (2017) *“Opinion 01/2017 on the Proposed Regulation for the ePrivacy Regulation (2002/58/EC)”. WP247. Adopted on 04.04.2017.*
- WP29 (2014) *“Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC”. WP217. Adopted on 09.04.2014.*
- WP29 (2010) *“Opinion 2/2010 on online behavioural advertising”. WP217. Adopted on 22.06.2014.*

Litteratur

- Olsen (2022) Olsen, Thomas. *Kommentar til personopplysningsloven*. I Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata (2022) hentet 10.10.2022.
- Skullerud (2022) Skullerud, Åste Marie Bergseng, mfl. *Personvernforordningen; kommentarutgave*. I Juridika.no 2022 hentet 27.10.2022.
- Veale (2021) Veale, Michael og Zuiderveen Borgesius, Frederik. *Adtech and Real-Time Bidding under European Data Protection Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021 hentet 20.10.2022.
- Kuner (2020a) De Terwangne, Cecile. *Article 5. "Principles relating to processing of personal data"*. I Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey og Laura Drechler, red. *The EU*

General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary. New York; Oxford University Press, 2020, s. 309–320.

- Kuner (2020b) Kotschy, Waltraut. "Article 6. Lawfulness of processing", I Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey og Laura Drechler, red. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary.* New York; Oxford University Press, 2020, s. 321–344.
- Kuner (2020c) Zafir-Fortuna, Gabriela. "Article 21. Right to object." I Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey og Laura Drechler, red. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary.* New York; Oxford University Press, 2020, s. 508–521.
- Jarbekk (2019) Jarbekk, Eva. *Personopplysningsloven og Personvernforordningen (GDPR) med kommentarer.* 1. utg., Oslo: Gyldendal, 2019.
- Bergemann (2018) Bergemann, Benjamin. *The Consent Paradox: Accounting for the Prominent Role of Consent in Data Protection.* Berlin: Springer International Publishing, 2018
https://www.econstor.eu/bitstream/10419/180107/1/f-21375-full-text-Bergemann-2018-Consent_Paradox-v2.pdf hentet 20.10.2022.
- Fredriksen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund. *EØS-rett.* 3. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Cranor (2012) Cranor, Lorrie Faith. *Necessary but Not Sufficient: Standardized Mechanisms for Privacy Notice and Choice.* 2012
http://www.jthtl.org/content/articles/V10I2/JTHTLv10i2_Cranor.PDF hentet 25.10.2022.

Rapporter

- Europaparlamentet (2021) Europaparlamentet. *Regulating targeted and behavioural advertising in digital services. How to ensure users' informed consent.* September 2021.
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694680/IPOL_STU\(2021\)694680_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694680/IPOL_STU(2021)694680_EN.pdf)
- Forbrukerrådet (2021) Forbrukerrådet. *Time to ban surveillance-based advertising, The case against commercial surveillance online.* Juni 2021.
<https://www.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2021/06/20210622-final-report-time-to-ban-surveillance-based-advertising.pdf>
- McCann (2021) McCann, Duncann, Stronge, Will og Jones, Phil. *Study: THE FUTURE OF ONLINE ADVERTISING.* Oktober 2021.
<http://extranet.greens-efa.eu/public/media/file/1/7267>

Artikler, nettartikler og nettsider

- Datatilsynet (2022) Datatilsynet. "Rapport fra Personvernkommissjonen er klar." (26.09.2022) <https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2022/rapporten-fra-personvernkommissjonen-er-klar/> hentet 25.10.2022.
- Enforcementtracker (2022) Enforcementtracker. "Statistics: Fines by type of violation." (2022) <https://www.enforcementtracker.com/?insights> hentet 06.12.2022.
- European Commission (2022a) European Commission. "Digital Services Package: Commission welcomes the adoption by the European Parliament of the EU's new rulebook for digital services." (05.07.2022) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_4313 hentet 10.11.2022.

- European Commission (2022b) European Commission. "Questions and Answers: Digital Services Act*." (14.10.2022) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2348 hentet 10.11.2022.
- Facebook (2022) Facebook. "Retningslinjer for personvern." (26.07.2022) https://www.facebook.com/privacy/policy/?section_id=7-WhatIsOurLegal hentet 10.10.2022.
- Harvard (2022) Harvard. "The Battle Against Fake News in Brazil's 2022 Elections." (13.04.2022) <https://drclas.harvard.edu/event/battle-against-fake-news-brazil's-2022-elections> hentet 05.11.2022.
- Personvernrådet (2022a) Personvernrådet. "EDPB adopts Art. 65 dispute resolution binding decisions regarding Facebook, Instagram and WhatsApp." (06.12.2022) https://edpb.europa.eu/news/news/2022/edpb-adopts-art-65-dispute-resolution-binding-decisions-regarding-facebook-instagram_en hentet 07.12.2022.
- Personvernrådet (2022b) Personvernrådet. "EDPB adopts letters to Access Now and BEUC on TikTok and an Art. 65 dispute resolution binding decision regarding Instagram." (29.07.2022) https://edpb.europa.eu/news/news/2022/edpb-adopts-letters-access-now-and-beuc-tiktok-and-art-65-dispute-resolution-binding_en hentet 20.10.2022.
- Statstic (2022) Statstic. "Advertising revenue og Facebook and Google Compared." (2022) <https://statstic.com/advertising-revenue-of-facebook-and-google-compared/> hentet 20.10.2022.

- TikTok (2022) TikTok. "Changes to our personalized advertising settings in the EEA, UK and Switzerland." (2022) <https://www.tiktok.com/legal/changes-to-personalised-advertising-in-the-eea?lang=en> hentet 20.10.2022.
- TikTok (2021) TikTok. "Privacy Policy." (02.11.2022) <https://www.tiktok.com/legal/page/eea/privacy-policy/en> hentet 20.10.2022.
- Google (2020) Google. "How our display buying platforms share revenue with publishers" (23.06.2020) <https://blog.google/products/admanager/display-buying-share-revenue-publishers> hentet 15.11.2022.
- ISBA (2020) ISBA. "Time for change and transparency in programmatic advertising" (06.05.2020) <https://www.isba.org.uk/article/time-change-and-transparency-programmatic-advertising> hentet 15.11.2022.
- Nouwens (2020) Nouwens, Midas mfl. "Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence" (25-30.04.2020) <https://people.csail.mit.edu/ilaria/papers/Midas-MITCHI2020.pdf> hentet 15.11.2022.
- World Economic Forum (2020) World Economic Forum. "Redesigning Data Privacy: Reimagining Notice & Consent for human-technology interaction" White paper. (July 2020) https://www3.weforum.org/docs/WEF_Redesigning_Data_Privacy_Report_2020.pdf hentet 20.11.2022.

- Datatilsynet (2019) Datatilsynet. "Behandlingsgrunnlag, Nødvendig for å ivareta legitime interesser – interesseavveining." (08.08.2019) <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/virksomhetenes-plikter/behandlingsgrunnlag/veileder-om-behandlingsgrunnlag/nodvendig-for-a-ivareta-legitime-interesser---interesseavveining/> hentet 20.10.2022.
- Google (2019) Google. "Effect of disabling third-party cookies on publisher revenue" (27.09.2019) https://services.google.com/fh/files/misc/disabling_third-party_cookies_publisher_revenue.pdf hentet 20.10.2022.
- Insider Intelligence (2019) Insider Intelligence. "Facebook-Google Duopoly Won't Crack This Year" (04.10.2019) <https://www.insiderintelligence.com/content/facebook-google-duopoly-won-t-crack-this-year> hentet 20.11.2022.
- Litman-Navarro (2019) Litman-Navarro, Kevin. "We Read 150 Privacy Policies. They Were an Incomprehensible Disaster." New York Times (12.06.2019) <https://www.nytimes.com/interactive/2019/06/12/opinion/facebook-google-privacy-policies.html> hentet 20.10.2022.
- Amedia (2018) Amedia. "Personvenerklæring." (11.12.2018) <https://www.amedia.no/om-oss/personvern/personvern> hentet 25.10.2022.
- Ghosh (2018) Ghosh, Dipayan og Scott, Ben. "Facebook's New Controversy Shows How Easily Online Political Ads Can Manipulate You." Time (19.03.2018) <https://time.com/5197255/facebook-cambridge-analytica-donald-trump-ads-data/> hentet 20.10.2022.

- ICO (2018a) Information Commissioners Office (ICO). "What is the `legitimate interests` basis?" (22.03.2018) <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/legitimate-interests/what-is-the-legitimate-interests-basis/> hentet 20.10.2022.
- ICO (2018b) Information Commissioners Office (ICO). "When can we rely on legitimate interests?" (22.03.2018) https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/legitimate-interests/when-can-we-rely-on-legitimate-interests/#when_avoid hentet 20.10.2022.
- Schibsted (a) Schibsted. "Personvern- og Cookie-erkl'ring, Schibsted Norge." (ukjent) <https://info.privacy.schibsted.com/no/schibsted-norge-personvernerklaering/> hentet 25.10.2022.
- Schibsted (b) Schibsted. "Formålene med databehandling og de juridiske grunnlagene – all informasjon – Schibsted Norge." (ukjent) <https://info.privacy.schibsted.com/no/processing-purposes-and-legal-bases-full-details-schibsted-norge-sverige-norsk/> hentet 25.10.2022.